

Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones

Aguas del Tunari, S.A.,

Demandante/Inversionista

c/

República de Bolivia,

Demandado/Parte Contratante

Caso CLADI No.

ARB/02/3

Decisión sobre las excepciones en materia de jurisdicción opuestas
por el Demandado

Miembros del Tribunal

David D. Caron, Presidente

José Luis Alberro-Semerena

Henri C. Alvarez

Representando al Demandante

Michael E. Curtin

Aguas del Tunari, S.A.

Robert G. Volterra (hasta el

11 de febrero de 2005)

Matthew Weiniger

Herbert Smith

Ramiro Guevara

Enrique Barrios

Servicios Legales S. C

Representando al Demandado

Mario Moreno Viruez

Ministro de Servicios y Obras Públicas

Dana Contratto

Crowell & Moring

José Antonio Criales

Criales, Urcullo, Freire & Villegas

Washington, D.C., 21 de octubre de 2005

ÍNDICE

Introducción y Resumen	1
Historia procesal.....	1
<i>Solicitud de Arbitraje,.....</i>	<i>2</i>
<i>Notificación del acto de inscripción</i>	<i>2</i>
<i>Designación de árbitros.....</i>	<i>3</i>
<i>Petición de una organización no gubernamental para intervenir y otros tipos de participación de partes ajenas a la controversia.....</i>	<i>3</i>
<i>Primera sesión</i>	<i>5</i>
<i>Orden procesal No. 1.....</i>	<i>6</i>
<i>Postergación de la audiencia sobre excepciones en materia de jurisdicción opuestas por el Demandado.....</i>	<i>8</i>
<i>Mociones referentes a la presentación de testigos en la audiencia</i>	<i>10</i>
<i>Audiencia sobre excepciones en materia de jurisdicción opuestas por el Demandado y escritos posteriores a la audiencia presentados por las Partes</i>	<i>11</i>
<i>Preguntas del Tribunal a las Países Bajos, el Estado parte del TBI ajeno a la controversia, formuladas con posterioridad a la audiencia.</i>	<i>11</i>
Relación de hechos.....	12
<i>Aguas del Tunari, S.A.....</i>	<i>12</i>
<i>La firma de la Concesión de agua y alcantarillado sanitario de Cochabamba en septiembre de 1999..</i>	<i>13</i>
<i>Términos de la Concésión.....</i>	<i>14</i>
<i>La titularidad accionaria hacia arriba de AdT en septiembre de 1999.....</i>	<i>15</i>
<i>Hechos ocurridos en el otoño de 1999 tras la adjudicación de la Concesión.....</i>	<i>16</i>
<i>La estructura accionaria de AdT en diciembre de 1999.....</i>	<i>19</i>
<i>Impugnaciones a la Concesión y su terminación.....</i>	<i>20</i>
Las cuestiones planteadas	20
<i>Consideraciones generales referentes a la jurisdicción.....</i>	<i>20</i>
<i>Manifestaciones del Demandante en cuanto al fundamento de la jurisdicción.....</i>	<i>21</i>
<i>Excepciones del Demandado</i>	<i>22</i>

El derecho aplicable	23
La Primera Excepción.....	26
El primer aspecto de la Primera Excepción del Demandado, según el cual el Acuerdo de la Concesión priva de jurisdicción al CIADI.....	26
<i>Excepción opuesta por el Demandado</i>	<i>26</i>
<i>Réplica del Demandante.....</i>	<i>29</i>
<i>Decisión del Tribunal.</i>	<i>31</i>
El segundo aspecto de la Primera Excepción, según el cual Bolivia carece de legitimación procesal	36
<i>Excepción opuesta por el Demandado.....</i>	<i>36</i>
<i>Réplica del Demandante.....</i>	<i>37</i>
<i>Decisión del Tribunal</i>	<i>38</i>
El tercer aspecto de la Primera Excepción, según el cual el Artículo 2 del TBI reconoce la competencia exclusiva de la legislación boliviana en la controversia.....	40
<i>Excepción opuesta por el Demandado.....</i>	<i>40</i>
<i>Réplica del Demandante.....</i>	<i>40</i>
<i>Decisión del Tribunal</i>	<i>41</i>
El cuarto aspecto de la Primera Excepción, según el cual la transferencia de acciones de AdT excluye la competencia del Tribunal.....	44
<i>Excepción opuesta por el Demandado.....</i>	<i>44</i>
<i>Réplica del Demandante.....</i>	<i>44</i>
<i>Decisión del Tribunal</i>	<i>45</i>
El quinto aspecto de la Primera Excepción, según el cual las tergiversaciones de representantes del Demandante excluyen la competencia del Tribunal	50
<i>Excepción opuesta por el Demandado</i>	<i>50</i>
<i>Réplica del Demandante</i>	<i>51</i>
<i>Decisión del Tribunal.....</i>	<i>52</i>
El sexto aspecto de la Primera Excepción, según el cual, la invocación del	

TBI Países Bajos-Bolivia, constituye una afirmación de jurisdicción que no está comprendida en los límites del consentimiento el arbitraje por parte de Bolivia.....	53
<i>Excepción opuesta por el Demandado</i>	<i>53</i>
Réplica del Demandante	56
Decisión del Tribunal.....	56
La Segunda Excepción	57
La Segunda Excepción del Demandado, según la cual el Demandante no es una entidad boliviana "controladas directa o indirectamente" por nacionales de los Países Bajos, tal como lo requiere el TBI Países Bajos-Bolivia.....	57
<i>Excepción opuesta por el Demandado</i>	<i>57</i>
<i>Réplica del Demandante</i>	<i>58</i>
<i>Decisión del Tribunal</i>	<i>59</i>
<i>Las cuestiones planteadas</i>	<i>59</i>
<i>El significado de la frase "controladas directa o indirectamente"</i>	<i>64</i>
<i>El sentido corriente de la frase "controladas directa o indirectamente"</i>	<i>64</i>
<i>La frase en su contexto y a la luz del objeto y fin del TBI</i>	<i>69</i>
<i>El Artículo 31 (3) de la Convención de Viena y la significación que debe darse a las declaraciones del Gobierno holandés.....</i>	<i>72</i>
<i>Conclusión en cuanto al significado de la frase "controladas directa o indirectamente"</i>	<i>77</i>
<i>Confirmación de la interpretación de la frase "controladas directa o indirectamente"</i>	<i>77</i>
<i>La historia de las negociaciones del TBI.....</i>	<i>78</i>
<i>La jurisprudencia referente al Artículo 25(2) del Convenio del CIADI.....</i>	<i>79</i>
<i>El contenido de otros laudos arbitrales referentes a "control"</i>	<i>82</i>
<i>La práctica general de ambos países con respecto al TBI.....</i>	<i>82</i>
<i>Práctica de los Países Bajos.....</i>	<i>83</i>
<i>Práctica de Bolivia.....</i>	<i>87</i>
<i>Aplicación de la interpretación: ¿AdT es "controlada directa o indirectamente" por IWH B. V. o por IWT B.V.?</i>	<i>90</i>
Solicitud de producción de pruebas formulada por el Demandado.....	93

Observaciones finales	94
Decisión.....	96
Declaración de José Luis Alberro-Semerena	98
Apéndice I	I-1
Apéndice II.....	II-1
Apéndice III	III-1
Apéndice IV.....	IV-1

Introducción y Resumen

1. El Demandante de autos es Aguas del Tunari, S.A. (“AdT”), sociedad constituida de conformidad con la legislación de Bolivia.
2. En virtud del “Contrato de Concesión de Aprovechamiento de Aguas y de Servicio Público de Agua Potable y Alcantarillado Sanitario en la Ciudad de Cochabamba” (“la Concesión”) celebrado en septiembre de 1999, y de otros contratos relacionados con la Concesión de que se trata, AdT obtuvo el derecho de prestar servicios de agua y alcantarillado sanitario para la ciudad de Cochabamba (Bolivia). A principios de abril de 2000, la Concesión había quedado sin efecto.
3. AdT sostiene que la República de Bolivia (“Bolivia”), mediante diversos actos y omisiones que llevaron a la rescisión de la Concesión en abril de 2000, transgredió diversas disposiciones de un tratado bilateral de inversiones, más precisamente, el Acuerdo sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre la República de Bolivia y el Reino de los Países Bajos (el “TBI Países Bajos-Bolivia” o “TBI”)¹.
4. AdT inició estas actuaciones contra Bolivia ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (“CIADI”), invocando el TBI Países Bajos-Bolivia como fundamento de su jurisdicción.
5. Bolivia opuso varias excepciones en materia de competencia del Tribunal, incluyendo que Bolivia no había consentido la jurisdicción del CIADI y que AdT no es una entidad de nacionalidad holandesa, según la definición dada por el TBI.
6. Las Partes convinieron en que esas excepciones debían ser objeto de previo pronunciamiento.
7. En la presente Decisión, el Tribunal concluye que la diferencia de autos está dentro de la jurisdicción del Centro y de la competencia del Tribunal.

Historia procesal

¹ El Acuerdo sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre la República de Bolivia y el Reino de los Países Bajos, *entró en vigor* el 1 de noviembre de 1994. Su texto puede examinarse en internet en http://www.unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/Países_Bajos_bolivia.pdf. En cuanto a la adopción de ese tratado, véase, en lo que respecta a Bolivia, la Ley No. 1586, del 12 de agosto de 1994, y en lo que respecta a los Países Bajos, Tractatenblad 1994, No. 239.

Solicitud de Arbitraje

8. AdT inició este procedimiento el 12 de noviembre de 2001, cuando presentó ante el CIADI una Solicitud de Arbitraje, en la que sostuvo que diversos actos atribuibles a Bolivia constituían una expropiación de su inversión en Bolivia e implicaban el incumplimiento de obligaciones asumidas por Bolivia en virtud del TBI Países Bajos-Bolivia.

9. El 5 de diciembre de 2001, Bolivia presentó un documento titulado “Memorial sobre la jurisdicción del CIADI en la cuestión de Aguas del Tunari S.A.”. En ese documento, Bolivia objetó la jurisdicción del Centro, sobre la base de distintos argumentos, y sostuvo que el arbitraje solicitado era “manifiestamente ajeno a la jurisdicción” del CIADI²

Notificación del acto de inscripción

10. El 25 de febrero de 2002, el Secretario General del CIADI notificó a AdT y a Bolivia “la inscripción” en el Registro de Arbitrajes, de la Solicitud de Arbitraje presentada por AdT conforme al Artículo 36(3) del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (“el Convenio del CIADI” o “el Convenio”)³.

11. En esa notificación, el Secretario General reconoció la oposición de Bolivia al registro de la Solicitud de Arbitraje⁴. También señaló que la tarea administrativa de la Secretaría consistente en registrar la diferencia era un requisito obligatorio conforme a lo previsto en el Artículo 36(3) del Convenio del CIADI, a menos que la diferencia descrita en la Solicitud de Arbitraje fuera manifiestamente ajena a la jurisdicción del CIADI. Tras un cuidadoso examen de la información contenida en la Solicitud de Arbitraje y en la correspondencia complementaria intercambiada por las Partes, el Secretario General no encontró que la diferencia fuera “manifiestamente ajena a la jurisdicción del Centro”. El registro de la Solicitud de Arbitraje se llevó a cabo sin perjuicio de los derechos de ambas Partes de efectuar una amplia presentación de sus respectivos argumentos referentes a la jurisdicción al Tribunal de Arbitraje que habría de convocarse conforme a los Artículos 41 y 42 del Convenio del CIADI.

² Memorial de la República de Bolivia, pág. 1, párrafo 1.1. (en lo sucesivo, “Mem. Ddo”. Ver Apéndice I para una lista completa de las abreviaturas utilizadas en la presente Decisión).

³ “Notificación del acto de inscripción”, 25 de febrero de 2002, a AdT y a Bolivia. El Secretario General tomó nota de las cartas complementarias dirigidas por AdT al Centro los días 4 de enero, 21 de enero, 5 de febrero y 14 de febrero de 2002 como ampliatorias de la Solicitud de Arbitraje original de AdT.

⁴ Carta de Ko-Yung Tang, Secretario General del CIADI, del 25 de febrero de 2002, a AdT y Bolivia. El Secretario General tomó nota de las cartas complementarias dirigidas por Bolivia al Centro el 5 de diciembre de 2001 y el 7 de enero, 29 de enero, 8 de febrero y 15 de febrero de 2002.

Designación de árbitros

12. El 19 de abril de 2002, tras un intercambio de correspondencia, las Partes convinieron en utilizar el sistema del Artículo 37(2)(b) del Convenio del CIADI para determinar el número de árbitros y el método de su designación. Según ese artículo, cada parte debe designar un árbitro, y ambas Partes deben convenir en la designación de un tercer árbitro como Presidente del Tribunal. El 25 de abril de 2002, AdT designó como miembro del Tribunal de Arbitraje a Henri Alvarez, nacional de Canadá. El 29 de abril de 2002, Bolivia designó en igual calidad al Dr. José Luis Alberro-Semerena, nacional de México. Ninguna de esas dos designaciones fue objetada.

13. El 30 de mayo de 2002, no habiéndose llegado a un consenso dentro del plazo establecido por el Secretario General para la designación del Presidente del Tribunal, que expiraba el 29 de mayo, AdT solicitó que el Presidente del Consejo Administrativo del CIADI designara a un árbitro como Presidente del Tribunal, según lo previsto por el Artículo 38 del Convenio y la Regla 4 de las Reglas de Arbitraje del CIADI (“Reglas de Arbitraje”).

14. El 26 de junio de 2002, no existiendo objeción de las Partes, el Presidente del Consejo Administrativo del CIADI designó como Presidente del Tribunal al profesor David D. Caron, nacional de los Estados Unidos. El Tribunal quedó constituido oficialmente el 5 de julio de 2002, conforme a lo dispuesto en el Convenio y en las Reglas de Arbitraje. La Sra. Margrete Stevens se ha desempeñado como Secretaria del Tribunal⁵

Petición de una organización no gubernamental para intervenir y de otros tipos de participación de partes ajenas a la controversia

15. El 28 de agosto de 2002, una organización no gubernamental de asuntos ambientales presentó al Tribunal una Petición fechada el 29 de agosto de 2002, en nombre de “La Coordinadora para la Defensa del Agua y Vida, La Federación Departamental Cochabambina de Organizaciones Regantes, SEMAPA Sur, Friends of the Earth-Netherlands, Oscar Olivera, Omar Fernández, el padre Luis Sánchez y el congresista Jorge Alvarado”, quienes solicitaban autorización para intervenir en el arbitraje o participar de algún otro modo en las actuaciones de autos.

16. Los peticionarios, a través de su asesora jurídica, Earthjustice, solicitaron al Tribunal que les reconociera legitimación procesal como partes en las actuaciones que se dispusieran para resolver la

⁵ La Sra. Frutos-Peterson fue designada Secretaria del Tribunal, pero posteriormente no pudo desempeñar sus funciones, por lo que el 29 de agosto de 2002 se designó en ese cargo a la Sra. Margrete Stevens.

reclamación de AdT, y que se les concedieran todos los derechos de participación acordados a las otras partes. También solicitaron, subsidiariamente, que si se denegara la calidad de parte a uno o más de los peticionarios, se reconociera a éstos el derecho de participar en las actuaciones como *amici curiae*, en el sentido de que se les autorizara: 1) a presentar escritos referentes a los aspectos procesales de las actuaciones del Tribunal, la competencia del Tribunal y la admisibilidad del arbitraje para resolver las reclamaciones planteadas por AdT y el fundamento de las mismas; 2) a asistir a todas las audiencias del Tribunal; 3) a formular exposiciones orales durante dichas audiencias, y 4) a tener acceso inmediato a todos los escritos presentados al Tribunal⁶. Además solicitaron al Tribunal: 1) que hiciera públicas todas las declaraciones, incluidos los escritos presentados, referentes a las reclamaciones y defensas de ambas Partes; 2) que diera acceso al público a todas las audiencias, y 3) que visitara la zona de Cochabamba⁷. Los peticionarios se declararon procesalmente legitimados dado el interés directo de cada uno de ellos en el objeto de la reclamación de AdT. Sostuvieron que su participación conferiría mayor transparencia al proceso arbitral internacional y aportaría “experiencia técnica y conocimientos únicos” durante las actuaciones y deliberaciones del Tribunal.⁸

17. El 29 de enero de 2003, el Presidente del Tribunal dirigió una carta a los peticionarios. En ella tomó nota de las preocupaciones por ellos planteadas con respecto a la resolución de la diferencia de autos y, habiendo considerado las solicitudes de los peticionarios y las opiniones de las Partes de la diferencia, sostuvo en nombre del Tribunal:

[E]s opinión unánime del Tribunal que éste no es competente para acceder a sus solicitudes básicas. La interrelación de los dos tratados en cuestión (el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones y el Acuerdo Bilateral sobre Promoción y Recíproca Protección de Inversiones entre la República de Bolivia y el Reino de los Países Bajos, de 1992) y el carácter consensual del arbitraje hacen que las cuestiones que ustedes plantean deban ser resueltas por las partes, y no por el Tribunal. A éste, en especial, le resulta manifiestamente claro que, a falta de consentimiento de las partes, carece de la potestad de admitir la intervención en los procedimientos de entidades que no sean partes; dar acceso a audiencias a tales entidades y, *a fortiori*, al público en general, o hacer públicos los documentos de los procedimientos (traducción informal).

La carta del Tribunal prosigue diciendo que “[n]o está presente el consentimiento de las Partes, que se requiere para acceder a las solicitudes”, y que “[a]unque el Tribunal no recibió ninguna indicación de que ese consentimiento estuviera por darse, se mantiene abierto a toda iniciativa de las partes al respecto”.

⁶ Petición de La Coordinadora para La Defensa del Agua y Vida, La Federación Departamental Cochabambina de Organizaciones Regantes, SEMAPA Sur, Friends of the Earth-Netherlands, Oscar Olivera, Omar Fernández, el padre Luis Sánchez y el congresista Jorge Alvarado, fechada el 29 de agosto de 2002, pág. 19, párrafo 63.

⁷ *Ibid.*, pág. 6, párrafo 17.

⁸ *Ibid.*, pág. 2, párrafo 2.

18. Finalmente, el Tribunal señaló que “en su opinión no es necesario a esta altura convocar testigos o promover comunicaciones complementarias de entidades que no sean partes en la fase jurisdiccional de su labor”. También destacó que, en relación con futuras etapas del procedimiento, el Tribunal sostiene “esa opinión sin prejuzgar en modo alguno sobre el alcance de la potestad del Tribunal, por propia iniciativa, de convocar a testigos o recibir información de entidades que no sean partes”⁹.

Primera sesión

19. La primera sesión de este Tribunal se celebró en Washington, D.C., el 9 de diciembre de 2002¹⁰.

20. En ella, Bolivia reiteró las excepciones anteriormente expuestas y señaló que solicitaría al Tribunal que ordenara la producción de pruebas por parte de AdT para que Bolivia pudiera elaborar y probar sus excepciones en materia de competencia del Tribunal.

21. Las Partes convinieron y el Tribunal consintió que la cuestión de la competencia del Tribunal debía ser objeto de pronunciamiento previo.

22. El Tribunal señaló que si bien Bolivia había opuesto excepciones en materia de jurisdicción al registro de la reclamación cuando ésta se presentó al Centro, las reglas y prácticas del Tribunal imponían a Bolivia la obligación de oponer ulteriormente “excepciones en materia de jurisdicción”, para que AdT y el Tribunal pudieran conocer su contenido. Teniendo en cuenta esa observación y dada la intención expuesta por Bolivia de solicitar que se intimara a AdT a presentar pruebas, el Tribunal adoptó las decisiones procesales que se mencionan a continuación, de las que dejó constancia en las actas y transcripciones de la Primera Sesión. Específicamente, intimó a Bolivia a presentar sus “excepciones en materia de jurisdicción” y una eventual solicitud de producción de pruebas a más tardar el 17 de enero de 2003; ordenó a AdT presentar su contestación a la solicitud de producción de pruebas dentro de un plazo de dos semanas a partir de la fecha de presentación de su escrito por parte de Bolivia, o a más tardar el 31 de enero de 2003, si esta fecha fuera anterior; intimó a Bolivia a presentar cualquier réplica a la contestación de AdT dentro de un plazo de una semana a partir de la fecha de la contestación de AdT, o a más tardar el 7 de febrero de 2003, si esta fecha fuera anterior, e intimó a AdT a presentar su dúplica a la réplica de Bolivia dentro de un plazo

⁹ El Tribunal toma nota de que la petición y la carta en que éste responde a la misma no forman parte del expediente de estas actuaciones, y observa que la petición ha sido publicada en formato electrónico por los peticionarios en <http://www.earthjustice.org/news/documents/bolviapetition.pdf>. Dado el carácter inusual de la carta del Tribunal, se reproduce su texto en el Apéndice III de la presente decisión.

¹⁰ La fecha del 9 de diciembre, señalada para la primera sesión, fue acordada tras recibirse la notificación de las partes, el 29 de agosto de 2002, de que estaban de acuerdo en postergar la fecha originalmente prevista, del 9 de septiembre de 2002. El Orden del Día para la primera sesión se basó en parte en un “Escrito conjunto dirigido al Tribunal referente a cuestiones procesales preliminares”, presentado por las partes el 15 de noviembre de 2002.

de una semana a partir de esa réplica, o a más tardar el 14 de febrero de 2003, si esta fecha fuera anterior.

Orden procesal No. 1

23. Conforme a lo dispuesto por el Tribunal, Bolivia presentó oportunamente un documento titulado “Excepciones opuestas por la República de Bolivia en materia de jurisdicción y solicitudes de producción de pruebas y aclaración de los procedimientos”. AdT presentó oportunamente su “Contestación a las excepciones de Bolivia en materia de jurisdicción y solicitudes de producción de pruebas y aclaración de los procedimientos”. Bolivia presentó su “Réplica” a la contestación de AdT el 5 de febrero de 2003, y AdT presentó su “Dúplica” a la Réplica de Bolivia el 13 de febrero de 2003.

24. El 8 de abril de 2003 el Tribunal dictó la “Resolución procesal No. 1” en relación con las solicitudes formuladas por Bolivia sobre la producción de pruebas y el rechazo inmediato de las reclamaciones planteadas en su contra.

25. En cuanto a la solicitud de producción de pruebas, el Tribunal determinó que el Artículo 43 del Convenio y la Regla 34(2) de las Reglas de Arbitraje le concedían considerable discrecionalidad en cuanto a la producción de pruebas documentales o testimoniales por las Partes, aunque esa discrecionalidad estaba guiada por varias consideraciones:

13. Según la interpretación del Tribunal, el Artículo 43 le confiere considerable discrecionalidad para intimar a las partes a producir pruebas documentales o testimoniales. Véase CHRISTOPH H. SCHREUER, *THE ICSID CONVENTION: A COMMENTARY* 647 (Cambridge Univ. Press, 2001) (en que se establece que el “tribunal puede ejercer con total discrecionalidad... la potestad de disponer la producción de pruebas adicionales”). El Tribunal concluye que el ejercicio de esa discrecionalidad no está, sin embargo, exento de límites, y que el Artículo 43 ofrece cierta orientación al respecto. En general, la potestad discrecional del Tribunal de disponer la producción de pruebas se rige por los principios de sustancialidad, pertinencia y especificidad, que están presentes en los regímenes legales sobre pruebas en general y en las normas consuetudinarias de producción de pruebas propias del arbitraje internacional en general. Más específicamente, el Artículo 43 establece que el Tribunal puede disponer la producción de pruebas en cualquier etapa del procedimiento, cuando ello, a su juicio, sea “necesario”.

14. En consecuencia, al evaluar la cuestión de si corresponde o no disponer la producción de pruebas, el Tribunal tiene en cuenta, entre otras, las siguientes consideraciones: la necesidad de lo solicitado en relación con el punto al que la parte solicitante desea dar respaldo probatorio; la pertinencia y el probable fundamento del punto al que la parte solicitante desea dar respaldo probatorio; el costo y la carga que representa la solicitud para el Demandante, y cómo puede especificarse la solicitud para dar lugar a solicitudes legítimas de una parte y a la vez que no se de cabida a indagatorias que representen un abuso del proceso.

15. Al final de la Primera Sesión, el Tribunal instó al Demandado a formular su solicitud de documentos “identificando específicamente” lo solicitado. Transcripción de

la Primera Sesión, pág. 58. El Tribunal toma nota de que en las solicitudes de documentos formuladas por el Demandado no se mencionan documentos específicos, sino que son generales. El Tribunal reconoce el hecho de que al Demandado le habría sido difícil enunciar una solicitud más específica, dado el amplio contexto fáctico que, según sostiene, le es preciso examinar para enunciar su segunda excepción en materia de jurisdicción. El Tribunal toma nota asimismo de que el Convenio del CIADI le confiere la potestad discrecional de adaptar y restringir las solicitudes generales del Demandado, teniendo en cuenta las consideraciones que se expresan en el párrafo 14.

26. Tras considerar los fundamentos de la jurisdicción aducidos por AdT y las excepciones opuestas por Bolivia al respecto, el Tribunal, concluyó que los argumentos de las Partes en cuanto a la necesidad de las diversas solicitudes de producción de pruebas no estaban suficientemente pormenorizados o claros para que pudieran acogerse o rechazarse esas solicitudes. El Tribunal manifestó:

16. 30. A juicio del Tribunal, ninguna de las partes ha expuesto en forma suficientemente pormenorizada o clara argumentos sobre la necesidad de las diversas pruebas cuya producción se solicita como para que el Tribunal pueda acceder a esas solicitudes o rechazarlas en este momento. El argumento formulado por el Demandado para respaldar sus solicitudes de producción de documentos obliga al Tribunal a considerar el fundamento de la segunda excepción en materia de jurisdicción formulada por el Demandado sin contar con la información completa de las partes ni tener la oportunidad de proponer a las Partes preguntas durante una audiencia. Es preciso examinar la segunda excepción en materia de jurisdicción opuesta por el Demandado: 1) para determinar el probable fundamento de la excepción, aun cuando ésta contara con respaldo fáctico, y por lo tanto la necesidad de ordenar la producción de documentos que respalden la expresión más detallada de esa excepción, y 2) para determinar el alcance exacto de esa excepción y así acotar en forma apropiada las solicitudes de documentos formuladas por el Demandado. Sin esa estimación del probable fundamento jurídico de la excepción opuesta y sin contar con criterios para limitar las solicitudes de producción de pruebas formuladas por el Demandado, el Tribunal se ve confrontado con una investigación intensa, y por consiguiente costosa y larga, sobre los hechos, que en última instancia puede no ser necesaria para resolver el caso de autos. Por lo tanto, aunque el Tribunal entiende que se encuentra facultado para realizar un examen incidental preliminar de esa clase sobre el fundamento de la segunda excepción en materia de jurisdicción, para pronunciarse sobre una solicitud de producción de pruebas, el Tribunal concluye, en ejercicio de sus facultades discrecionales, que esa decisión a esta altura sería prematura y que sus posibilidades de pronunciarse sobre esta importante solicitud aumentarían en gran medida si se le proporcionara información y pudiera escuchar argumentos orales.

27. Junto con su solicitud de producción de pruebas, Bolivia promovió el rechazo de la demanda, basándose en que AdT había “dados por presentados sus alegatos” referentes a la cuestión de la jurisdicción. El Tribunal concluyó que en ningún escrito anterior dirigido al CIADI AdT había renunciado a su derecho a presentar argumentos en esa materia, sino que en diversos puntos había formulado el ofrecimiento de ampliar sus argumentos y exponerlos más detalladamente. En consecuencia, fue denegada la solicitud de Bolivia de rechazo inmediato de la demanda.

28. El Tribunal elaboró un calendario de presentación de escritos de las partes sobre el tema de las dos principales excepciones en materia de jurisdicción opuestas por Bolivia. Los escritos referentes a las

excepciones sobre jurisdicción requeridos por el Tribunal en la Orden No. 1 se presentaron ulteriormente dentro del plazo. El 4 de junio de 2003 el Demandante presentó su “Memorial sobre la jurisdicción”; el 4 de agosto de 2003 el Demandado presentó su “Memorial de contestación sobre la jurisdicción”; el 4 de septiembre de 2003 el Demandante presentó su “Réplica” y el 6 de octubre de 2003 el Demandado presentó su “Dúplica”.

Postergación de la audiencia sobre excepciones en materia de jurisdicción opuestas por el Demandado

29. En la Orden procesal No. 1 el Tribunal solicitó al Secretariado del CIADI que dispusiera, de común acuerdo con el Tribunal y con las Partes, un lugar y momento mutuamente convenientes para una audiencia de tres días de duración referente a las “Excepciones sobre Jurisdicción” opuestas por Bolivia, en noviembre o diciembre de 2003. Se llegó a un acuerdo y se previó la realización de una audiencia en Washington, D.C. entre el 17 y el 19 de noviembre de 2003.

30. En una carta fechada el 22 de octubre de 2003, el Demandado señaló que “determinados hechos ocurridos en Bolivia en las últimas semanas habían requerido la atención prioritaria del Gobierno boliviano” (traducción informal), y solicitó “la postergación de la audiencia prevista para los días 17, 18 y 19 de noviembre”¹¹ Bolivia sostuvo que esos hechos habían desviado el enfoque y la atención del Gobierno boliviano, situación que podía persistir durante algún tiempo. En una carta fechada el 23 de octubre de 2003, AdT se opuso a cualquier postergación, manifestando que la solicitud de Bolivia no era “necesaria ni razonable”, pues el abogado de Bolivia habría recibido instrucciones permanentes de seguir adelante, los argumentos anteriormente presentados no habían sufrido cambios materiales y los hechos ocurridos en Bolivia no habrían influido sobre la exposición, por parte de ese país, de sus argumentos jurídicos en materia de jurisdicción¹².

31. El 5 de noviembre de 2003, el Tribunal dictó la “Orden procesal No. 2” (“Orden No. 2”) sobre la solicitud de Bolivia de postergación de las audiencias que, según lo previsto, debían comenzar el 17 de noviembre de 2003. El Tribunal tomó nota de la gravedad y seriedad de los disturbios ocurridos en La Paz y otros lugares de Bolivia en septiembre y octubre de 2003, y señaló que como principio general no corresponde acceder a una solicitud de postergación de una audiencia formulada por una sola de las partes —en especial cuando la solicitud se presente poco antes de la fecha de la audiencia— a menos que existan causas suficientes para acceder a ese pedido. Las audiencias se programan con meses de anticipación, teniendo en cuenta las actividades de las partes, sus abogados y los miembros del Tribunal. El Tribunal señaló que el requisito de la “causa suficiente” es especialmente estricto cuando la solicitud de postergación

¹¹ Carta de Dana Contratto, abogada de Bolivia, dirigida al CIADI el 22 de octubre de 2003..

¹² Carta de Matthew Weiniger, abogado de AdT, dirigida al CIADI el 23 de octubre de 2003,.

se efectúa poco antes de la fecha prevista.

32. En su Orden No. 2, el Tribunal subrayó que el abogado de Bolivia no había basado directamente su solicitud de postergación de la audiencia en la gravedad de los hechos de septiembre y octubre de 2003, sino en la posibilidad de no disponer de adecuadas oportunidades de realizar las necesarias consultas finales con las autoridades bolivianas.

33. El Tribunal, invocando sus atribuciones generales en materia de procedimientos arbitrales, en casos en que las Reglas de Arbitraje no brindan orientación específica y las Partes no llegan a un acuerdo, concluyó que la gravedad de los hechos ocurridos en Bolivia, y su cercanía en el tiempo con la audiencia prevista, podrían impedir al abogado de Bolivia realizar consultas con las autoridades bolivianas competentes, cuya atención se vería dispersada, justificadamente, por la necesidad de atender la situación interna.

34. El Tribunal discrepó con el argumento de AdT de que Bolivia no experimentaría perjuicio alguno por el hecho de que se rechazara su solicitud, porque las cuestiones de jurisdicción que habían de abordarse en la audiencia eran principalmente de carácter jurídico. Aunque el alcance de la audiencia debía limitarse a los escritos ya presentados, en un arbitraje no era inusual, a juicio del Tribunal, que aspectos sutiles de la exposición oral de una parte, y el énfasis de los argumentos, sufrieran cambios determinados por las consultas finales entre la parte y su abogado. Además, el Tribunal advirtió que la relación abogado-cliente podría deteriorarse si el abogado se viera obligado a presentar un alegato sin tener la oportunidad de realizar consultas finales.

35. El Tribunal subrayó que su “conclusión de que la falta de oportunidades para que el abogado consulte a su cliente podría ser perjudicial no implica necesariamente que, sin embargo, que se justifique una postergación”. Según el Tribunal:

13. * * *. El hecho de que el abogado no pueda realizar consultas con su cliente no es en sí causa suficiente para postergar una audiencia, ya que esa circunstancia ordinariamente está bajo el control de la parte. Tanto los Estados como los particulares se ven enfrentados a necesidades a las que quizá prefieran dar prioridad frente a la necesidad de que el abogado mantenga deliberaciones con la parte sobre un tema que sea objeto de arbitraje. Por lo tanto, sólo en circunstancias extraordinarias el hecho de que el abogado no pueda mantener consultas con su cliente puede ser una causa suficiente para postergar una audiencia.

Al examinar los hechos específicos del caso de autos, el Tribunal concluyó que las circunstancias mencionadas por el abogado del Demandado eran extraordinarias. Según el Tribunal:

14. * * *. [N]o parece irrazonable que la gravedad de los acontecimientos ocurridos en Bolivia en estas últimas semanas haya obligado al gobierno de ese país a dedicar a ellos máxima atención, en detrimento de la concedida al arbitraje de autos. Ese hecho, aunado a la proximidad en el tiempo de los acontecimientos ocurridos en Bolivia y la audiencia programada, pueden impedir en la práctica al abogado de Bolivia consultar a las autoridades bolivianas competentes. Simultáneamente, el Tribunal observa que a medida que los acontecimientos de las últimas semanas vayan quedando atrás, no tardará en atenuarse el reconocimiento, por parte del Tribunal, del compromiso especial de ese país para reestablecer el orden público.

36. El Tribunal concluyó, por lo tanto, que la gravedad y el carácter extraordinario de los hechos ocurridos en Bolivia constituían causa suficiente para postergar la audiencia.

37. Al llegar a esa conclusión, el Tribunal señaló que hasta entonces cada una de las Partes había cumplido plenamente todo lo ordenado por el Tribunal, incluso en cuanto a presentación de escritos. Agregó que las solicitudes de ampliación de plazos y postergaciones podían representar una táctica dilatoria susceptible de comprometer la integridad del proceso arbitral en conjunto, por lo cual reconoció su obligación de adoptar salvaguardias al respecto. No obstante, no existía indicio alguno de que la solicitud de postergación formulada por Bolivia representara un caso de táctica dilatoria como la referida.

38. En la Orden No. 2 se recomendó celebrar la audiencia referente a las Excepciones sobre Jurisdicción opuestas por Bolivia entre los días 12 y 14 de enero de 2004, sujeto ello a la realización de consultas por parte del Secretariado con las partes. Ulteriormente, en observancia de la Regla 13(2) de las Reglas de Arbitraje, la Secretaria del Tribunal dialogó con cada una de las Partes y, teniendo en cuenta diversas superposiciones de fechas, señaló para la audiencia los días 9, 10 y 11 de febrero de 2004.

Mociones referentes a la presentación de testigos en la audiencia

39. A través de la Orden No. 2, el Tribunal indicó a cada una de las partes que a más tardar el 15 de diciembre de 2003 debía notificar a la otra parte y al Tribunal su eventual intención de presentar testigos en la audiencia del 9 al 11 de febrero.

40. El 15 de diciembre de 2003, Bolivia presentó su contestación a la Orden No. 2, indicando que se proponía presentar en la audiencia a dos peritos: el profesor Rudolf Dolzer y el profesor Merritt B. Fox. También solicitó que se le concediera la posibilidad de examinar a todos los testigos propuestos por AdT. El 15 de diciembre de 2003, AdT también presentó una solicitud, indicando que no se proponía presentar en la audiencia a ningún perito y objetando lo solicitado por Bolivia de que todos los testigos pudieran ser objeto de repreguntas, mecanismo que calificó de costoso e innecesario, ya que los peritos cuyas declaraciones se escucharían se pronunciarían sobre cuestiones de derecho, y no de hecho.

41. El 31 de diciembre de 2003, el Tribunal dictó la “Orden procesal No. 3” (“Orden No. 3”), señalando que a su juicio lo acostumbrado en el arbitraje internacional es que esos deponentes, independientemente de que declaren sobre cuestiones de derecho o de hecho, deben poder ser examinados, si así se solicita. El Tribunal señaló también que, si fuera necesario, cabría aceptar la posibilidad de tomarles declaración a través de videoconferencias u otros medios, por más que presumiblemente sea preferible que comparezcan personalmente. Por lo tanto, el Tribunal accedió a la solicitud de Bolivia de que pudieran formularse repreguntas en la audiencia a los declarantes.

42. En la Orden No. 3 se estableció asimismo el orden de las exposiciones que habían de formularse en la audiencia y el plazo máximo disponible para cada una de ellas. Se dispuso que, a falta de acuerdo en contrario de las partes, el testigo cuya declaración se ofreciera como prueba de determinado asunto debía ser presentado y repreguntado durante la “primera ronda de presentaciones” de la parte respectiva. Todo el tiempo que ocupara el interrogatorio directo o mediante repreguntas a un deponente se deduciría del tiempo total asignado a la parte que los interrogara. El Tribunal indicó a ambas Partes que podían dedicar el tiempo asignado a sus exposiciones orales a la presentación de un testigo cuya declaración ya figurara en el expediente. Presentado un testigo, la otra parte podía optar por formularle repreguntas teniendo en cuenta que el tiempo que se le dedicara a estas se imputaría al tiempo concedido a esa parte.

Audiencia sobre excepciones en materia de jurisdicción opuestas por el Demandado y escritos posteriores a la audiencia presentados por las Partes

43. La audiencia referente a las excepciones en materia de jurisdicción opuestas por el Demandado tuvo lugar en Washington, D.C. los días 9, 10 y 11 de febrero de 2004.

44. El Tribunal toma nota de que, entre marzo de 2004 y junio de 2004, las Partes, solicitaron, mensualmente, conjuntamente al Tribunal que se abstuviera de dictar una decisión.

Preguntas del Tribunal a los Países Bajos, el Estado parte del TBI ajeno a la controversia, formuladas con posterioridad a la audiencia.

45. En diversas etapas de los procedimientos de autos, las Partes presentaron pruebas y expusieron argumentos referentes a varias declaraciones públicas formuladas por el Gobierno de los Países Bajos en relación con diversas disposiciones del TBI celebrado por ese país con Bolivia¹³

46. Como el Gobierno de los Países Bajos no es parte de este arbitraje ni participa en él en otra

¹³ Véase, *infra*, párrafos 259 y 260.

calidad, se dejó librada a las partes la admisión o rechazo de la presentación de esas declaraciones.

47. El Tribunal concluyó que le resultaría útil obtener información específica del Gobierno de los Países Bajos, por lo cual, en aplicación de la Regla 34 de las Reglas de Arbitraje, el 1 de octubre de 2004 formuló preguntas específicas, por escrito, a Johannes G. Lammers, asesor jurídico del Ministerio de Relaciones Exteriores de los Países Bajos.

48. El Tribunal puso en conocimiento de las partes esta diligencia mediante una carta fechada el 4 de octubre de 2004, a la que adjuntó la carta que había enviado el 1 de octubre, y les hizo saber que, si correspondiera, se les daría la oportunidad de formular comentarios sobre la eventual contestación del Sr. Lammers.

49. El 14 de diciembre de 2004, el Tribunal recibió una carta de respuesta del Sr. Lammers, fechada el 29 de octubre de 2004, a la que se adjuntaba un documento titulado “Interpretación del Acuerdo sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre la República de Bolivia y el Reino de los Países Bajos, suscrito el 19 de marzo de 1992 y que entró en vigor el 1 de noviembre de 1994”. En cumplimiento de la “Orden procesal No. 4” (“Orden No. 4”) se remitió a las partes dicha carta y su anexo, y se les solicitó que a más tardar el 5 de enero de 2005 formularan los comentarios que desearan sobre los aspectos de la carta del Sr. Lammers en que éste respondiera al cuestionario limitado del Tribunal. Ambas partes formularon sus comentarios dentro del plazo referido.

Relación de hechos

50. En la sección que sigue se resumen los antecedentes fácticos referentes a las partes y a las transacciones que dieron lugar al procedimiento de autos. Las circunstancias fácticas que se sintetizan son las que integran los argumentos que formula Bolivia en sus excepciones en materia de jurisdicción.

Aguas del Tunari, S.A.

51. AdT, Demandante en estos procedimientos, es una persona jurídica constituida en conformidad con la legislación de Bolivia¹⁴.

¹⁴ AdT presentó al Tribunal: 1) la Escritura Pública de Constitución de una Sociedad de AdT, fechada el 23 de agosto de 1999 (Documento 1, anexo a la Solicitud de Arbitraje), 2) La Modificación de Estatutos de AdT, fechada el 2 de septiembre de 1999 (Documento 2, anexo a la Solicitud de Arbitraje) y 3) la Matrícula de Inscripción de AdT en el Registro de Comercio (Documento 3, anexo a la Solicitud de Arbitraje). Bolivia no cuestiona el hecho de que AdT es una persona jurídica boliviana.

La firma de la Concesión de agua y alcantarillado sanitario de Cochabamba en septiembre de 1999

52. En 1998, Bolivia puso en marcha una licitación pública internacional para privatizar servicios de agua y alcantarillado sanitario así como otorgar una licencia de generación de electricidad para su tercera ciudad más grande, Cochabamba. En abril de 1999 sólo se había presentado una oferta, formulada por un consorcio denominado “Aguas del Tunari”¹⁵, dirigido por International Water Ltd¹⁶. Esa única oferta no cumplía los requisitos del proceso de licitación y, por lo tanto, no prosperó. El consorcio propuso a Bolivia iniciar negociaciones referentes a la concesión¹⁷, y el 19 de abril de 1999 se creó por decreto un comité de negociación¹⁸. En virtud de lo dispuesto por el Decreto Supremo del 11 de junio de 1999, las Superintendencias de Aguas y de Electricidad de Bolivia fueron autorizadas a negociar la concesión de agua y una licencia de generación eléctrica¹⁹.

53. El 2 de septiembre de 1999, AdT, el vehículo constituido localmente para la inversión extranjera del consorcio, se registró oficialmente como sociedad boliviana, culminando así un proceso de creación iniciado en julio de 1999²⁰.

54. El 2 de septiembre de 1999, el Gobierno boliviano aprobó el texto de la Concesión, lo que abrió camino para su adjudicación²¹. El 3 de septiembre de 1999 se celebró el contrato de Concesión, que suscribieron el Sr. Luis Guillermo Uzin Fernández, Superintendente de Aguas, y el Sr. Geoffrey Richard Thorpe, de AdT, y que fue ratificado formalmente por Resolución Administrativa²². AdT señala que aproximadamente en el mismo período se celebraron además varios contratos conexos²³.

¹⁵ Solicitud de Arbitraje, 12 de noviembre de 2001, párrafos 8 y 9.

¹⁶ Mem. Contest. Ddo., pág. 8, párrafo 15.

¹⁷ *Ibid.*, párrafo 16.

¹⁸ Decreto Supremo No. 25351, 19 de abril de 1999 (Documento 17, anexo a la Solicitud de Arbitraje).

¹⁹ Decreto Supremo No. 25413, 11 de junio de 1999 (Documento 18, anexo a la Solicitud de Arbitraje).

²⁰ Matrícula de Inscripción de AdT en el Registro de Comercio (Documento 3, anexo a la Solicitud de Arbitraje).

²¹ Mem. Contest. Ddo., pág. 15, párrafo 27.

²² Contrato de Concesión entre la Superintendencia de Aguas y el Consorcio Aguas del Tunari (Documento 20, anexo a la Solicitud de Arbitraje); Resolución Administrativa SA No. 24/99 (Documento 21, anexo a la Solicitud de Arbitraje).

²³ Solicitud de Arbitraje, pág. 6, nota 15. Según el Demandante, los otros contratos fueron los siguientes: el “Contrato del sistema de propiedades de SEMAPA” mutuamente celebrado por AdT y el Servicio Municipal de Agua Potable y Alcantarillado de Cochabamba (SEMAPA) (arrendamiento comercial y transferencia de bienes del SEMAPA a AdT), el “Contrato del sistema de propiedades de Mísicuni” mutuamente celebrado por AdT y la Mísicuni Company (arrendamiento comercial del principal túnel del Proyecto Multipropósito de Mísicuni) y el “Contrato de transferencia de instalaciones para la estación de bombeo de Titiri” mutuamente celebrado por AdT y la Mísicuni Company (venta a AdT de la estación de bombero de Titiri). A ello se agregan dos contratos de licencias concedidas por “Resolución Conjunta” de las Superintendencias de Aguas y Electricidad: “Licencia de generación de electricidad y concesión de uso de aguas de los ríos Mísicuni, Visacha y Putucuni y sus tributarios”, y “Contrato de licencia para la generación de

55. La Concesión se hizo efectiva al 1 de noviembre de 1999²⁴.

56. A continuación se describe la reacción del público ante la Concesión²⁵.

Términos de la Concesión

57. En la Concesión se preveía una relación de 40 años de duración entre AdT y las Superintendencias de Aguas y de Electricidad bolivianas. AdT se obligó a proporcionar un volumen regular de agua potable de determinada calidad para la ciudad de Cochabamba, a cambio de una rentabilidad negociada para su inversión. En la Concesión se preveía la posibilidad de que AdT ampliara sus operaciones para satisfacer las necesidades de una mayor población²⁶. Los contratos relacionados con la Concesión y a los que se hace referencia en el párrafo 56, implicaron entre otras cosas, la participación de AdT en proyectos de agua con componentes de generación de electricidad.

58. En el Artículo 41 de la Concesión, titulado "Resolución de diferencias", se preveía un sistema de solución de controversias, estableciéndose en lo pertinente:

Artículo 41.2 [AdT] reconoce la jurisdicción y competencia de las autoridades que componen el Sistema de Regulación Sectorial (SIRESE) y tribunales de la República de Bolivia, de conformidad con la Ley SIRESE y otras leyes bolivianas aplicables.

Artículo 41.3 Las estipulaciones del presente Contrato no podrán interpretarse como renuncia por parte de los Accionistas, los Accionistas Fundadores, incluyendo los Accionistas Últimos, a mecanismos de Resolución de controversias establecidos en tratados internacionales reconocidos por la República de Bolivia.

Artículo 41.4 [...]

Artículo 41.5 Las Partes [La Superintendencia de Aguas y AdT] reconocen que dichos Accionistas y Accionistas Últimos del Concesionario incluyendo los Accionistas Fundadores, son libres para ampararse en aquellos métodos de resolución de disputas que puedan serles legalmente disponibles de acuerdo a la Ley Boliviana (como por ejemplo arbitraje bajo las reglas de CCI, CIADI, o UNCITRAL y otros organismos internacionales similares). Las Partes acuerdan cooperar en el proceso arriba mencionado, en la medida que les sea permitido por Ley²⁷.

electricidad con las Superintendencias de Aguas y Electricidad²⁷.

²⁴ Resolución Administrativa SA No. 39/99 (Documento 24, anexo a la Solicitud de Arbitraje).

²⁵ Véanse los párrafos 62 a 70.

²⁶ Texto de la Concesión, en el Anexo 6.

²⁷ Concesión (Documento 20, anexo a la Solicitud de Arbitraje). Los pasajes de la Concesión que revisten importancia para la presente decisión se reproducen en el Apéndice II.

Este artículo es una base para parte de las excepciones opuestas por Bolivia en materia de jurisdicción.

59. La Concesión contiene también varias disposiciones referentes a la estructura de la propiedad de AdT. El Artículo 37.1 establece, en lo pertinente:

[C]ada Accionista Fundador deberá mantener más del 50% de su porcentaje original de participación en el capital con derecho a voto del Concesionario por lo menos durante los primeros siete (7) años de las Concesiones²⁸ ..

La titularidad accionaria hacia arriba de AdT en septiembre de 1999

60. A la fecha en que se adjudicó la Concesión, en septiembre de 1999, la titularidad accionaria de AdT era la siguiente:

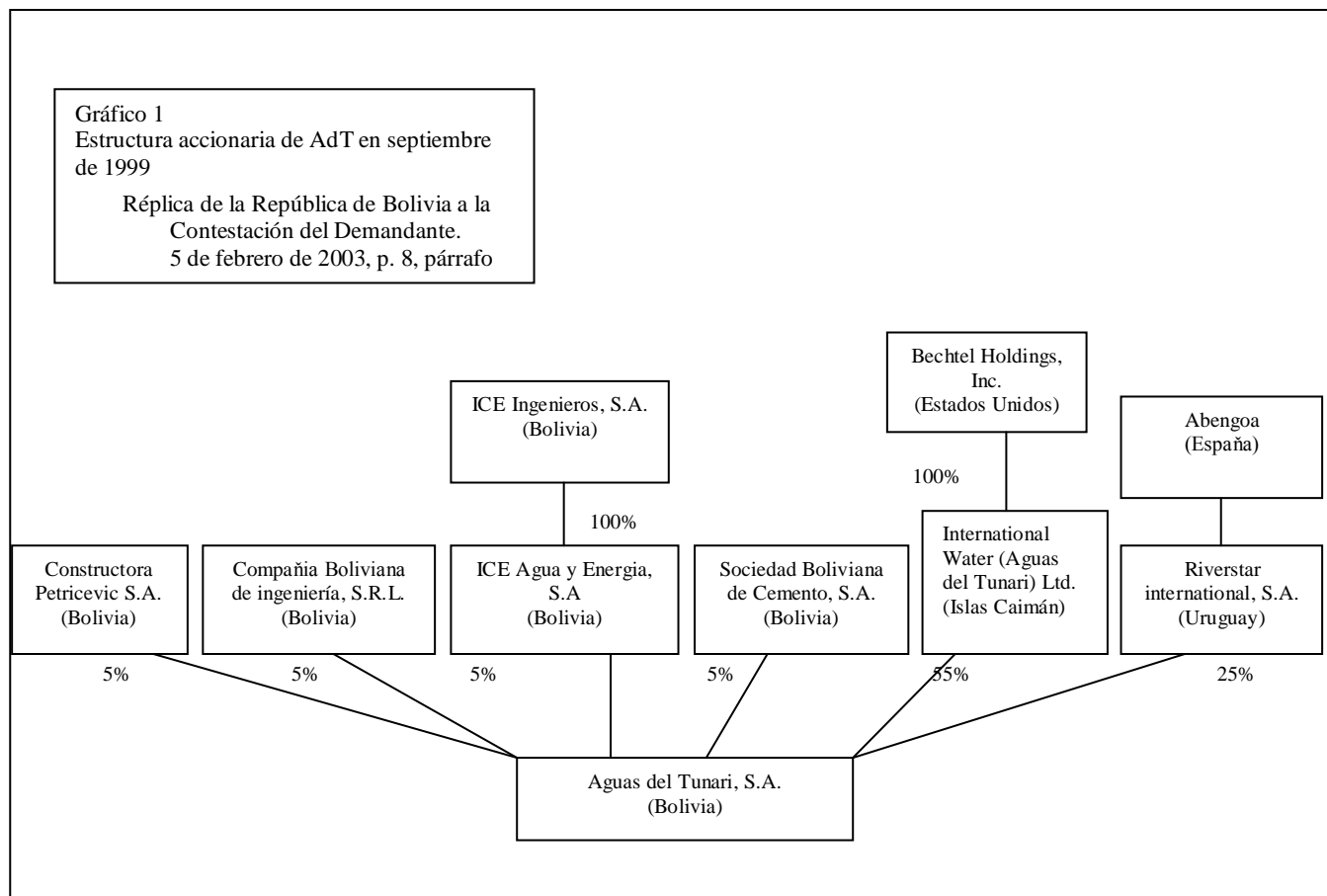
1. El 20% de las acciones de AdT se dividían entre cuatro sociedades bolivianas²⁹;
2. Riverstar International S.A., de Uruguay, era la propietaria del 25% de las acciones³⁰, y
3. El 55% restante de las acciones eran de propiedad de International Water (Tunari) Ltd (“IW Ltd”), de las Islas Caimán. La totalidad de las acciones de IW Ltd eran de propiedad de Bechtel Enterprise Holding, Inc., sociedad organizada conforme a la legislación de los Estados Unidos de América.

²⁸ *Ibíd.*

²⁹ Esas sociedades eran Constructora Petricevic, S.A.; Compañía Boliviana de Ingeniería, S.R.L.; ICE Agua y Energía, S.A., y Sociedad Boliviana de Cemento, S.A., cada una con un 5%.

³⁰ Riverstar es una sociedad perteneciente en un 100% a Abengoa, de España.

61. Esta estructura accionaria está representada en el gráfico siguiente:



Hechos ocurridos en el otoño de 1999 tras la adjudicación de la Concesión

62. Dos series de hechos ocurridos en el otoño de 1999 revisten interés para el procedimiento de autos. Primero, la reacción del público frente a la adjudicación de la Concesión y las respuestas de Bolivia y de AdT ante esa reacción. Segundo, la planificación para una reorganización institucional de la estructura accionaria de AdT, y su eventual realización. Las partes discrepan sobre los detalles o la importancia de cada una de esas series de hechos y la existencia de una conexión entre ambas.

63. Con respecto a la primera serie de hechos, de los antecedentes que tiene ante sí el Tribunal parece surgir que ciertas entidades ciudadanas estaban al tanto de la negociación de una concesión de manera general, pero deseaban obtener información más específica sobre ese proceso. Así, el 3 de septiembre de

1999 (el día en que se adjudicó la Concesión), en un artículo periodístico se informó que el Comité de Defensa del Agua criticaba las negociaciones, atribuyéndoles falta de transparencia, y solicitaba que el Gobierno boliviano, antes de hacer efectiva la Concesión, publicara las tarifas reales que habían de regir³¹

64. El Demandado manifiesta: “A decir verdad, ninguno de los que negociaron la concesión pudo haber previsto la reacción intensamente hostil con que fue recibida AdT inmediatamente después de la firma del Acuerdo”³² (traducción informal). El 14 de septiembre de 1999, en un artículo periodístico se dieron a conocer las declaraciones del Gobierno y las preocupaciones de entidades ciudadanas en cuanto al monto de las nuevas tarifas. El gobierno señaló que las tarifas entrarían en vigor el 1 de diciembre de 1999³³. En octubre un artículo dio cuenta de las opiniones de la sociedad, del Gobierno y de las entidades privadas acerca de los posibles efectos de la Concesión sobre los pozos de agua privados existentes en la zona de la Concesión y se dejó constancia de las preocupaciones de los ciudadanos³⁴.

65. Del expediente que tiene ante sí el Tribunal se desprende que las críticas formuladas por entidades ciudadanas con respecto a la Concesión se intensificaron después que ésta se hizo efectiva, en noviembre de 1999. En un artículo fechado el 17 de noviembre de 1999 se analizan los incrementos de tarifas y sus posibles repercusiones. En la nota del artículo se propone la anulación de la Concesión³⁵

66. El Demandado señala que “representantes de la Superintendencia de Aguas celebraron reuniones y dialogaron con entidades de la comunidad de Cochabamba para aclarar el alcance de las facultades de AdT dentro de la zona de la concesión”³⁶ (traducción informal). El 28 de noviembre de 1999, AdT procuró responder a las críticas públicas dando a conocer en varios diarios bolivianos, incluidos algunos de Cochabamba, una “Carta Abierta” en que trataba de exponer claramente su opinión sobre siete puntos³⁷. En un artículo periodístico fechado el 29 de noviembre de 1999 se describe la manera en que se preveía que diversas organizaciones sindicales de Cochabamba interpusieran recursos de inconstitucionalidad contra la Ley de Servicios de Agua Potable y Alcantarillado y exigieran la rescisión de la Concesión³⁸. Al hacerse efectivas las nuevas tarifas, el 1 de diciembre de 1999, en una crónica periodística se hizo hincapié en que

³¹ Mem. Contest. Ddo., Documento 5.

³² Mem. Contest. Ddo., pág. 16, párrafo 30.

³³ Mem. Contest. Ddo., Documento 7.

³⁴ Mem. Contest. Ddo., Documento 8.

³⁵ Mem. Contest. Ddo., Documento 10.

³⁶ Mem. Contest. Ddo., pág. 18, párrafo 35.

³⁷ Mem. Contest. Ddo., Documento 28.

³⁸ Mem. Contest. Ddo., Documento 12.

políticos, sindicalistas y dirigentes vecinales de Cochabamba reclamaban contra los incrementos de tarifas³⁹. En otra crónica, fechada el 5 de diciembre de 1999, se indicaba que el Superintendente de Aguas había señalado que las nuevas tarifas seguirían en vigor a menos que se adoptara una nueva Resolución Administrativa⁴⁰.

67. En cuanto a la segunda serie de hechos, el 9 de noviembre de 1999 Bechtel anunció que había llegado a un acuerdo con Edison, S.p.A., de Italia, en virtud del cual ambas empresas unirían sus respectivos proyectos de gestión de aguas, incluido IW Ltd, en una única operación conjunta en virtud de la cual Edison asumiría un interés del 50% en IW Ltd.

68. El 24 de noviembre de 1999 Bechtel escribió a las Superintendencias de Aguas y de Electricidad, dándoles cuenta de las modificaciones de la propiedad propuestas para AdT como consecuencia de la participación de Edison⁴¹. En esa carta, Bechtel señalaba: “[d]e nuestro examen de los contratos en relación con el proyecto, para completar la Transacción parece surgir la necesidad de que ustedes acepten la transferencia de las Acciones” (traducción informal). El 3 de diciembre de 1999, el abogado local boliviano de Bechtel escribió a la Superintendeneia de Aguas y de Electricidad manifestando que, a su juicio, “como ese cambio guarda[ba] relación con obligaciones tributarias ante jurisdicciones distintas de Bolivia”, la transferencia dejaría a AdT “sometida al mismo control”, no suscitaría “ningún impacto desfavorable” para Bolivia, y “no habría razón para denegar la aprobación”⁴² (traducción informal). La Superintendencia de Aguas dio su aprobación a la propuesta de transferencia de las acciones de IW Ltd en AdT a una sociedad holandesa el 3 de diciembre de 1999, aunque Bolivia cuestiona el contenido y los efectos jurídicos de ese acto⁴³.

69. El Demandante manifiesta que interrumpió su programa de transferencia de las acciones de IW Ltd, sociedad de las Islas Caimán, a una nueva sociedad holandesa, según lo descrito en el párrafo anterior, y que decidió, en cambio, migrar la compañía de las Islas Caimán a Luxemburgo. El Demandado discrepa con la distinción efectuada entre transferencia y migración. (El Tribunal se refiere a esta diferencia entre las partes al considerar el cuarto aspecto de la Primera Excepción, a partir del párrafo 156).

³⁹ Mem. Contest. Ddo., Documento 14.

⁴⁰ Mem. Contest. Ddo., Documento 18.

⁴¹ Mem. Contest. Ddo., Documento 1.

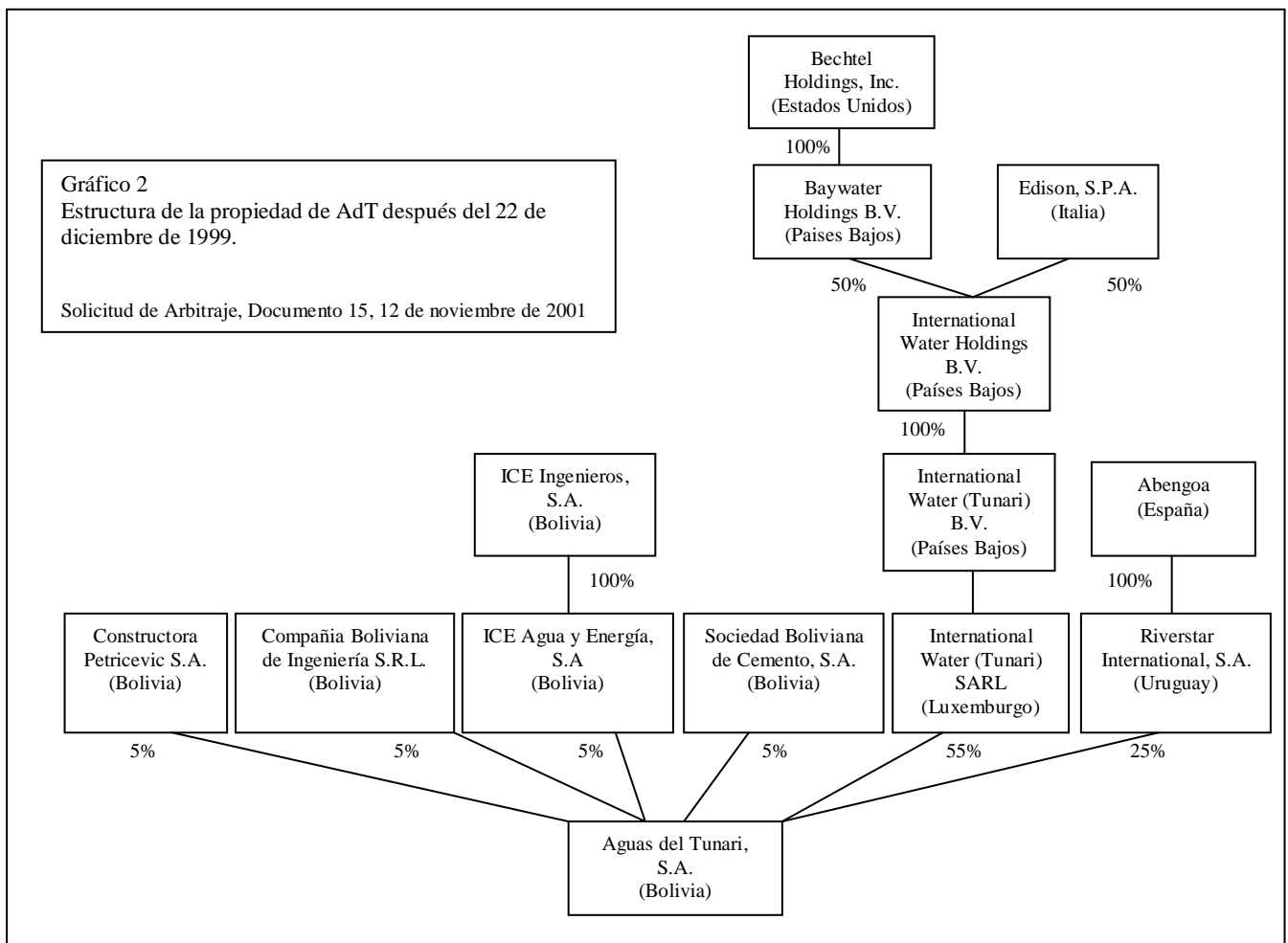
⁴² Mem. Contest. Ddo., Documento 2.

⁴³ Mem. Contest. Ddo., págs. 26 y 43. El Demandado expresa: “Basándose en las manifestaciones del Sr. Guevara, el Superintendente de Aguas dio su aprobación e Bechtel, para que procediera a la transferencia de acciones” (traducción informal). Véase Contest. Ddo. págs. 25 y 26, párrafos 47 y 48. El Demandado niega que la Superintendencia de Aguas estuviera facultada para aprobar la transferencia de acciones propuesta. *Ibid.*, pág. 26, párrafo 48.

70. En previsión de la reorganización institucional prevista como parte de la operación conjunta con Edison, el 25 de noviembre de 1999 se constituyó Baywater Holdings B.V. (“Baywater”) en el marco de la legislación holandesa. En ese mismo marco, el 8 de diciembre de 1999, Baywater e IWH B.V. constituyeron International Water Holdings B.V. (“IWH B.V.”) e International Water (Tunari) B.V. (“IWT B.V.”), respectivamente. El 21 de diciembre de 1999, IW Ltd, de las Islas Caimán, “emigró” a Luxemburgo, donde pasó a denominarse International Water (Tunari) S.a.r.l. (“IW S.a.r.l.”). Finalmente, el 22 de diciembre de 1999 IWT B.V. pasó a ser titular del 100% de las acciones de IW S.a.r.l.

La estructura accionaria de AdT en diciembre de 1999

71. AdT sostiene que la estructura resultante de la reorganización de diciembre de 1999 es la que se describe en el gráfico siguiente:



72. Aunque el Demandado no cuestiona este gráfico, tampoco resulta claro que acepte su exactitud. En relación con las excepciones en materia de jurisdicción opuestas en esta etapa de los procedimientos, las

Partes están de acuerdo en que esos cambios significaron que a diciembre de 1999 AdT ya no era de propiedad de una sociedad de las Islas Caimán. Finalmente, aunque las Partes también parecen aceptar que el 55% del control accionario de AdT se transfirió a través de sociedades holandesas con posterioridad al 22 de diciembre de 1999, Bolivia cuestiona la existencia real de esas entidades holandesas, describiéndolas como empresas vacías.

Impugnaciones a la Concesión y su terminación

73. Las partes están contestes en que en diversas zonas de Bolivia, y en especial en Cochabamba, existió una fuerte oposición a la Concesión con posterioridad al 1 de enero de 2000, pero discrepan sobre las razones de esa oposición y sobre si alguna de ellas incurrió en incumplimiento de las obligaciones que le imponía la Concesión en respuesta a los grupos en oposición. Las partes coinciden en que el movimiento de oposición se exacerbó en los primeros meses de 2000, después que AdT comenzó a operar, en enero de 2000, y que la Concesión fue terminada a principios de abril de 2000, tras fuertes y violentas protestas.

Las cuestiones planteadas

Consideraciones generales referentes a la jurisdicción

74. Este Tribunal se encuentra constituido conforme al Convenio del CIADI, del que Bolivia y los Países Bajos son Estados partes⁴⁴. La jurisdicción, en los arbitrajes del CIADI, requiere el consentimiento del Demandante y del Demandado. El Artículo 25(1) de dicho convenio establece:

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. (Destaque agregado).

75. El consentimiento de las partes requerido por el Artículo 25(1) puede expresarse a través de diversos instrumentos escritos, uno de los cuales puede contener la oferta de arbitraje y otro la aceptación. Es el Demandante el llamado a probar las bases de la competencia de un Tribunal del CIADI.

76. AdT basa la competencia del Tribunal en el Acuerdo sobre Promoción y Protección Recíproca de

⁴⁴ Bolivia suscribió el Convenio el 3 de mayo de 1991 y lo ratificó el 23 de junio de 1995. El Convenio entró en vigor para Bolivia el 23 de julio de 1995. Los Países Bajos suscribieron el Convenio el 25 de mayo de 1966 y lo ratificaron el 14 de septiembre de 1966. El Convenio entró en vigor para los Países Bajos el 14 de octubre de 1966 (véase <http://www.worldbank.org/icsid/constate/c-states-en.htm>).

Inversiones entre la República de Bolivia y el Reino de los Países Bajos⁴⁵. En esos tratados bilaterales de inversión, ambos Estados partes dan su consentimiento al arbitraje mediante una oferta para arbitrar las reclamaciones de inversionistas establecidos en un Estado contratante que alegan incumplimientos del tratado por agentes del otro Estado contratante.

77. Conforme a la Regla 41(1) de las Reglas de Arbitraje, las excepciones en materia de jurisdicción “deberá[n] oponerse lo antes posible”. Bolivia planteó una serie de excepciones cuando AdT presentó su Solicitud de Arbitraje, y mantuvo su oposición en escritos subsiguientes. Esas excepciones se presentaron dentro del plazo.

78. El Tribunal toma nota de que la Regla 41(2) de las Reglas de Arbitraje establece: “[e]l Tribunal podrá considerar de oficio en cualquier estado del procedimiento, si la diferencia que se le ha sometido cae dentro de la jurisdicción del Centro y es de su propia competencia”⁴⁶. A juicio del Tribunal, esa potestad comprende necesariamente la de considerar los efectos, en materia de jurisdicción, de una excepción ambigua o falta de claridad, y si es preciso modificar la redacción de la excepción para hacer posible un examen cabal de la cuestión de la jurisdicción.

Manifestaciones del Demandante en cuanto al fundamento de la jurisdicción

79. El Demandante promueve el arbitraje ante el CIADI basándose en el TBI Países Bajos-Bolivia⁴⁷, cuyo Artículo 9(6) establece más precisamente:

Si ambas Partes Contratantes se han adherido al Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados del 18 de marzo de 1965 [Convenio del CIADI], las diferencias derivadas de inversiones que pudieran surgir entre una de las Partes Contratantes y un nacional de la otra Parte Contratante, serán, de acuerdo con las disposiciones de dicho Convenio, sometidas a conciliación o arbitraje ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones.

80. AdT sostiene que es una entidad “nacional” de los Países Bajos tal como las define el TBI. Los Artículos 1(b) (ii) y (iii) del TBI definen como “nacionales”:

(ii) sin perjuicio de las provisiones de (iii), personas jurídicas constituidas en conformidad con la ley de esa Parte Contratante;

(iii) personas jurídicas controladas directa o indirectamente por nacionales de esa

⁴⁵ Véase la nota 1, *supra*.

⁴⁶ Véanse las Reglas Procesales Aplicables a los Procedimientos de Arbitraje del CIADI, Capítulo 5, que puede consultarse en: <http://www.worldbank.org/icsid/basicdoc/partF-chap05.htm#r41>.

⁴⁷ Solicitud de Arbitraje, pág. 2, párrafo 3.

Parte Contratante, pero constituidas en conformidad con la ley de esa Parte Contratante.

81. AdT se identifica como persona jurídica constituida en conformidad con la legislación de Bolivia y “controlada directa o indirectamente” por nacionales de los Países Bajos, a saber, IWT B.V. e IWH B.V., de los Países Bajos⁴⁸.

82. AdT sostiene que, siendo Bolivia y los Países Bajos partes del Convenio del CIADI y siendo AdT nacional de los Países Bajos conforme a la definición contenida en el TBI, el CIADI es un foro al que puede recurrir en su diferencia con Bolivia en materia de inversiones.

Excepciones del Demandado

83. El Demandado opone dos excepciones en materia de jurisdicción del Tribunal.

84. La Primera excepción del Demandante consiste en que Bolivia no consintió la jurisdicción del CIADI. Esa excepción contiene numerosos aspectos expuestos separadamente y en conjunto. Aunque el texto de la Primera Excepción no es claro, el Tribunal ha hecho grandes esfuerzos para considerar los diversos aspectos que puede abarcar y ha identificado seis de ellos:

1. Primero, que las circunstancias que rodearon la negociación de la Concesión y la cláusula de resolución de controversias contenida en la Concesión privan de jurisdicción al CIADI.
2. Segundo, que Bolivia carece de legitimación procesal en estas actuaciones.
3. Tercero, que el TBI, a través de su Artículo 2, encomienda al Tribunal examinar los límites existentes en la legislación y los reglamentos bolivianos, y que esos límites privan de jurisdicción al CIADI en el caso de autos.
4. Cuarto, que la Concesión determinó la estructura accionaria de AdT y que la reorganización experimentada por AdT en diciembre de 1999 representó un incumplimiento de la Concesión, lo que priva de jurisdicción a este Tribunal.
5. Quinto, que determinadas manifestaciones referentes a las consecuencias jurídicas del proyecto de transferencia de la propiedad de AdT no resultaron ciertas, lo que implica incumplimientos que privan de jurisdicción al CIADI.
6. Sexto, la situación que se expone en estas actuaciones no está comprendida en los

⁴⁸ Solicitud de Arbitraje, págs. 3 y 4, párrafo 6.

límites del consentimiento dado por Bolivia al TBI.

85. La Segunda Excepción opuesta por el Demandado es más específica. En la misma se sostiene que AdT no es un “nacional” de los Países Bajos según la definición de esa expresión contenida en el Artículo 1(b)(ii) y (iii) del TBI, ya que no es “controlada directa o indirectamente” por nacionales de los Países Bajos.

El derecho aplicable

86. La legislación sustantiva aplicable aparece en el TBI, en especial en los Artículos 1(b)(iii), 2 y 9(6). Dicho tratado entró en vigor entre Bolivia y los Países Bajos el 1 de noviembre de 1994.

87. Puesto que el Artículo 9(6) del TBI implica el consentimiento al arbitraje ante el CIADI, las normas sobre jurisdicción previstas en ese tratado están limitadas por las disposiciones sobre jurisdicción contenidas en el Convenio del CIADI.

88. La ley aplicable para la interpretación del TBI es la que surge del derecho internacional consuetudinario. Los Países Bajos son parte de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (“Convención de Viena”); Bolivia no lo es⁴⁹. Las Partes, sin embargo, coinciden en que las disposiciones de esa convención referentes a la interpretación de los tratados reflejan el derecho internacional consuetudinario. El Tribunal comparte esa opinión y por esa razón aplica la Convención de Viena⁵⁰.

89. El Tribunal toma nota de que el TBI está dado en tres idiomas: español, holandés e inglés. En su cláusula final, el tratado establece que los tres textos son igualmente auténticos, pero que en caso de diferencias de interpretación “prevalecerá el texto en inglés”. Por lo tanto, en caso de diferencia el Tribunal debe interpretar los tres textos remitiéndose especialmente al texto en inglés. Tanto Bolivia como AdT, al parecer porque no creen que valga la pena proceder de otro modo, se basan en el texto en inglés para exponer sus argumentos sobre el sentido de las disposiciones del TBI. El Tribunal hace lo propio.

90. El Artículo 31 de la Convención de Viena establece la “regla general de interpretación”.

⁴⁹ La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, *adoptada y abierta a la firma el 23 de mayo de 1969, entró en vigor el 27 de enero de 1980* (1155 United Nations Treaty Series 331) y Bolivia la suscribió el 23 de mayo de 1969, pero aún no la ha ratificado. Los Países Bajos adhirieron a la Convención el 9 de abril de 1985. En cuanto al estado de los procesos de ratificación, véase: <http://untreaty.un.org/ENGLISH/bible/englishinternetbible/partI/chapterXXIII/treaty1.asp#N8>.

⁵⁰ Véase, por ejemplo, Mem. Dte., págs. 51 a 53, párrafos 142 a 146; Mem. Contest. Ddo., pág. 71, párrafo 149; Dúp. Ddo., pág. 48, párrafo 91.

Artículo 31. Regla general de interpretación

1. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin.
2. Para los efectos de la interpretación de un tratado el contexto comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos:
 - (a) todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado;
 - (b) todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado.
3. Juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta:
 - (a) todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones;
 - (b) toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado;
 - (c) toda forma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes.
4. Se dará a un término un sentido especial si consta que tal fue la intención de las partes.

91. La interpretación prevista en el Artículo 31 de la Convención de Viena es un proceso de círculos concéntricos, en que el intérprete comienza a considerar, en el marco de la norma general, 1) el sentido corriente de los términos del tratado, 2) en su contexto, y 3) a la luz del objeto y del fin del tratado, y recorriendo esa senda hermenéutica de tres pasos avanza hacia la interpretación apropiada. Al abordar esa tarea, es esencial observar dos cosas con respecto a la norma general de interpretación prevista en la Convención de Viena. Primero, dicha convención no da preferencia a ninguno de los tres aspectos del método de interpretación. El significado de un vocablo o frase no surge exclusivamente de diccionarios o datos etimológicos. Como señaló Schwarzenberger, la propia palabra “sentido” tiene por lo menos 16 acepciones en el diccionario⁵¹ Por el contrario, la interpretación de un vocablo o una frase implica, en cambio, una complicada tarea consistente en considerar el sentido corriente de un vocablo o una frase en el contexto en que se encuentren y a la luz del objeto y la finalidad del documento. Segundo, la Convención de Viena se aparta de los cánones de interpretación anteriormente comunes en materia de exégesis de tratados, que actualmente persisten por error en diversas decisiones internacionales. No menciona, por ejemplo, el canon en virtud del cual los tratados deban interpretarse en sentido estricto, según el cual se

⁵¹ Georg Schwarzenberger, *Myths and Realities of Treaty Interpretation: Articles 27-29 of the Vienna Draft Convention on the Law of Treaties*, 22 CURRENT LEGAL PROBLEMS 205, 219 (1969). Según Barak: “Desde el punto de vista idiomático, un significado no prevalece sobre otro. Todo significado posible en un contexto semántico también es semánticamente permisible. Sería un error basar una doctrina de interpretación jurídica en lo que podríamos llamar el dictado de la lingüística”. AHARON BARAK, JUDICIAL DISCRETION 341-342 (1987).

presume que los Estados no pueden haber tenido la intención de restringir su gama de acción⁵². En lugar de catalogar esos cánones (que en el mejor de los casos puede decirse que reflejan una *modalidad general*), la Convención de Viena encomienda al intérprete centrar la atención en el *caso específico*, que puede o no ser representativo de esa modalidad general. Decir que un canon refleja una práctica generalizada no implica que refleje una práctica universal. La directriz de la Convención de Viena según la cual debe examinarse el sentido corriente de un vocablo en su contexto y a la luz del objeto y el fin del tratado está destinada a: 1) descubrir la intención que tuvieron las partes en el instrumento de que se trata, 2) respetar la posibilidad de que las partes hayan utilizado el instrumento para abordar cuestiones de interés común en forma innovadora, y 3) no adaptar, forzándolas, las metas específicas de un tratado a supuestos generales referentes a la intención de los Estados, supuestos que necesariamente se basan en evaluaciones de prácticas anteriores⁵³.

92. El Artículo 32 de la Convención de Viena se refiere a “medios de interpretación complementarios” y establece:

Se podrá acudir a medios de interpretación complementarios, incluyendo a los trabajos preparatorios del tratado y a las circunstancias de su celebración, para confirmar el sentido resultante de la aplicación del artículo 31, o para determinar el sentido cuando la interpretación dada de conformidad con el artículo 31:

- i. deje ambiguo u oscuro el sentido; o
- ii. conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable.

En el Comentario de la CDI sobre su borrador anterior de este artículo se señala que el papel “complementario” del Artículo 32 sirve para hacer hincapié en la importancia capital del Artículo 31, según el cual “debe presumirse que el texto del tratado es la expresión auténtica de las intenciones de las partes, y que el objeto de la interpretación consiste en la elucidación del significado del texto, y no la investigación *ab initio* de las supuestas intenciones de las partes”⁵⁴.

93. Por lo tanto, el Tribunal, al aplicar la Convención de Viena, en especial en cuanto a la interpretación de la expresión “controladas directa o indirectamente”:

⁵² Ambas partes, en diversos puntos de sus escritos, hacen referencia a cánones de interpretación.

⁵³ Lauterpacht, con respecto a la situación imperante antes de la Convención de Viena, señaló: “La opinión que va ganando cada vez mayor aceptación parece ser la de que algunas de las actuales reglas de interpretación de tratados * * *, en lugar de contribuir a alcanzar la que ha sido considerada como finalidad principal de la interpretación, es decir el descubrimiento de la intención de las partes, en definitiva dificulta el logro de ese objetivo”. Hersch Lauterpacht, *Restrictive Interpretation and the Principle of Effectiveness in the Interpretation of Treaties*, BRITISH YEARBOOK OF INTERNATIONAL LAW, 48, 52 (1949).

⁵⁴ I.L.C. Report on the Work of Its 8th Session, 1966 I.L.C. YEARBOOK (II) 223, Comentario al Artículo 28, párrafo 18.

Primero, considera el sentido de un vocablo de un texto conforme al Artículo 31 de la Convención de Viena;

Segundo, confirma la interpretación resultante conforme al Artículo 32 de convencional Convención de Viena; y

Tercero, aplica esa interpretación al caso que tiene ante sí.

La Primera Excepción

El primer aspecto de la Primera Excepción del Demandado, según el cual el Acuerdo de la Concesión priva de jurisdicción al CIADI

Excepción opuesta por el Demandado

94. El Demandado sostiene que el texto y la historia de las negociaciones de la Concesión, así como la legislación de Bolivia, indican que las diferencias referentes a la Concesión deben resolverse en los tribunales bolivianos conforme a la legislación boliviana.

95. El Demandado sostiene, en primer lugar, que el texto de la Concesión requiere que esa diferencia se resuelva en tribunales bolivianos conforme a la legislación boliviana⁵⁵.

96. El Demandado hace referencia en forma general al Artículo 41 de la Concesión (titulado “Resolución de controversias”) y, en especial, sostiene que el Artículo 41.2 constituye una cláusula de competencia exclusiva por la que se selecciona a los tribunales bolivianos, que impide a AdT promover un arbitraje ante el CIADI⁵⁶. El Artículo 41(2) dispone:

[El Concesionario] reconoce la jurisdicción y competencia de las autoridades que componen el Sistema de Regulación Sectorial (SIRESE) y de los tribunales de la República de Bolivia, de conformidad con la Ley SIRESE y otras leyes Bolivianas aplicables⁵⁷.

Según Bolivia, el Artículo 41 contiene “una mecánica muy cuidadosamente diseñada de resolución de controversias”⁵⁸ (traducción informal) que debe aplicarse a las controversias relacionadas con la Concesión.

⁵⁵ Mem. Contest. Ddo, págs. 10 y 11, párrafo 18 y 19.

⁵⁶ *Ibid.*, pág. 14, párrafo 25 y 26.

⁵⁷ El texto original está en español y figura en el Apéndice II.

⁵⁸ Excep. Bolivia, pág. 3.

Bolivia sostiene que la Concesión “limita expresamente” a AdT a la competencia de las autoridades regulatorias y los tribunales de Bolivia⁵⁹ y que al suscribir el contrato de Concesión, AdT “se comprometió” a aceptar la “jurisdicción y la competencia de las autoridades regulatorias y los tribunales de Bolivia”⁶⁰ (traducción informal).

97. Según el Demandado, su interpretación del Artículo 41.2 cuenta con el respaldo del Artículo 41 leído en conjunto. Bolivia toma nota de que el uso del término “Concesionario” en el Artículo 41.2 y del término “accionistas” en el Artículo 41.3 fue deliberado⁶¹, y de que en los Artículos 41.3 y 41.5 se reconoce expresamente el hecho de que los accionistas de AdT pueden invocar la jurisdicción del CIADI. Por el contrario el Artículo 41.2, haciendo referencia a la resolución de controversias por parte del Concesionario, no menciona al CIADI. Bolivia sostiene que la diferencia entre, por una parte, el Artículo 41.2 y, por otra parte, los Artículos 41.3 y 41.5 implica que AdT, como “Concesionario”, no puede invocar la jurisdicción del CIADI.

98. Segundo, el Demandado sostiene que la historia de las negociaciones de la Concesión respalda ese argumento. Haciendo referencia a la Constitución boliviana, Bolivia sostiene que se hizo notar claramente a todas las partes que “...era inconcebible, e igualmente inaceptable, conforme al Artículo 24 de la Constitución de Bolivia, que esa compañía [el Concesionario] pudiera plantear cualquier controversia que tuviera con el Gobierno boliviano *fuera* de Bolivia, o someterse a cualquier ley que no fuera la de Bolivia”⁶² (traducción informal). El Demandado subraya que sólo habría considerado a sociedades bolivianas para adjudicar una concesión referente a los servicios de agua de Cochabamba⁶³. Como AdT era una sociedad boliviana que operaba en el marco de las leyes y reglamentos de Bolivia, AdT no debió haber previsto que le fuera aplicable un tratado de inversiones bilaterales que le diera acceso al CIADI.

99. El Demandado cita como respaldo de su posición un informe interno boliviano sobre las negociaciones, fechado el 8 de junio de 1999, y menciona, en especial, la descripción contenida en el

⁵⁹ *Ibid.*

⁶⁰ *Ibid.* En sus exposiciones orales, Bolivia amplía su interpretación de la Concesión, explicando que AdT, en su carácter de concesionario, está sujeto exclusivamente al Sistema de Regulación Sectorial [“SIRESE”] y a la competencia de la Corte Suprema de Bolivia. Véanse, *infra*, párrafos 96 y 100. El SIRESE es un sistema regulatorio completo, que posee su propio proceso administrativo de resolución de controversias. Declaración del abogado de Bolivia, José Antonio Criales (11 de febrero de 2004), págs. 574 a 577.

⁶¹ Excep. Bolivia, pág. 3. El texto pertinente en español figura en el Apéndice II.

⁶² Mem. Contest. Ddo., pág. 11, párrafo 19 (destaque en el original). El Artículo 24 de la Constitución boliviana establece:

Las empresas y súbditos extranjeros están sometidos a las leyes bolivianas, sin que en ningún caso puedan invocar situación excepcional ni apelar a reclamaciones diplomáticas.

⁶³ Mem. Contest. Ddo., págs. 10 y 11, párrafo 19.

informe sobre los esfuerzos realizados por el consorcio de AdT para incluir un mecanismo general de derivación al CIADI de controversias emanadas de la Concesión⁶⁴. El Demandado señala que el informe de junio de 1999 recoge la opinión de Bolivia de que ni “las normas del sistema regulatorio [SIRESE] ni las leyes que rigen la materia admiten el arbitraje”⁶⁵ (traducción informal).

100. Tercero, el Demandado sostiene que su interpretación, según la cual la Concesión confiere competencia exclusiva a Bolivia, es la que impone forzosamente el derecho boliviano. El Demandado llama la atención del Tribunal sobre: 1) el Artículo 136 de la Constitución boliviana, que dispone que los recursos naturales de Bolivia (incluida el agua) forman parte del “dominio originario” del Estado, y 2) el sistema legal SIRESE, que aplica el Artículo 136⁶⁶. Según Bolivia, el hecho de que AdT haya cumplido voluntariamente los requisitos del SIRESE para poder ser tenida en cuenta para la concesión de Cochabamba, implica que también consintió en regirse exclusivamente por el proceso de resolución de controversias del SIRESE⁶⁷.

101. Bolivia sostiene que el texto del Artículo 41.2 de la Concesión, leído en conexión con otras secciones del Artículo 41, con la historia de las negociaciones de la Concesión y con el contexto legal en que éstas se realizaron —a saber, los Artículos 24 y 136 de la Constitución boliviana— indican que la Concesión exigía que AdT fuera una entidad nacional de Bolivia .sujeta exclusivamente a la legislación y a los tribunales bolivianos “que *no* quedaría comprendida en los términos del Tratado Bilateral de

⁶⁴ En especial, el Demandado hace referencia al párrafo 27 del “Informe sobre del Comité de Negociaciones creado para negociar con el Consorcio Aguas del Tunari” (Documento 38, anexo a la Dúp. Ddo.), cuyo texto es el siguiente:

El 31 de mayo de 1999, AGUAS DEL TUNARI elevó a consideración de la COMISION los aspectos que pretendía incorporar en los contratos para poder obtener el financiamiento requerido para la concesión de SEMAPA y la ejecución de MISICUNI, los cuales se resumen a continuación:

- a. El Arbitraje ante organismos internacionales, como ser el ICSID, para resolver cualquier disputa sobre revisión de tarifas, pagos por terminación de contrato, cumplimiento de criterios de calidad o asuntos similares.

⁶⁵ Declaración del abogado de Bolivia, Alexandre de Gramont (9 de febrero de 2004), págs. 137 a 141. “Y el comité [de negociación] dio a conocer a AdT su respuesta en forma específica. Tras analizar esas propuestas, el Comité hizo saber al consorcio que ni el sistema regulatorio [SIRESE] ni las leyes que se refieren a la cuestión permiten el arbitraje. Y esa posición se refleja en el Acuerdo de Concesión...”, pág. 138, renglones 6 a 12. (Traducción informal).

⁶⁶ El texto del Artículo 136 de la Constitución de Bolivia establece:

Son de dominio originario del Estado, además de los bienes a los que la Ley les da esa calidad, el suelo y el subsuelo con todas sus riquezas naturales, las aguas lacustres, fluviales y medicinales, así como los elementos y fuerzas físicas susceptibles de aprovechamiento. La ley establecerá las condiciones de este dominio, así como las de su concesión y adjudicación a los particulares.

⁶⁷ Declaración del abogado de Bolivia, José Antonio Criales (9 de febrero de 2004), págs. 176 a 187. “...los Concesionarios serán entidades bolivianas sujetas exclusivamente al SIRESE y a la Corte Suprema de Bolivia, en tanto que los accionistas extranjeros de esos Concesionarios en algunos casos pertinentes pueden promover arbitrajes internacionales en el marco de TBI”. *Ibid.*, pág. 186, renglones 6 a 10.

Inversiones Bolivia-Países Bajos (u otros TBI del mismo género) referentes a ‘control’ extranjero”⁶⁸ (traducción informal).

Réplica del Demandante

102. AdT sostiene que este aspecto de la Primera Excepción del Demandado es improcedente. El Demandante subraya que las reclamaciones que plantea en su Solicitud de Arbitraje se basan en el TBI, y no en la Concesión⁶⁹. Aun suponiendo, *argüendo*, que el Artículo 41.2 de la Concesión fuera una cláusula de selección de foro con carácter exclusivo, esta no sería pertinente en la consideración del Tribunal de su jurisdicción en virtud del TBI⁷⁰.

103. El Demandante sostiene, en especial, que la acción que inició contra Bolivia es “una causa de acción totalmente independiente”, claramente diferente de las reclamaciones planteadas en el marco de la Concesión⁷¹, por lo cual “[u]na cláusula de jurisdicción exclusiva contenida en un contrato de concesión no influiría en ninguna medida sobre ninguna acción que se plantee en el marco de un tratado bilateral de inversiones”⁷² (traducción informal).

104. AdT remite al Tribunal a laudos anteriores del CIADI, que a su juicio respaldan esta aseveración⁷³. Primero, cita el caso *Compañía de Aguas del Aconquija S.A y Vivendi Universal c/ la República Argentina* (“*Vivendi*”)⁷⁴ como respaldo de su argumento de que, aun cuando un contrato de concesión contenga una cláusula explícita y afirmativa de jurisdicción exclusiva, esa cláusula no afectaría a la competencia de un tribunal del CIADI en relación con una reclamación formulada en el marco de un TBI⁷⁵. Segundo, remite asimismo al Tribunal al caso *Lanco International, Inc. c/ la República Argentina* (“*Lanco*”)⁷⁶. AdT cree que existe analogía entre su caso y el caso *Lanco*, en que el tribunal concluyó que una cláusula de selección de

⁶⁸ Mem. Contest. Ddo., pág. 33, párrafo 63.

⁶⁹ Solicitud de Arbitraje, págs. 2 a 4, párrafos 3 a 7.

⁷⁰ Mem. Dte., pág. 29, 31 a 35, párrafos 90, 94 a 101.

⁷¹ *Ibid.*, pág. 34, párrafo 98.

⁷² *Ibid.*

⁷³ *Ibid.*, pág. 31, párrafo 94.

⁷⁴ *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal c/ la República Argentina*, Laudo del 21 de noviembre de 2000, *reimpreso en* 40 ILM 426 (2001), 5 ICSID Rep. 299 (2002); Decisión sobre anulación, 3 de julio de 2002, *reimpresa en* 41 ILM 933 (2002), 5 ICSID Rep. 240 (2002).

⁷⁵ Mem. Dte., pág. 31, párrafo 94.

⁷⁶ *Lanco International, Inc. c/ L-República Argentina*, “Decisión preliminar sobre la jurisdicción” fechada el 8 de diciembre de 1998, *reimpresa en* 40 ILM 457 (2001), 5 ICSID REP. 370 (2002).

foro contenida en el contrato de concesión no excluía la jurisdicción del CIADI basada en un TBI entre los Estados Unidos y Argentina⁷⁷. Basándose en el caso *Lanco*, AdT sostiene que su reclamación contra Bolivia tiene como fundamento “el incumplimiento, por parte del Demandado, de obligaciones de Derecho Internacional enmarcadas en el TBI [y] no en incumplimientos del Contrato de Concesión”⁷⁸ (traducción informal).

105. El Demandado no se ocupa de la opinión del Demandante de esos dos casos en cuanto guardan relación con este aspecto de sus excepciones⁷⁹.

106. El Demandante sostiene además que si el Tribunal llegara a considerar pertinente la Concesión, la caracterización del Artículo 41 de la Concesión propuesta por Bolivia es un intento de “convertir” una cláusula que “reconoce los derechos del Demandado de regular sin carácter exclusivo cuestiones referentes al agua en su territorio, en una cláusula de jurisdicción exclusiva”⁸⁰ (traducción informal). Según AdT, dicho artículo debe ser interpretado, en cambio, como una cláusula en que las partes “...se reservaron expresamente el derecho de recurrir a mecanismos de arbitraje jurídicamente disponibles”⁸¹ (traducción informal).

107. AdT sostiene que el texto del Artículo 41 de la Concesión no implica una renuncia o limitación a la jurisdicción del CIADI⁸². AdT aduce que el Artículo 41.2 de la Concesión no constituye, a su juicio, una cláusula de selección de foro con carácter exclusivo, sino que se limita a reconocer los derechos regulatorios que poseía Bolivia en cuestiones internas referentes a sus reservas de agua en el marco del sistema de regulación SIRESE⁸³.

108. El Demandante sostiene que las negociaciones que AdT mantuvo con el Gobierno de Bolivia dieron lugar a un acuerdo “a distancia” con respecto a los términos de la Concesión⁸⁴. Según AdT, en la ronda de negociaciones de junio de 1999 Bolivia no dio a conocer a su equipo de negociación su supuesta

⁷⁷ Mem. Dte., pág. 34, párrafo 99.

⁷⁸ *Ibid.*, pág. 35, párrafo 101.

⁷⁹ En cambio, Bolivia responde a los argumentos basados en los casos *Vivendi* y *Lanco* en relación con la cuestión del capital accionario y el control de la mayoría, denominando “improcedente” al argumento de AdT basado en esos casos. Mem. Contest. Ddo., págs. 65 y 66, párrafo 137. (Traducción informal).

⁸⁰ Contestación de AdT, pág. 4, párrafo 7.

⁸¹ *Ibid.* y Mem. Dte., pág. 30, párrafo 92.

⁸² Contestación de AdT, pág. 4, párrafos 7 y 8.

⁸³ *Ibid.*, Mem. Dte., pág. 30, párrafo 91.

⁸⁴ Mem. Dte., pág. 5, párrafo 14.

posición de que “el adjudicatario de la Concesión no debía estar sometido al control de ninguna entidad extranjera cuyo BIT ofreciera acceso al CIADI a la compañía boliviana”⁸⁵ (traducción informal). Además, AdT rechaza la utilización de “declaraciones subjetivas sobre la intención original”, sosteniendo que no debe “dárseles cabida” al interpretar la Concesión⁸⁶ (traducción informal).

Decisión del Tribunal

109. Esta excepción se refiere a la interrelación jurídica de cláusulas de selección de foro en relaciones contractuales y la disponibilidad de mecanismos de arbitraje en el marco de un tratado bilateral de inversiones. El Tribunal toma nota de que en los últimos años otros tribunales se han referido a esas cuestiones y, como más abajo se expone, comparte en general la orientación adoptada por esos tribunales, aunque el razonamiento aquí empleado difiere en varios aspectos.

110. El Demandante invoca el TBI entre Bolivia y los Países Bajos como base de admisibilidad del caso ante el Tribunal. El Demandado opone excepciones en materia de jurisdicción basándose en que la Concesión establece la competencia exclusiva de los correspondientes tribunales bolivianos, lo que impide a AdT invocar la competencia del CIADI.

111. Se plantean dos cuestiones. Primero, como cuestión-umbral, el Tribunal señala que para que el documento independiente invocado por el Demandado obste a la competencia del Tribunal, este tiene que referirse a los mismos asuntos y partes y contener necesariamente obligaciones contrapuestas. Segundo, si el conflicto en verdad existe, es preciso establecer qué efecto surte un documento de ese género en cuanto a la competencia del Tribunal.

112. Con respecto al requisito de que el documento independiente contenga obligaciones contrapuestas, el Tribunal concluye que el Artículo 41.2 de la Concesión no dispone que todas las controversias referentes a esta última sean de competencia *exclusiva* de los tribunales bolivianos, sino que establece:

[El Concesionario] reconoce la jurisdicción y competencia de las autoridades que componen el Sistema de Regulación Sectorial (SIRESE) y tribunales de la República de Bolivia, de conformidad con la Ley SIRESE y otras leyes bolivianas aplicables.

La redacción y la estructura de esta cláusula difieren de otras cláusulas de selección de foros halladas por los miembros del Tribunal, y de aquellas presentes en otros procedimientos ante el CIADI en los que se consideró la cuestión del efecto de una cláusula contractual de selección de foro sobre la jurisdicción del

⁸⁵ Rép. Dte., pág. 10, párrafo 26, en que se cita Mem. Contest. Ddo, págs. 34 y 35, párrafo 66.

CIADI. En el caso *Vivendi*, por ejemplo, la cláusula de selección de foro en cuestión disponía:

A los efectos de la interpretación y aplicación de este Contrato las partes se someten a la jurisdicción exclusiva de los Tribunales en lo Contencioso Administrativo de la Provincia de Tucumán⁸⁷ (traducción informal).

Dos expresiones que se examinan en la cláusula del caso *Vivendi* son frecuentes y dignas de consideración para el procedimiento de autos: primero, la selección de determinado tribunal se califica expresamente como “exclusiva”. Segundo, las partes, al elegir exclusivamente un tribunal, delimitan expresamente los asuntos que se le asignan; en este caso, “interpretación y aplicación de este Contrato”. En el caso de autos, el Artículo 41.2 de la Concesión no es explícito en ninguno de esos dos aspectos. Este Tribunal no tiene por qué pronunciarse acerca de si el Demandante está en lo cierto al afirmar que el Artículo 41.2 no tiene otro fin que declarar los derechos regulatorios de Bolivia en cuestiones internas referentes a sus reservas de agua en el marco del sistema de regulación SIRESE. Basta señalar que el Tribunal concluye que del Artículo 41.2 de la Concesión no surge que deban derivarse exclusivamente al sistema judicial boliviano todas las controversias que se planteen en el marco de la Concesión, ni mucho menos las conexas con esta última.

113. A semejanza de lo que ocurre en el caso de autos, el tribunal del caso *Lanco* parece haber considerado que la cláusula pertinente de ese caso no creaba una obligación incompatible con la jurisdicción del Centro. En el caso *Lanco*, la cláusula de selección de foro en cuestión establecía:

A todos los efectos derivados del acuerdo y del PLIEGO DE CONDICIONES DE LA LICITACIÓN, las partes aceptan la competencia de los Tribunales Federales de lo Contencioso Administrativo de la Capital Federal de la REPÚBLICA ARGENTINA⁸⁸.

Según el Tribunal del caso *Lanco*, dicha cláusula no constituía “una disposición preacordada sobre solución de diferencias” en el sentido del TBI aplicable, ya que “en lo contencioso administrativo no puede seleccionarse la competencia ni renunciarse a ella [. . .]”⁸⁹ (traducción informal).

114. En cuanto al requisito de que el documento independiente se refiera a los mismos asuntos y partes,

⁸⁶ *Ibid.*, párrafo 27.

⁸⁷ *Vivendi*, Laudo del 21 de noviembre de 2000, párrafo 27.

⁸⁸ *Lanco*, Laudo, párrafo 6.

⁸⁹ *Ibid.*, párrafo 26. Tal como señaló recientemente un comentarista, “[l]a explicación más atractiva, que no es la menos plausible, sobre las razones por las cuales los fundamentos del fallo apuntaron al Artículo 26 es que la cláusula sobre el foro se consideraba como no exclusiva, por lo cual no implicaba una renuncia al derecho al arbitraje internacional”. Ole Spiermann, *State Interests and the Power to Waive ICSID Jurisdiction under Bilateral Investment Treaties*, 20 ARBITRATION INTERNATIONAL 179, 191 (2004).

el Tribunal concluye que la competencia de los tribunales bolivianos reconocida conforme al Artículo 41.2 de la Concesión, aunque llegara a considerarse exclusiva, no comprende las mismas obligaciones o partes invocadas por el Demandante en el marco del TBI. En el procedimiento de autos, el Demandante no plantea una reclamación contra la Superintendencia de Aguas como parte de la Concesión, sino contra la República de Bolivia misma como parte del TBI. Análogamente, suponiendo que el Artículo 41.2 fuera una cláusula de selección de foro de carácter exclusivo para controversias emanadas de la Concesión, el Demandante de autos no aduce el incumplimiento de una obligación enmarcada en la Concesión, sino de una obligación existente en el marco del TBI⁹⁰. La coincidencia fáctica entre una reclamación formulada en el marco de la Concesión contra la Superintendencia de Aguas y una reclamación contra Bolivia enmarcada en el TBI no debe desdibujar la distinción jurídica entre esos dos tipos de reclamaciones. Suele ocurrir que un mismo conjunto de hechos dé lugar a controversias basadas en diferentes leyes en diferentes foros. El Tribunal toma nota de que esta conclusión es congruente con los fundamentos dados por el tribunal en el caso *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal c/ la República Argentina*, laudo del 21 de noviembre de 2000⁹¹, y con la subsiguiente decisión del Comité *ad hoc* designado para el Procedimiento de Anulación en el mismo asunto, que al rechazar la solicitud de anulación de ese aspecto del laudo declaró compartir los fundamentos del laudo⁹².

115. En cuanto a la segunda de las cuestiones que se plantean en el párrafo 111, que antecede, el Tribunal sostiene que la cuestión de si una obligación incompatible con la competencia de un tribunal contenida en un documento independiente puede afectar a la jurisdicción del CIADI depende de la intención que hayan tenido las partes al otorgar ese documento. El Tribunal señala que esa investigación guarda relación con los hechos del caso concreto, pero es especialmente útil distinguir entre: 1) un documento independiente por el que se renuncia al derecho de invocar la jurisdicción del CIADI o se modifica su alcance (cuando las partes han tenido la expresa intención de modificar la posibilidad de que el CIADI asuma jurisdicción), y 2) un documento independiente que contiene una cláusula de selección de foro con carácter exclusivo por la que se designa a un foro distinto del CIADI (donde la intención de las partes de alterar la posibilidad de recurrir a la jurisdicción del CIADI debe ser inferida).

116. En cuanto al primero de esos casos—documento independiente por el que se renuncia al derecho de invocar la jurisdicción del CIADI o se modifica el alcance de ésta última—, el Tribunal toma nota de

⁹⁰ En general, una cláusula de selección de foro con carácter exclusivo contenida en un contrato se considera separable del contrato del que forma parte. Además, aunque en general esa cláusula sólo se refiere a controversias emanadas del contrato, puede ser de alcance más amplio. Por ejemplo, algunas cláusulas se refieren no exclusivamente a controversias “emanadas en virtud” del contrato, sino también “relacionadas con” el contrato.

⁹¹ *Vivendi*, Laudo, párrafo 53.

⁹² *Vivendi*, Decisión sobre el procedimiento de anulación, párrafos 73, 76, 80 y 95 a 97 “De conformidad con este principio general (que es sin duda declaratorio del derecho internacional general), son cuestiones distintas la de si ha habido incumplimiento del TBI y la de si ha habido incumplimiento del contrato”. *Ibid.*, párrafo 96.

que el Demandante, en la audiencia del caso de autos, señaló como cuestión general que “la opinión de los especialistas está dividida” en torno a la cuestión de si esa renuncia es posible⁹³ (traducción informal), y llamó la atención del Tribunal, más específicamente, sobre la Decisión sobre jurisdicción recaída en el caso *Azurix Corp. c/ la República Argentina*⁹⁴ (“Azurix”).

117. No obstante, la Decisión del caso *Azurix* no se refiere a la cuestión de si un inversionista puede renunciar a su derecho al arbitraje ante el CIADI, sino que sostiene que las cláusulas sobre jurisdicción contenidas en el pliego de Condiciones de una Licitación, un Acuerdo de Concesión y Cartas de Compromiso no constituían una renuncia de ese género⁹⁵. En *Azurix*, las cláusulas en cuestión eran similares entre sí, de lo que es ejemplo la cláusula 1.5.5. del Pliego de Condiciones de la Licitación, que preveían la competencia exclusiva del fuero contencioso administrativo de la ciudad de La Plata “para todos los conflictos que puedan suscitarse con relación a la Licitación, con renuncia a cualquier otro fuero, jurisdicción o inmunidad que pudiera corresponder”⁹⁶. El tribunal del caso *Azurix* adujo dos razones por las cuales esa cláusula no implicaba la renuncia de un demandante a su derecho al arbitraje ante el CIADI. Primero, la cláusula de renuncia figuraba en un contrato del que el demandado no era parte, por lo cual la obligación contractual del demandante de renunciar al acceso a ciertos otros foros no se efectuaba “en favor de Argentina”⁹⁷. Segundo, se concluyó que el análisis de la cláusula de renuncia era análogo al efectuado con respecto a las cláusulas de selección de foro, porque la renuncia a otros foros se limitaba a las reclamaciones enmarcadas en el contrato, tal como ocurría con la selección de un foro exclusivo⁹⁸. El tribunal del caso *Azurix* concluyó, por lo tanto, que la cláusula de renuncia no representaba una obligación incompatible con la jurisdicción del CIADI. Ambas conclusiones de dicho tribunal se referían a los hechos específicos del caso en que se formularon. Ambas son la consecuencia de una investigación de la intención de las partes e implican preferencia por una redacción específica de la renuncia del derecho de invocar la jurisdicción del CIADI cuando se trata de reclamaciones emanadas de un TBI, preferencia que comparte este Tribunal⁹⁹.

⁹³ Declaración del abogado de AdT, Matthew Weiniger (9 de febrero de 2004), pág. 38, renglones 13 y 14.

⁹⁴ *Azurix Corp. c/ la República Argentina*, “Decisión sobre jurisdicción”, fechada el 8 de diciembre de 2003, *que puede consultarse en*: <http://www.asil.org/ilib/azurix.pdf>.

⁹⁵ “Puesto que el Tribunal ha llegado a la conclusión de que la renuncia no abarca la reclamación de Azurix en la diferencia que se le ha planteado, no hay necesidad de que el Tribunal formule más comentarios sobre la cuestión de la renuncia por parte de individuos a los derechos que se les han otorgado a través de un tratado”. *Ibid.*, párrafo 85.

⁹⁶ *Ibid.*, párrafo 26.

⁹⁷ *Ibid.*, párrafo 85.

⁹⁸ *Ibid.*, párrafo 80 y 81.

⁹⁹ En *Société Générale de Surveillance c/ la República de Filipinas* (29 de enero de 2004) (que puede consultarse en: www.worldbank.org/icsid/cases/SGSvPhil-final.pdf) (“SGS”), el tribunal hizo efectiva una cláusula de selección de foro. El Tribunal hace hincapié en que los hechos del caso SGS son claramente distintos de los del procedimiento de autos.

118. El Tribunal opina que si las Partes hubieran acordado claramente la renuncia a la jurisdicción del CIADI, esa renuncia sería eficaz. Dado que parece claro que las partes de un arbitraje del CIADI podrían convenir mutuamente en un mecanismo diferente del CIADI para la resolución de sus controversias, parecería que un inversionista puede también renunciar a su derecho de invocar la jurisdicción del CIADI¹⁰⁰. No obstante, el Tribunal no tiene por qué pronunciarse sobre este tema en el caso de autos.

119. En cuanto al segundo de los casos mencionados, de un documento independiente que contenga una cláusula de selección de foro con carácter exclusivo en que se designe a un foro distinto del CIADI, el Tribunal toma nota de que la intención específica de las Partes de excluir la jurisdicción del CIADI será más difícil de probar que si se trata de una renuncia expresa. El Tribunal opina que no es la existencia de la cláusula de selección de foro con carácter exclusivo a la cual reconocería eficacia un tribunal del CIADI, sino que éste a lo sumo podría dar eficacia a una renuncia implícita en virtud de la existencia de la referida cláusula. El Tribunal no cree que el Convenio del CIADI le confiera la potestad de abstenerse de ejercer su competencia simplemente porque exista una cláusula de selección de foro en conflicto. Por el contrario, a juicio del Tribunal, un tribunal del CIADI tiene la obligación de ejercer su competencia en esos casos cuando no existe indicio alguno de que las partes hubieran tenido la intención específica de que la cláusula incompatible con la jurisdicción del Centro operara como renuncia a, o modificación de, un mecanismo existente de otorgamiento de jurisdicción al CIADI. Un documento independiente e incompatible debe ser considerado obstando la jurisdicción de un tribunal del CIADI sólo si está claramente destinado a modificar la jurisdicción otorgada por otra parte al CIADI. Como ya se señaló, la renuncia expresa, por parte de un inversionista, a sus derechos de invocar la jurisdicción del CIADI en virtud de un TBI podría afectar a la competencia de un tribunal del CIADI. No obstante, el Tribunal no declarará la existencia de una renuncia o modificación implícitas de la jurisdicción del CIADI a menos que existan indicios específicos de la intención común de las Partes.

Primero, se concluyó que la cláusula contractual sobre foro que estaba en cuestión en el caso *SGS* contenía obligaciones incompatibles. La cláusula establecía que “las acciones referentes a controversias relacionadas con obligaciones de cualquiera de las dos partes del presente Acuerdo deben presentarse ante los tribunales de primera instancia regionales de Makati o Manila”. El Tribunal del caso *SGS* concluyó que la cláusula es una cláusula “obligatoria sobre competencia exclusiva” en relación con “todas las acciones referentes a controversias relacionadas” con obligaciones contractuales. (Cabe señalar que *SGS* no objetó el hecho de que esta cláusula se aplicara, con carácter obligatorio, a ambas partes). El procedimiento de autos no se refiere a una cláusula de selección de foro con esas características.

Segundo, la ley aplicable era diferente. *SGS* presentó su reclamación en el marco del TBI Suiza-Filipinas. El tribunal en el caso *SGS* hizo efectiva la cláusula de selección de foro, aunque reconoció que en las reclamaciones de *SGS* se invocaba incumplimiento de las obligaciones del tratado contenidas en el Artículo X(2) (“la cláusula general”) del TBI Suiza-Filipinas, porque a su juicio las reclamaciones de *SGS* eran esencialmente de carácter contractual. En el procedimiento de autos no se está ante una cláusula de alcance general.

Pese a esas diferencias, el Tribunal reconoce asimismo que los fundamentos que invoca son diferentes de los enunciados por el tribunal que entendió en el caso *SGS*. El Tribunal señala que su punto de vista es más a final párrafo 11 de la Declaración disidente del árbitro Antonio Crivellaro en el caso *Société Générale de Surveillance c/ la República de Filipinas*.

120. Basándose en el Artículo 41 tomado en conjunto, en la historia de las negociaciones de la Concesión y en los requisitos establecidos por la legislación boliviana, el Demandado sostiene que AdT, al aceptar la Concesión, se obligó también a no invocar la jurisdicción del CIADI. El Tribunal no concluye que las pruebas presentadas sean suficientes para probar esa aseveración.

121. Primero, el Tribunal toma nota de que el Demandado no sostiene que AdT haya renunciado expresamente a la jurisdicción del CIADI. Aun suponiendo que el Artículo 41 de la Concesión determine una competencia exclusiva, ese artículo no implica una renuncia expresa a la jurisdicción del CIADI.

122. Segundo, el Tribunal concluye que en los escritos y las manifestaciones orales que se le presentaron no existen bases suficientes para concluir que el texto de la Concesión y la posición adoptada por Bolivia en las negociaciones impliquen una renuncia de ese género. Ambas partes han presentado argumentos contrapuestos acerca de lo que se concluyó, o no, en las negociaciones de la Concesión. El Artículo 41 no se pronuncia sobre la cuestión de que AdT pudiera recurrir al CIADI y al arbitraje en general. El Demandado pretende que el Tribunal extraiga de ese silencio, de la estructura del Artículo 41 en general y de la legislación de Bolivia, incluida su Constitución, la renuncia de AdT al derecho que pudiera tener para invocar la jurisdicción del CIADI. Considerada la redacción del Artículo 41 y la controversia que rodea a la historia de las negociaciones, es probable que el silencio del Artículo 41 en cuanto al derecho de AdT de invocar el arbitraje ante el CIADI refleje un punto muerto en las negociaciones entre las Partes sobre la cuestión. En consecuencia, el Tribunal no concluye que haya existido una intención común de las Partes de excluir la jurisdicción del CIADI en caso de una reclamación de AdT, ni una clara renuncia de parte de AdT, a través del Artículo 41 o de la Concesión en general, a su derecho de promover sus reclamaciones ante el CIADI. El Tribunal no interpretará una cláusula ambigua como una renuncia implícita a la jurisdicción del CIADI; el silencio, en tal sentido, no es suficiente.

123. Por las razones que anteceden el Tribunal rechaza el primer aspecto de la Primera Excepción del Demandado.

El segundo aspecto de la Primera Excepción, según el cual Bolivia carece de legitimación procesal

Excepción opuesta por el Demandado

124. El Demandado sostiene que carece de legitimación procesal en la diferencia de autos.

125. Bolivia invoca los Artículos 25(1) y 25(3) del Convenio del CIADI para sostener que su Gobierno

¹⁰⁰ Véase Spiermann, *supra*, nota 89.

tendría que haber designado específicamente a la Superintendencia de Aguas como “organismo público o subdivisión política” para que el CIADI tuviera jurisdicción, pero no lo hizo, ni tampoco prestó su consentimiento a la jurisdicción del Centro en relación con los actos de la Superintendencia de Aguas¹⁰¹.

126. Bolivia sostiene que la Superintendencia de Aguas es una “persona jurídica independiente y autónoma” (traducción informal), que no forma parte del gobierno central de la República de Bolivia¹⁰². Todos los actos unilaterales y plurilaterales en que AdT basa sus reclamaciones, incluida la rescisión de la Concesión, fueron actos de la Superintendencia de Aguas¹⁰³.

127. Como respaldo de esa excepción, Bolivia se basa en el laudo dictado por el tribunal del CIADI en el caso *Cable Television of Nevis, Ltd. and Cable Television of Nevis Holdings, Ltd. v. Federation of St. Kitts and Nevis (“Cable TV”)*¹⁰⁴

128. Bolivia, entiende que el laudo *Cable TV* implica el rechazo, por parte de un tribunal del CIADI, de la conclusión de que el Centro tiene jurisdicción en relación con una parte que no haya sido designada como “subdivisión política u organismo público” por un Estado Contratante, conforme a lo previsto por el Artículo 25(1). El Demandado señala que el Tribunal debe concluir que la relación entre la Superintendencia de Aguas y Bolivia es paralela, en importantes aspectos, a la que existía entre la Administración de la Isla de Nevis y la Federación de Saint Kitts y Nevis.

129. En consecuencia, el Demandado opone excepciones a la competencia de este Tribunal basándose en que la República de Bolivia no era parte en el Acuerdo de Concesión y en que la Superintendencia de Aguas nunca fue designada como “subdivisión política u organismo público” de Bolivia a los efectos de la jurisdicción del CIADI¹⁰⁵.

Réplica del Demandante

130. AdT afirma que plantea su reclamación contra Bolivia; no contra la Superintendencia de Aguas¹⁰⁶, y que la naturaleza jurídica de la Superintendencia de Aguas y las referencias del Demandado a los Artículo

¹⁰¹ Mem. Contest. Ddo., pág. 46, párrafos 91 y 92.

¹⁰² *Ibíd.*, pág. 47, párrafo 94.

¹⁰³ ** *Ibíd.*, pág. 48, párrafo 96.

¹⁰⁴ *Ibíd.*, pág. 47, párrafo 95; *Cable Television of Nevis Ltd. y Cable Television of Nevis Holdings Ltd c/ la Federación de Saint Kitts y Nevis*, laudo del 13 de enero de 1997, *reimpreso en* 5 ICSID REP. 106 (2002).

¹⁰⁵ Mem. Contest. Ddo., pág. 51, párrafo 103.

25(1) y 25(3) del Convenio del CIADI carecen de interés para establecer la jurisdicción en estas actuaciones.

131. El Demandante discrepa con la conclusión que extrae el Demandado del caso *Cable TV*. Subraya que, a diferencia de lo que ocurre en el procedimiento de autos, ese caso se planteó en el marco de un acuerdo de concesión mutuamente adoptado por las partes, no de un tratado bilateral de inversiones¹⁰⁷. Según AdT, Bolivia consintió la jurisdicción del CIADI al ratificar el TBI. Al hacer hincapié en que reclama contra Bolivia por actos violatorios de las obligaciones asumidas por ese país en el marco del TBI, AdT sostiene que no tiene la intención de sustituir a la Superintendencia de Aguas por Bolivia como parte de la Concesión y que no es necesario examinar esa cuestión.

132. AdT reconoce que en las actuaciones sobre el fondo del asunto tendrá la carga de probar la responsabilidad del Estado de Bolivia en virtud del TBI por la expropiación de inversiones de AdT que ésta aduce¹⁰⁸. Admite también que cuando sea necesario tendrá también la carga de probar que los actos de la Superintendencia de Aguas son imputables a Bolivia¹⁰⁹. AdT señaló al respecto: 1) que la Concesión se negoció bajo la supervisión de autoridades bolivianas con facultades independientes de la del Superintendente de Aguas¹¹⁰, 2) que la Concesión fue tan sólo uno de seis contratos mutuamente celebrados por AdT y diversos organismos públicos bolivianos¹¹¹, 3) que la amplitud de su inversión sólo puede implicar la existencia de coordinación a cargo del propio Gobierno boliviano¹¹², y 4) que fue privada de su inversión no sólo por los actos de la Superintendencia de Aguas, sino también por la omisión de Bolivia de brindar seguridad a los bienes y al personal de AdT durante los disturbios ocurridos en Cochabamba y por la transferencia de bienes de AdT a una sociedad de propiedad pública¹¹³.

Decisión del Tribunal

133. El Demandado opone excepciones en materia de jurisdicción del CIADI basándose en que en este arbitraje la legitimación procesal pasiva reside en la Superintendencia de Aguas y no en la República de

¹⁰⁶ Rép. Dte., pág. 26, párrafo 72.

¹⁰⁷ *Ibíd.*, pág. 27, párrafo 74.

¹⁰⁸ *Ibíd.*, pág. 26, párrafo 72(b).

¹⁰⁹ *Ibíd.*, pág. 28, párrafo 77.

¹¹⁰ *Ibíd.*, pág. 33, párrafo 90, en que se cita la Solicitud de Arbitraje, Documentos 16 a 19.

¹¹¹ *Ibíd.*, pág. 28, párrafo 77.

¹¹² *Ibíd.*

¹¹³ *Ibíd.*, pág. 29, párrafo 78, en que se cita la Solicitud de Arbitraje, párrafos 33 a 35.

Bolivia. El Tribunal toma nota de que este aspecto de la Primera Excepción del Demandado guarda relación con el primer aspecto, ya que se basa en la premisa de que la controversia emana de la Concesión (de la que era parte la Superintendencia de Aguas), y no del TBI (del que es parte Bolivia).

134. Bolivia invoca el laudo dictado por un tribunal del CIADI en el caso *Cable TV*, pero la base para determinar la jurisdicción de ese caso es a todas luces diferente de la formulada en las actuaciones de autos.

135. En el caso *Cable TV*, la sociedad de televisión por cable demandante invirtió más de US\$1 millón en la Isla de Nevis en el marco de un contrato con el Gobierno de Nevis. La cláusula del acuerdo referente a controversias indicaba que las controversias relacionadas con el contrato debían someterse a arbitraje conforme a las normas y procedimientos previstos en el Convenio del CIADI. El tribunal se declaró incompetente para entender en el caso porque: 1) la Federación de Saint Kitts y Nevis fue denominada incorrectamente como parte en una disputa emanada de un contrato que sólo se refería a la Administración de la Isla de Nevis, y 2) no existían otras bases para concluir que la Federación hubiera consentido el arbitraje como parte o en nombre de la Administración de la Isla de Nevis¹¹⁴.

136. El Tribunal reconoce el argumento de Bolivia de que la Superintendencia de Aguas se asemeja a la Administración de la Isla de Nevis, por tratarse de una unidad dotada de cierta autonomía dentro de un Estado de mayor extensión. Un elemento más decisivo, sin embargo, es que la base de determinación de la jurisdicción declarada en el caso *Cable TV* fue una cláusula de un contrato de concesión, y no, como en este procedimiento, un tratado bilateral de inversiones. La diferencia planteada por AdT ante este Tribunal se basa en supuestos actos de Bolivia que violarían del TBI entre los Países Bajos y Bolivia. A diferencia de la situación existente en el caso *Cable TV*, AdT no ha identificado como demandada a una entidad que no sea parte en el instrumento que contiene la cláusula referente a la competencia. Lo declarado por el tribunal en el caso *Cable TV* no guarda relación con la situación que se presenta en el procedimiento de autos.

137. Las partes plantean varias cuestiones que requieren conclusiones más amplias, basadas en pruebas adicionales. En esta fase de los procedimientos, referente a la determinación de la competencia, el Tribunal no tiene por qué pronunciarse sobre: 1) atribución y responsabilidad del Estado en el marco del TBI, o 2) relación precisa entre la República de Bolivia y la Superintendencia de Aguas, cuestiones ambas sobre las que el Tribunal, si fuere necesario, se pronunciará más adelante, en la etapa de sus actuaciones referente al fondo del asunto.

138. El Tribunal rechaza el segundo aspecto de la Primera Excepción del Demandado.

¹¹⁴ *Cable TV* Sección 8.01.

El tercer aspecto de la Primera Excepción, según el cual el Artículo 2 del TBI reconoce la competencia exclusiva de la legislación boliviana en la controversia

Excepción opuesta por el Demandado

139. En el tercer aspecto de su Primera Excepción, Bolivia sostiene que el Artículo 2 del TBI contiene referencias a disposiciones legales bolivianas que excluyen la jurisdicción del CIADI en el caso de autos. Señala que ese artículo reconoce expresamente que, al proteger y admitir inversiones, Bolivia lo hace “en el marco de sus leyes y reglamentos” y “con sujeción a sus leyes y reglamentos”¹¹⁵, y por lo tanto sostiene:

El Artículo 2 del TBI se remite a la ley boliviana como marco en que esas potestades y normas reglamentarias regirán a la inversión y al inversionista privado invitado a acudir a Bolivia. Por lo tanto, AdT está obligada a someterse a la legislación boliviana, al SIRESE y a la Corte Suprema de Bolivia¹¹⁶. . . . (Traducción informal).

140. En consecuencia, el Demandado opone excepciones en materia de competencia de ese Tribunal basándose en que el Artículo 2 del TBI se remite a la legislación boliviana y en que la aplicación de esa legislación al caso de autos exige a AdT someterse a la jurisdicción exclusiva de los juzgados y tribunales bolivianos pertinentes.

Réplica del Demandante

141. El Demandante discrepa con la interpretación del Demandado sobre el Artículo 2 del TBI, que a su juicio es una “cláusula de admisión” estándar. Alega que la referenda contenida en ese artículo a la legislación y reglamentos de Bolivia no guarda relación con ningún tema que no sea la admisión de una inversión en el mercado boliviano, pues su única finalidad es inducir el ingreso de inversiones extranjeras en Bolivia. A juicio del Demandante, la interpretación del Demandado va más allá de la finalidad original del Artículo 2, y no cuenta con el respaldo de la correspondiente práctica comparada. AdT sostiene que si se llevara a su fin lógico la interpretación dada por el Demandado al Artículo 2, “no existiría ningún arbitraje del CIADI”¹¹⁷ (traducción informal). Agrega que esa interpretación permitiría también una resurrección indirecta de la Doctrina Calvo¹¹⁸.

¹¹⁵ Declaración del abogado de Bolivia, Alexandre de Gramont (9 de febrero de 2004), pág. 142, renglones 9 a 11.

¹¹⁶ Presentación oral del abogado de Bolivia, José Antonio Ciales (9 de febrero de 2004), págs. 177 y 178, renglones 19 a 21 y 1 a 5.

¹¹⁷ Presentación oral del abogado del Demandante, Matthew Weiniger (9 de febrero de 2004), pág. 247, renglones 8 a 12.

¹¹⁸ El Tribunal no tiene por qué examinar la Doctrina Calvo, salvo para señalar que Bolivia ha concluido diversos TBI y es un Estado Contratante del CIADI. Para obtener mayores detalles sobre esta doctrina, véase, *en general*, D. SHEA,

Decisión del Tribunal

142. En virtud del primer aspecto de la Primera Excepción, se sostiene que los términos de la Concesión y las circunstancias que la rodean indican que AdT aceptó someterse a un régimen de resolución de controversias regido por la legislación boliviana dentro de Bolivia¹¹⁹ En cambio, en este aspecto de la Primera Excepción se sostiene que el Artículo 2 del TBI se remite a disposiciones legales bolivianas que establecen que la reclamación planteada por AdT está comprendida dentro de la competencia exclusiva de los juzgados y tribunales de Bolivia. En la Primera Excepción hay frecuentes idas y venidas entre esos dos aspectos. El Tribunal recuerda que, al considerar el primer aspecto de la Primera Excepción, basado en la Concesión, rechazó los argumentos del Demandado de que las circunstancias que rodean a la oferta formulada, en la licitación, la negociación de la Concesión o el texto concreto de la misma hicieran que la diferencia de autos estuviera comprendida dentro de la competencia exclusiva de los juzgados y tribunales bolivianos. Separando las distintas vertientes por las que discurren los argumentos del Demandado, el Tribunal se ocupará, por lo tanto, en relación con este aspecto, exclusivamente del argumento referente al Artículo 2 del TBI.

143. El Artículo 2 del TBI dispone:

Cada Parte Contratante podrá [‘deberá’ según el texto en inglés], dentro del marco de sus leyes y regulaciones, promover la cooperación económica a través de la protección en su territorio de las inversiones de nacionales de la otra Parte Contratante. Sin perjuicio de su derecho de ejercer los poderes conferidos por sus leyes o regulaciones, cada Parte Contratante admitirá tales inversiones.

144. En ambas oraciones del Artículo 2 del TBI se hace referencia a las leyes y/o a los reglamentos de Bolivia. El Demandado parece remitirse al texto de ambas referencias, aunque en sus argumentos parece predominar el de la primera.

145. En cuanto a la primera oración, el Tribunal observa que si se omite la remisión a la legislación boliviana, en ella se establece que Bolivia y los Países Bajos “promoverán” la cooperación económica recíproca protegiendo en su territorio las inversiones de nacionales del otro Estado contratante. Esa oración establece, por lo tanto, la obligación de “promover la cooperación económica” como objetivo fundamental del TBI¹²⁰ a través de la protección de las inversiones. En sus restantes disposiciones, el TBI establece un

THE CALVO CLAUSE: A PROBLEM OF INTER-AMERICAN AND INTERNATIONAL LAW AND DIPLOMACY (1955) e INTERNATIONAL ARBITRATION IN LATIN AMERICA (Nigel Blackaby, David Lindsey y Alessandro Spinillo, eds., 2002).

¹¹⁹ Dúp. Ddo., pág. 22, párrafo 10.

¹²⁰ Específicamente, en el Preámbulo de ese tratado se señala que los dos gobiernos lo celebran “[d]eseando, extender e intensificar las relaciones económicas entre ellos, particularmente en relación con las inversiones de los nacionales de una Parte Contratante en el territorio de la otra Parte Contratante” y “[r]econociendo que un acuerdo sobre el

foro y un régimen jurídico sustancial pertinente para las reclamaciones basadas en falta de protección de una inversión. En este sentido, el Artículo 2 establece el importante requisito de que el Estado de destino de la inversión se esfuere en proteger inversiones en su territorio antes de que se plantee una controversia de ese género.

146. Dada esta interpretación de la primera oración, ¿qué sentido ha de darse a la frase subordinada “dentro del marco de sus leyes y regulaciones”? El TBI no sólo prevé un recurso para casos de incumplimiento, sino que además procura facilitar la creación de un entorno propicio para la cooperación económica recíproca. Por lo tanto, el Tribunal interpreta la referencia a “el marco de sus leyes y regulaciones” como una referencia que se limita a los detalles de cómo cada una de las partes contratantes asume según sus leyes y reglamentos la promoción económica mediante la protección de las inversiones.

147. En cuanto a la segunda oración, el Tribunal observa que si se omite la referencia a la legislación boliviana, dicha oración establece que tanto Bolivia como los Países Bajos deberán admitir las inversiones de nacionales de la otra Parte Contratante. Esta obligación de autorizar el ingreso de inversiones extranjeras aparece comúnmente en los tratados bilaterales de inversiones y suele denominarse “cláusula de admisión”. La obligación de admitir es “sujeta a” la decisión de Bolivia (“su derecho”) de “ejercer los poderes conferidos por sus leyes o regulaciones”. El Tribunal concluye que la inclusión de la expresión “sujeta a” indica que la obligación de admitir inversiones está limitada por “el derecho de ejercer los poderes conferidos por sus leyes o regulaciones”. El Tribunal toma nota de que la referencia en cuestión somete específicamente la obligación del Estado de admitir inversiones, no a las leyes y reglamentos de Bolivia, sino al “derecho de “ejercer los poderes conferidos” por sus leyes o regulaciones. El Tribunal concluye que ese texto es significativo en cuanto implica un acto al momento de la admisión congruente con las leyes o reglamentos entonces en vigor.

148. Por lo tanto, el Tribunal concluye que: 1) en la primera y segunda oración del Artículo 2 del TBI remiten efectivamente a la legislación boliviana, y 2) que ambas referencias son de alcance limitado. El Tribunal pasará a referirse ahora a la cuestión, más ambigua, del alcance preciso de esas referencias limitadas a la legislación boliviana.

149. Bolivia sostiene que debe darse una interpretación amplia a las referencias a su legislación que contiene el Artículo 2, que en su opinión permiten al Demandado imponer condiciones al ingreso de una inversión extranjera en su mercado. Afirma, por ejemplo, que ese artículo autoriza la aplicación del requisito de la constitución de una sociedad local. En forma más amplia, alega que la remisión a la legislación boliviana puede implicar que una inversión esté sometida a la jurisdicción exclusiva de los

tratamiento que se dé a estas inversiones estimulará la afluencia de capital y el desarrollo económico de las Partes Contratantes [...]”.

juzgados y tribunales bolivianos.

150. El perito presentado por Bolivia, profesor Rudolph Dolzer, se pronunció a favor de la interpretación de Bolivia¹²¹. Sostuvo que la cuestión de la admisión de una inversión en un país de destino no puede separarse de la cuestión de la jurisdicción¹²². Alegó asimismo que la práctica boliviana de exigir a los inversionistas que constituyan una sociedad local y se sometan al sistema judicial boliviano constituye una práctica respetada y firme. Mencionó también la “referencia específica” al marco jurídico boliviano contenida en el Artículo 2 del TBI¹²³.

151. El Tribunal discrepa con el alcance de la interpretación dada por Bolivia al Artículo 2.

152. El Tribunal toma nota de que no tiene por qué pronunciarse acerca de si el requisito de constitución local del vehículo de la inversión extranjera impuesto por Bolivia está autorizado por el Artículo 2 del TBI. En primer lugar, es evidente que no se ha cuestionado el hecho de que AdT, el vehículo de la inversión extranjera previsto en la Concesión, cumplió ese requisito. Segundo, tal como se expresó en relación con el primer aspecto de esta Excepción, el Tribunal no acepta el argumento de Bolivia de que el hecho de que un inversionista esté constituido en el ámbito local confiere de por sí jurisdicción exclusiva a los juzgados y tribunales bolivianos¹²⁴.

153. En cuanto a la cuestión, más pertinente, de si las referencias a la legislación boliviana contenidas en el Artículo 2, por su amplitud, llevan a concluir que los juzgados y tribunales bolivianos poseen competencia exclusiva, el alcance de las dos referencias contenidas en el Artículo 2 debe entenderse en función de su contexto y su finalidad. En este sentido, es necesario recordar que uno de los principales objetivos del TBI, medido en relación con los motivos que llevaron a su celebración y con sus disposiciones sustanciales, consiste en la determinación del CIADI como foro independiente y neutral para la solución de diferencias relativas a inversiones conforme a un régimen jurídico sustancial aplicable previsto en el TBI. A la luz de estas consideraciones, el Tribunal concluye que los Estados Partes no pueden haber tenido la intención de que las referencias a la legislación nacional contenidas en el Artículo 2

¹²¹ Declaración del perito de Bolivia, profesor Rudolph Dolzer (9 de febrero de 2004), págs. 188 a 211.

¹²² *Ibid.*, pág. 197, renglones 13 a 15.

¹²³ *Ibid.*, pág. 198, renglones 6 a 14.

¹²⁴ Véase *supra* párrafos 109 a 123. El Tribunal observa que constituye una práctica común, establecida como condición previa a una inversión, que el vehículo de la inversión extranjera se constituya en la esfera local. También observa que en la práctica ello no excluye la jurisdicción del CIADI. De hecho, en el Convenio del CIADI se prevé específicamente la posibilidad de que un inversionista constituido en la esfera local plantee reclamaciones; véase el Artículo 25(2)(b) del Convenio. Véase, por ejemplo, Nigel Blackaby, *Arbitration Under Bilateral Investment Treaties in Latin America*, en INTERNATIONAL ARBITRATION IN LATIN AMERICA 379, 388-89 (Nigel Blackaby, David Lindsey y Alessandro Spinillo, eds., 2002).

sean tan amplias como para dejar de lado el objeto y la finalidad del tratado. La interpretación del Demandado permitiría a un Estado receptor de inversiones hacer uso de su responsabilidad afirmativa de “promover la cooperación económica a través de la protección en su territorio de las inversiones de nacionales de la otra Parte Contratante”, transformándola en una oportunidad de introducir la regla de exclusividad de la jurisdicción local en materia de diferencias relativas a inversiones.

154. El Tribunal concluye, por lo tanto, que las referencias a la legislación boliviana que contiene el Artículo 2 del TBI no se extienden, como mínimo, a aspectos de la legislación boliviana que a su vez impondrían la competencia exclusiva en relación con controversias enmarcadas en el TBI.

155. El Tribunal rechaza el tercer aspecto de la Primera Excepción del Demandado.

El cuarto aspecto de la Primera Excepción, según el cual la transferencia de acciones de AdT excluye la competencia del Tribunal

Excepción opuesta por el Demandado

156. El Demandado sostiene que la Concesión fue estructurada cuidadosamente a fin de impedir cambios en la propiedad extranjera de AdT que puedan hacer de aplicación un TBI respecto de ésta. Observa que en diciembre de 1999 IW Ltd, entidad extranjera propietaria directa del 55% de las acciones de AdT, trasladó de las Islas Caimán a Luxemburgo su lugar de constitución y cambió su razón social por la de International Water (Tunari) S.a.r.l. (“IW S.a.r.l.”)¹²⁵. Señala asimismo que simultáneamente se introdujeron modificaciones adicionales en el control accionario de esta, en virtud de las cuales IW S.a.r.l. a su vez pasó a ser de propiedad de una sociedad holandesa, IWT B.V., que es filial de IWH B.V., otra sociedad holandesa. Bolivia sostiene que cada una de esas entidades era una nueva persona jurídica y un nuevo accionista indefinido de AdT. La estructura de titularidad accionaria resultante no coincidió con la prevista en la Concesión. El Demandado caracteriza esos actos como una serie de “transacciones accionarias unilaterales y privadas” (traducción informal), no autorizadas por Bolivia¹²⁶.

157. El Demandado sostiene que la transferencia de acciones de AdT realizada por la sociedad controlante de las Islas Caimán implicó una trasgresión de la Concesión. En virtud de dicho incumplimiento de la Concesión, la Demandante opone excepciones a la competencia de este Tribunal.

Réplica del Demandante

¹²⁵ Dúp. Ddo., págs. 18 a 20, párrafos 34 a 36.

158. El Demandante sostiene que los actos realizados en diciembre de 1999 no infringen restricciones impuestas por la Concesión a la modificación de la tenencia accionaria de AdT. Admite que todo cambio en la propiedad realizado por un Accionista Fundador habría requerido autorización de Bolivia, pero la transacción de diciembre de 1999 no implicó venta de acciones ni alteración de la propiedad, sino “migración” a Luxemburgo de una sociedad de las Islas Caimán.

159. En cuanto a las modificaciones de la estructura corporativa inicial de IW S.a.r.l., el Demandante sostiene que la Concesión no se refiere a las modificaciones de la propiedad realizadas por encima del primer nivel de propietarios de AdT, el de los Accionistas Fundadores¹²⁷. Sostiene además que la Concesión “no impuso restricción alguna a la transferencia de acciones por parte de “Accionistas Últimos” poseedores de acciones en los “Accionistas Fundadores”¹²⁸. Por lo tanto, la Concesión no afecta ni se refiere a esos Accionistas Últimos¹²⁹.

Decisión del Tribunal

160. El Artículo 37.1 de la Concesión impone a “[c]ada Accionista Fundador [la obligación de] mantener más del 50% de su porcentaje original de participación en el capital con derecho a voto del Concesionario por lo menos durante los primeros siete (7) años de las Concesión”.

161. El Anexo 13 de la Concesión lista entre los “Accionistas Fundadores” a IW Ltd, filial de propiedad plena de Bechtel Enterprises Holdings, Inc. (propietaria del 55% de las acciones de AdT).

162. En diciembre de 1999, IW Ltd, de las Islas Caimán, transfirió a Luxemburgo, sin autorización de Bolivia, su domicilio.

163. Bolivia sostiene que ese cambio de domicilio infringe el Artículo 37.1 de la Concesión. AdT lo niega, argumentando que IW Ltd, de las Islas Caimán, y IW S.a.r.l., de Luxemburgo, son una misma entidad: no se trata de que una entidad haya dejado de existir y otra la sustituya, sino que la misma entidad “migró” de una jurisdicción a otra.

¹²⁶ Excep. Bolivia, pág. 3.

¹²⁷ Rép, Dte., págs. 21 y 22, párrafo 59.

¹²⁸ *Ibíd.*

¹²⁹ En la versión en inglés de esta decisión, el Tribunal toma nota de que el Demandante utiliza el término “Final Shareholders”, en tanto que la Concesión utiliza el equivalente en español del término “Ultimate Shareholders”. El Tribunal utilizará el término “Accionistas Últimos”.

164. Ante todo debemos establecer con precisión qué obligación imponía a los Accionistas Fundadores el Artículo 37.1 de la Concesión. El texto del Artículo 37.1 requiere que cada uno de los Accionistas Fundadores “mantenga más del 50% de su porcentaje original de participación en el capital con derecho a voto del Concesionario” (traducción informal). El Tribunal entiende que Bolivia argumenta que la intención del Artículo 37.1 consistía en crear la certeza de que en los primeros siete años de la Concesión AdT mantendría la estructura de control societario que tenía a la fecha de la firma de la Concesión¹³⁰. Conforme a esa línea argumental, toda transferencia de control de AdT realizada en ese período “sería una violación manifiesta” (traducción informal) del Artículo 37.1 de la Concesión¹³¹.

165. El Tribunal discrepa con el alcance de la interpretación de Bolivia,. A juicio del Tribunal, la Concesión permite modificar en cierta medida, sin consentimiento de Bolivia, la estructura corporativa de control social del Concesionario. Las restricciones del Artículo 37.1 se aplican a los Accionistas Fundadores, pero no a los Accionistas Últimos. Dada esta distinción entre la aplicación del Artículo 37.1 al primer nivel de titularidad accionaria AdT (la de los Accionistas Fundadores) y su inaplicabilidad al nivel final (los Accionistas Últimos), se sigue que el Artículo 37.1 no impone restricciones a los Accionistas Últimos en cuanto a la organización que quieran dar a los diversos niveles de titularidad accionaria. En consecuencia, el Tribunal concluye que el Artículo 37.1 no garantizó en ninguna medida la inmutabilidad de la estructura de control accionario de la sociedad. Por el contrario, el Tribunal interpreta esta disposición como requiriendo que entre los Accionistas Fundadores (el primer nivel de titularidad accionaria inicial de AdT), las entidades “mantengan más del 50% de” sus intereses originales. Por lo tanto, se trata de saber si el capital accionario de IW Ltd, en su calidad de Accionista Fundador, mantuvo más del 50% de su interés original.

166. No es objeto de controversia el hecho de que si IW Ltd de las Islas Caimán hubiera transferido todos sus derechos y obligaciones a una nueva sociedad en Luxemburgo, la sociedad de Luxemburgo no sería la misma entidad a los efectos del Artículo 37.1. Las Partes discrepan entre sí, sin embargo, acerca de si en virtud de la denominada “migración societaria” subsistió la misma entidad o nació una entidad diferente.

167. Bolivia sostiene que para que una sociedad siga siendo la misma entidad no debe variar su domicilio. Afirma que la “migración” de las Islas Caimán a Luxemburgo implicó nuevos derechos y obligaciones. Surgió una “nueva” sociedad, e IW Ltd, que era un “Accionista Fundador”, dejó de ser la misma persona jurídica. AdT sostiene que tanto la legislación de las Islas Caimán como la de Luxemburgo

¹³⁰ Dúp. Ddo., págs. 8 y 9, párrafo 19.

¹³¹ Mem. Contest. Ddo., pág. 23, párrafo 46.

reconocen a IW Ltd y a IW S.a.r.l. como una misma persona jurídica¹³². El Demandado califica de “manifiestamente absurda” la afirmación de AdT de que IW S.a.r.l. de Luxemburgo e IW Ltd de las Islas Caimán son una misma persona jurídica¹³³.

168. El argumento del Demandante es que así como una persona natural puede emigrar de una jurisdicción a otra, cambiando su nacionalidad, una persona jurídica puede hacer lo propio.

169. El Demandante proporcionó al Tribunal dictámenes jurídicos sobre la legislación de las Islas Caimán y de Luxemburgo y su aplicación al caso de autos.

170. En primer lugar, el estudio jurídico Maples and Calder, de las Islas Caimán, examinó la Ley de Sociedades de ese país y concluyó que IW Ltd era una sociedad de responsabilidad limitada exenta conforme a la Sección 183 de la Ley de Sociedades de las Islas Caimán. Las Secciones 226 y 227 permiten asimismo a una sociedad exenta cancelar su registro y seguir siendo la misma entidad societaria en otra jurisdicción, en la medida en que la jurisdicción de destino lo permita¹³⁴.

171. En segundo lugar, la oficina de Luxemburgo del estudio Allen and Overy¹³⁵ señaló que la legislación de Luxemburgo no “se opone” a la transferencia del domicilio y lugar de administración efectiva registrados a Luxemburgo, “manteniendo su personería jurídica” en tanto la legislación del país de origen de la transferencia admita la posibilidad de continuar con la personería jurídica. Por lo tanto, IW Ltd “adoptó” la nacionalidad de Luxemburgo en la fecha de la transferencia.

172. Con respecto a la cuestión de la migración de una compañía, Bolivia proporcionó al Tribunal un

¹³² Mem. Dte., págs. 43 y 44, párrafo 126; Carta de Maples and Calder, 28 de agosto de 2003, en Rép. Dte., Documento 48, Sección 3.

¹³³ Mem. Contest. Ddo., pág. 27, párrafo 50.

¹³⁴ Rép. Dte., Documento 48, Carta-Dictamen, Maples and Calder, 28 de agosto de 2003, Sección 3. Maples and Calder sostienen que la Ley de Sociedades de las Islas Caimán (Revisión de 2003) estaba en vigor a la fecha de cancelación del registro. La Ley de Sociedades establece en lo pertinente: Sección 226. 1) Una sociedad exenta constituida y registrada con responsabilidad limitada y capital accionario bajo la presente Ley, incluida una sociedad registrada por vía de continuación según lo previsto en esta Parte, que propone registrarse mediante continuación como entidad societaria de responsabilidad limitada por acciones bajo la legislación de cualquier jurisdicción ajena a las Islas (en lo sucesivo, el “solicitante”) puede solicitar al Encargado del Registro que cancele su registro en las Islas. 2) El Registro deberá cancelar el registro de un solicitante si: a) El solicitante se propone cancelar su registro mediante la continuación de sus actividades en una jurisdicción que permita o no prohíba la transferencia del solicitante según lo previsto en esta parte [...].”

¹³⁵ El Tribunal toma nota de que Allen and Overy patrocinó a IW S.a.r.l. en relación con su “transferencia de domicilio y lugar de administración efectiva registrados” y modificación de su razón social, que era IW Ltd y pasó a ser IW S.a.r.l. Véase Rép. Dte., Documento 50, Carta-Dictamen, Allen & Overy Luxembourg, 28 de agosto de 2003, Sección 1.

dictamen del profesor Merritt B. Fox¹³⁶, según el cual IW S.a.r.l. de Luxemburgo es una “sociedad diferente” de IW Ltd. Según el profesor Fox, dos factores hacen que cada una de las sociedades posea características “singulares” y sea “distinta” de la otra: su nombre y su domicilio. Cada una de las sociedades tiene “derechos y obligaciones contractuales [que] le corresponden en forma característica y exclusiva”¹³⁷ (traducción informal). Como IW S.a.r.l. no existía antes de diciembre de 1999, no puede considerarse “Accionista Fundador” ni podía poseer, ni poseía, acciones de AdT. Además, del hecho de que IW S.a.r.l. adquirió acciones de AdT a IW Ltd después del otorgamiento de la Concesión se infiere, según el profesor Fox, que había dos entidades: una que poseía anteriormente acciones de AdT (IW Ltd) y otra que adquirió esas acciones (IW S.a.r.l.). El profesor Fox concluye, por lo tanto, que IW S.a.r.l. es una “sociedad diferente... y, por consiguiente, una persona jurídica diferente”¹³⁸.

173. Las Partes cuestionaron la gravitación que ha de darse a los dictámenes presentados por la otra Parte. Bolivia sostuvo que los dos estudios jurídicos a cuyos servicios recurrió el Demandante no son expertos independientes, sino “asesores legales institucionales de Bechtel, claramente interesados en defender las transacciones que realizaron por mandato de Bechtel”¹³⁹. El Demandante cuestiona la pertinencia del dictamen del profesor Fox, señalando que dicha persona es un abogado estadounidense sin experiencia técnica en la legislación de Bolivia, de las Islas Caimán o de Luxemburgo, que sólo puede sustentar “una opinión general de derecho comparado”¹⁴⁰. Por lo tanto, las conclusiones del profesor Fox no son confiables, ya que éste no especifica qué cuerpos legislativos comparó al realizar su evaluación¹⁴¹. Además, en el dictamen de Maples and Calder se sostiene que las declaraciones del profesor Fox son “inexactas desde el punto de vista de la legislación de las Islas Caimán”¹⁴². Análogamente, el dictamen de Allen and Overy discrepa con el dictamen del profesor Fox en cuanto al contenido de la legislación de Luxemburgo.

174. El Tribunal concluye que si bien el dictamen del profesor Fox puede ser acertado en términos generales, no tiene relevancia en la situación concreta planteada en el caso de autos. La posibilidad de una sociedad de migrar entre dos jurisdicciones parece relativamente infrecuente. Es preciso que la admita los sistemas legales de la jurisdicción que se abandona y aquélla en que se ingresa. No muchos sistemas jurídicos nacionales prevén la migración de sociedades. El Tribunal concluye que, aunque inusual, esa

¹³⁶ Mem. Contest. Ddo., Documento B, págs. 14 y 15.

¹³⁷ *Ibíd.*, pág. 15.

¹³⁸ *Ibíd.*

¹³⁹ Dúp. Ddo., pág. 20, párrafo 37.

¹⁴⁰ Declaración del abogado de AdT, Matthew Weiniger (9 de febrero de 2004), pág. 67, renglones 7 a 20.

¹⁴¹ *Ibíd.*, pág. 68, renglones 5 a 10.

migración es admisible conforme a la legislación de las Islas Caimán y que la legislación de Luxemburgo permite el mantenimiento de la personería jurídica de la sociedad.

175. Bolivia alega, además, que la cuestión de si IW Ltd e IW S.a.r.l. son una misma entidad debe decidirse en relación con la legislación boliviana, y no con la de las Islas Caimán o Luxemburgo. Sostiene que su legislación gobierna el registro y la cancelación del registro de una sociedad y la subsiguiente situación jurídica de los accionistas de AdT, y que bajo la ley boliviana no se permite la migración de sociedades¹⁴³. A juicio de Bolivia, el concepto de “Accionista Fundador” debe interpretarse conforme a la legislación boliviana, que no admite identidad entre IW S.a.r.l. y IW Ltd¹⁴⁴. AdT sostiene que la legislación de las Islas Caimán y la de Luxemburgo son las únicas pertinentes para regir el cambio de domicilio y razón social de IW Ltd¹⁴⁵.

176. El Tribunal discrepa con Bolivia. La situación de IW S.a.r.l. se rige, en primer lugar, por la legislación de Luxemburgo. Ciertamente, cada país tiene la opción de reconocer o no reconocer a las sociedades de otros Estados. Como cuestión de derecho privado internacional, los Estados, al examinar la situación de una sociedad extranjera, generalmente acuden a la legislación de la sede o del lugar de constitución de la sociedad¹⁴⁶. Cualquiera sea el enfoque que se adopte en el caso de autos, el Tribunal concluye, sobre la base de los argumentos formulados y de las pruebas presentadas, que la legislación que determina la situación jurídica de IW S.a.r.l. no sería la legislación sustancial sobre sociedades de Bolivia.

177. Finalmente, Bolivia señala la correspondencia dirigida por la sociedad controlante de la Demandante a la Superintendencia de Aguas, en la que solicita “la aprobación” de determinada serie de transferencias de acciones de IW Ltd, como una admisión de parte de AdT, de que ese tipo de transacciones habría de otra forma representado una actividad no autorizada¹⁴⁷. El Tribunal examina esa correspondencia al considerar el quinto aspecto de la Primera Excepción. Basta decir sobre este aspecto de la Primera Excepción: 1) que dicha correspondencia no se refiere a una migración societaria, sino a una transferencia directa de acciones de AdT; 2) que la transacción que se describe en la correspondencia nunca se llevó a cabo, y 3) que el Demandante admite que esa transferencia habría requerido la aprobación de las

¹⁴² Maples & Calder, *supra*, nota 134, Sección 3.5.

¹⁴³ Dúp. Ddo., pág. 22, párrafo 38.

¹⁴⁴ *Ibíd.*

¹⁴⁵ Rép. Dte., págs. 23 a 24, párrafos 61 a 66.

¹⁴⁶ U. Drobnig, *Private International Law*, en III ENCYCLOPEDIA OF PUBLIC INTERNATIONAL LAW 1116 (R. Bernhardt, ed., 1992).

¹⁴⁷ Carta de Michael C. Bailey, Vicepresidente y Director general de Bechtel, 24 de noviembre de 1999, Documento 1, anexo al Mem. Contest. Ddo.

autoridades bolivianas pertinentes.

178. Por lo tanto, el Tribunal concluye que la migración de IW Ltd de las Islas Caimán a Luxemburgo, con el cambio de su razón social por IW S.a.r.l., no transgredió el Artículo 37.1 de la Concesión.

179. El Tribunal hace notar que, dadas sus conclusiones, no es preciso que se pronuncie sobre otro tema no planteado por las Partes, a saber, si el incumplimiento de la Concesión determinaría la incompetencia de este Tribunal. El Demandado parece suponer que el recurso apropiado en caso de incumplimiento de determinadas disposiciones de la Concesión consiste en que este Tribunal se abstenga de asumir competencia en un tema que, por lo demás, se le planteó en forma apropiada.

180. El Tribunal rechaza el cuarto aspecto de la Primera Excepción del Demandado.

El quinto aspecto de la Primera Excepción, según el cual las tergiversaciones de representantes del Demandante excluyen la competencia del Tribunal

Excepción opuesta por el Demandado

181. En noviembre y diciembre de 1999, Bolivia recibió dos cartas de representantes de Bechtel Enterprises Holdings, Inc., analizando el proyecto de modificación de la propiedad de AdT y formulando ciertas revelaciones sobre los efectos y repercusiones jurídicas de la transacción propuesta¹⁴⁸.

182. El Demandado sostiene que la primera de esas cartas contenía revelaciones referentes a una transferencia directa de acciones de AdT de IW Ltd en las Islas Caimán a una sociedad diferente que iba a instalarse en los Países Bajos¹⁴⁹. Según el Demandado, en esa carta se expresaba que “en virtud de la Transacción, el accionista dejará de ser una compañía establecida en las Islas Caimán controlada en un 100% por IWL, sino otra compañía, establecida en los Países Bajos y controlada por New IWL”¹⁵⁰ (traducción informal). Bolivia señala que en la segunda de esas cartas, suscrita por el asesor jurídico boliviano de Bechtel, se sostenía que “la transferencia de la calidad de Accionista Fundador” de las Islas Caimán a una “empresa holandesa” no determinaría “efecto o impacto desfavorable alguno para el

¹⁴⁸ Carta de Michael C. Bailey, Vicepresidente y Director general de Bechtel, a las Superintendencias de Aguas y Electricidad, 24 de noviembre de 1999, y carta del Dr. Ramiro Guevara, Servicios Legales S.C., a Luis Uzin, superintendente de Aguas, 3 de diciembre de 1999. Presentadas por primera vez al Tribunal junto con la Réplica de Bolivia; figuran en el Mem. Contest. Ddo., Documentos 1 y 2.

¹⁴⁹ *Ibíd.*

¹⁵⁰ Carta de Michael C. Bailey, Mem. Contest. Ddo., Documento 1.

Gobierno boliviano, para entidades bolivianas ni para la municipalidad de Cochabamba [...]”¹⁵¹ (traducción informal).

183. El Demandado sostiene que el Demandante no cumplió lo manifestado en esas dos cartas. Mediante esa excepción, el Demandado no cuestiona la legalidad de la transferencia realizada, como lo hace al plantear el cuarto aspecto de la Primera Excepción, sino que sostiene que recibió seguridades de que AdT seguiría estando sujeta al “mismo control”, sin “efectó o impacto desfavorable alguno” (traducción informal) después de la transferencia propuesta. El Demandado alega que, en realidad, la transferencia hizo surgir una sociedad diferente, dotada de nuevos derechos y obligaciones, y que uno de esos nuevos derechos consistía en gozar de la protección y de la posibilidad de invocar un TBI mutuamente celebrado por los Países Bajos y Bolivia¹⁵².

184. El Demandado sostiene que, por el hecho mismo de presentar una Solicitud de Arbitraje contra Bolivia, AdT faltó a las garantías otorgadas. El Demandado niega que este incumplimiento de las manifestaciones respecto de los efectos legales de la transferencia propuesta de las acciones debiera impedir a AdT el beneficio de acceder a la jurisdicción del CIADI¹⁵³.

Réplica del Demandante

185. El Demandante subraya que la transacción propuesta en las dos cartas en realidad no se produjo¹⁵⁴. La transferencia de la titularidad accionaria allí propuesta fue abandonada, y en diciembre de 1999 se realizó una serie diferente de transacciones¹⁵⁵.

186. AdT admite que en efecto se requería la aprobación de las autoridades bolivianas para la transacción específica detallada en las cartas de noviembre y diciembre de 1999, pues en ese plan se preveía “la venta de sus acciones, por parte de International Water (Aguas del Tunari) Ltd. (IWL), a una nueva compañía que habría de constituirse en los Países Bajos”¹⁵⁶. Como IW Ltd era un “Accionista

¹⁵¹ Carta de Dr. Ramiro Guevara, Mem. Contest. Ddo., Documento 2, págs. 41 y 42, párrafo 81.

¹⁵² Dúp. Ddo., págs. 19 a 22, párrafo 35 a 38. Al igual que en el cuarto aspecto de la Primera Excepción, el Demandado ha sostenido asimismo que el Artículo 37.1 de la Concesión prohibía esas reorganizaciones, cualquiera de las cuales habría constituido un incumplimiento de la Concesión que, por lo tanto, privaría al Demandante de la posibilidad de acudir al CIADI en procura de reparación. Véase, *supra*, párrafos 156 y 157.

¹⁵³ Dúp. Ddo., págs. 19 y 20, párrafo 36.

¹⁵⁴ Rép. Dte., pág. 11, párrafo 30.

¹⁵⁵ *Ibid.*, AdT remite a los Documentos 8 to 14, relacionados con la migración societaria de la controlante de AdT, en la Solicitud de Arbitraje como evidencia en apoyo de este argumento.

¹⁵⁶ *Ibid.*, págs. 11 y 12, párrafos 31 y 32.

Fundador”, AdT admite que sin el consentimiento de Bolivia esa venta habría estado prohibida en virtud del Artículo 37.1 de la Concesión. El Demandante sostiene que no se requería consentimiento para la migración societaria que tuvo lugar ya que la titularidad de la sociedad controlante de AdT no “se modificó ni [se realizó] transferencia alguna”¹⁵⁷ (traducción informal).

187. AdT sostiene que no existían requisitos similares de consentimiento para la modificación de la propiedad por parte de los “Accionistas Últimos”¹⁵⁸. Por lo tanto, “[...] cuando se modificó la estructura de la transacción, decidiéndose que las acciones de IW S.a.r.l. quedaran en manos de una compañía holandesa, y no que la compañía holandesa tuviera las acciones de IW S.a.r.l en AdT en forma directa, se eliminó la necesidad de consentimiento” (traducción informal). AdT concluye que las cartas que invoca Bolivia sin por lo tanto “irrelevantes”, ya que la transacción realmente realizada difirió significativamente del curso de acción propuesto que se describía en esa correspondencia¹⁵⁹.

Decisión del Tribunal

188. Bolivia sostiene que las manifestaciones formuladas en dos cartas dirigidas al Superintendente de Aguas por representantes de Bechtel referentes al efecto jurídico de una modificación de la titularidad accionaria de AdT no se correspondieron con la verdad y que esa infracción torna incompetente a este Tribunal. No obstante, el hecho de que se hayan recibido esas cartas no significa necesariamente que el curso de acción propuesto fuera el que realmente se produjo. La prueba que tiene ante sí el Tribunal indica, por el contrario, que la transacción propuesta nunca se realizó.

189. Como se recordará, al analizar el cuarto aspecto de la Primera Excepción del Demandado, el Tribunal estableció que la transacción realmente ocurrida consistió en la migración de IW Ltd de las Islas Caimán a Luxemburgo bajo el nombre de IW S.a.r.l. Esa transacción no era la propuesta en las cartas de noviembre y diciembre, en que no se mencionó a Luxemburgo. Por el contrario la transacción propuesta consistía en la transferencia de la propiedad a una sociedad holandesa. Por lo tanto, no es necesario que el Tribunal determine el contenido exacto de las manifestaciones que figuran en la correspondencia en cuestión, ya que la propuesta nunca se realizó y esas manifestaciones no podían surtir efecto jurídico alguno.

¹⁵⁷ Véase, *supra*, párrafos 158 y 159; Declaración del abogado de AdT, Matthew Weiniger (9 de febrero de 2004), pág. 93, renglón 17.

¹⁵⁸ Rép. Dte., págs. 11 y 12, párrafo 32.

¹⁵⁹ *Ibíd.*

190. Accesoriamente, el Demandado acusa a AdT de un fraude¹⁶⁰. También en este caso, como la transacción descrita en las manifestaciones supuestamente falsas nunca tuvo lugar, no es necesario que el Tribunal se pronuncie sobre dicha acusación de fraude.

191. El Tribunal toma cuenta de que, dadas las conclusiones a las que ha llegado, no es preciso que se ocupe del argumento del Demandado de que si el Tribunal detectó una manifestación falsa del tipo de la denunciada por el Demandado, el Demandante no estaría facultado para invocar la competencia de este Tribunal¹⁶¹.

192. En consecuencia el Tribunal concluye que el quinto aspecto de la Primera Excepción del Demandado no ha de prosperar, puesto que la transacción propuesta en las dos cartas no se llevó a cabo.

El sexto aspecto de la Primera Excepción, según el cual, la invocación del TBI Países Bajos-Bolivia, constituye una afirmación de jurisdicción no comprendida en los límites del consentimiento al arbitraje por parte de Bolivia

Excepción opuesta por el Demandado

193. Bajo este aspecto de la Primera Excepción, el Demandado, basándose en todos los aspectos anteriores de su excepción, sostiene que los mismos, en conjunto, prueban que Bolivia consintió condicionalmente al arbitraje del CIADI.

194. Bolivia sostiene que la posibilidad de que el CIADI posea jurisdicción debe estar comprendida dentro de los límites de la “previsión razonable” de las partes¹⁶². Reitera que el “consentimiento” es la piedra angular del sistema del CIADI y debe estar limitado a circunstancias que el Estado contratante haya podido prever razonablemente:

¹⁶⁰ Bolivia sostuvo asimismo que la aprobación por parte del Superintendente de Aguas se “logró exclusivamente en virtud de una tergiversación (es decir, mediante fraude)” (traducción informal), Mem. Contest. Ddo., pág. 43, párrafo 84.

¹⁶¹ Bolivia sostiene que el Demandante está impedido de invocar la competencia de este tribunal. Véase, por ejemplo, Dúp. Ddo., pág. 23, párrafo 42; Declaración del perito de Bolivia, profesor Rudolf Dolzer (9 de febrero de 2004), pág. 201, renglones 13 a 17. No obstante, como las supuestas manifestaciones analizadas en el quinto aspecto de la Primera Excepción nunca se realizaron, estas manifestaciones no pueden servir como impedimento. El Tribunal recuerda asimismo la declaración formulada por la Corte Internacional de Justicia en el caso Temple of Preah Vihear, según la cual la manifestación en que se basa la contraparte debe ser “clara e inequívoca”. ICJ REPORTS (1962) págs. 143 y 144. Véase, en general, J.P. Müller y T. Cottier, *Estoppel*, en II ENCYCLOPEDIA OF PUBLIC INTERNATIONAL LAW, 116 (R. Bernhardt ed., 1992) (en que se define en forma restrictiva la doctrina de *estoppel*).

¹⁶² Mem. Contest. Ddo., págs. 36 y 37, párrafo 71 (en que se cita SCHREUER, THE ICSID CONVENTION: A COMMENTARY, 239 (2001) y Rand, Hornick y Friedland, *ICSID's Emerging Jurisprudence*, 19 N.Y.U. INT'L L. & POL. 33, 57 (1986). (Se omiten las citas internas).

[S]in perjuicio de la disposición general sobre jurisdicción contenida en un TBI el Estado que recibe la inversión podrá invitar a realizar inversiones, y esa invitación podrá limitar el consentimiento del Estado que recibe la inversión a la jurisdicción del CIADI. Si el inversionista acepta la invitación de invertir en esas condiciones, esa aceptación no podrá rebasar los límites de la oferta del Estado de destino de la inversión¹⁶³ (traducción informal).

195. En relación con el caso de autos, el Demandado alega lo siguiente:

De hecho, Bolivia condicionó específicamente la adjudicación de los servicios de agua de Cochabamba a que el adjudicatario fuera una compañía boliviana no comprendida en el Tratado Bilateral de Inversiones (u otro TBI como éste). En otras palabras, exigió específicamente que el adjudicatario del Acuerdo de Concesión no estuviera controlado por ninguna entidad externa cuyo TBI brindara acceso al CIADI a la compañía boliviana¹⁶⁴ (traducción informal).

En especial, Bolivia sostiene que 1) las circunstancias que rodean a la oferta formulada en la licitación, 2) los términos de la Concesión, en especial en cuanto imponía límites a la modificación de la propiedad de AdT, y 3) el contenido de la legislación boliviana, en especial en cuanto es pertinente a la luz del Artículo 2 del TBI, son todos factores que definen válidamente “espectativas razonables” de las partes con respecto a la posibilidad de invocar la jurisdicción del CIADI en las actuaciones de que se trata. El Demandado subraya:

Que sea de conocimiento de Bolivia, los hechos de este caso carecen de antecedentes en la jurisprudencia del CIADI. Bolivia no conoce ningún otro caso en que un Estado receptor de una inversión haya supeditado la adjudicación de un contrato de inversión a la condición expresa de que el adjudicatario no estuviera sujeto a ese control extranjero que permitiera al adjudicatario invocar la jurisdicción del CIADI; en que el adjudicatario consintiera específicamente y manifestara en el contrato de inversión que no estaría sujeto a ese control; en que el accionista controlantes del adjudicatario, al introducir determinadas modificaciones posteriores al contrato en la estructura de control accionario del adjudicatario, manifestara específicamente que el control no variaría, y en que el adjudicatario, basándose en esas modificaciones de la propiedad inicial posteriores al contrato, de todos modos pretendiera invocar la jurisdicción del Centro¹⁶⁵ (traducción informal).

196. Bolivia sostiene que, al ratificar el tratado del CIADI, nunca consintió en reconocer la posibilidad de acudir a la jurisdicción del CIADI a una entidad como AdT, con intereses accionarios migratorios. Alega que el consentimiento al arbitraje del CIADI debería evaluarse caso a caso, teniendo en cuenta la conducta de las partes de un acuerdo sobre inversiones, el texto de dicho acuerdo, la legislación

¹⁶³ *Ibíd.*, pág. 37, párrafo 72. (Se omiten las citas internas).

¹⁶⁴ *Ibíd.*, pág. 35, párrafo 66. (Destaque en el original).

¹⁶⁵ *Ibíd.*, pág. 36, párrafo 70.

interna del Estado miembro y los tratados internacionales¹⁶⁶.

197. Bolivia sostiene que la aseveración de AdT de que Bolivia otorgó su consentimiento cuando el Convenio del CIADI entró en vigor para ese país, en 1995, es demasiado “simple” y pasa por alto la “conducta” observada por las partes antes de la inversión y durante su realización¹⁶⁷. Bolivia califica como “simple y formulista” el enfoque de AdT con respecto al tema del consentimiento¹⁶⁸, pues contraviene un “principio básico” de la jurisprudencia del CIADI: el de “[I]a tendencia del CIADI a ampliar la jurisdicción dentro de los límites de la previsión razonable de las partes [...]”¹⁶⁹ (traducción informal).

198. Bolivia sostiene, por lo tanto, que el Tribunal debería rechazar la fórmula “rígida” de AdT, consistente en determinar el consentimiento sobre la única base del Tratado, el Convenio y la Solicitud de Arbitraje. Bolivia sostiene, por el contrario, que “en el presente caso, carece de sustento el argumento del Demandante de que para determinar el consentimiento sólo debe tenerse en cuenta el Tratado, el Convenio y la Solicitud de Arbitraje. Los hechos y circunstancias que rodean al Acuerdo de Concesión, y el Acuerdo mismo”¹⁷⁰ (traducción informal).

199. Por último, Bolivia ofrece el dictamen pericial del profesor Rudolf Dolzer, quien sostiene que los “círculos de beneficiarios” del TBI se describieron y negociaron “cuidadosamente”, por lo que los gobiernos participantes considerarían “muy grave” cualquier modificación de los mismos. El profesor Dolzer sostiene que esas consideraciones básicas merecen tenerse especialmente en cuenta en una evaluación realista de la situación, no limitada a formalidades de texto¹⁷¹. Hace hincapié en el argumento de que el Artículo 2 del TBI hace saber a ambas partes el hecho de que están operando en un “contexto específico”, que tiene de una “relevancia jurídica característica”: el del sistema jurídico boliviano¹⁷². Concluye que ambas partes conocían esa “referencia específica”, y que “el inversionista ha optado por aceptar el contexto de la inversión en el marco de las leyes y reglamentos de Bolivia a los que hace referencia específica el TBI entre Bolivia y los Países Bajos”¹⁷³.

¹⁶⁶ *Ibíd.*, págs. 37 a 39, párrafos 73 a 75. (En que se cita como fuente MOSHE HIRSCH, *THE ARBITRATION MECHANISM OF THE INTERNATIONAL CENTRE FOR THE SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES*, 48 (1994))

¹⁶⁷ Mem. Contest. Ddo., págs. 37 y 38, párrafo 73.

¹⁶⁸ Dúp. Ddo., pág. 31, párrafo 59.

¹⁶⁹ *Ibíd.*, pág. 32, párrafo 61.

¹⁷⁰ *Ibíd.*, pág. 38, párrafo 71.

¹⁷¹ Declaración del perito del Demandado, profesor Rudolph Dolzer (9 de febrero de 2004), págs. 193 a 196.

¹⁷² *Ibíd.*, pág. 197, renglones 17 y 18.

¹⁷³ *Ibíd.*, pág. 198, renglones 8 a 14.

Réplica del Demandante

200. AdT no se refiere directamente a cada uno de los puntos comprendidos en este aspecto, sino que sostiene que “[n]i el TBI ni el Convenio del CIADI, en que se basa la competencia del Tribunal, establecen que Bolivia debe consentir el control holandés de un nacional de Bolivia, para que un tribunal del CIADI tenga competencia en controversias entre ese nacional boliviano bajo control holandés y Bolivia”¹⁷⁴ (traducción informal).

201. Por lo tanto, AdT señala que Bolivia ha consentido en que las controversias que se planteen en el marco del TBI entre Bolivia y una sociedad boliviana bajo el control directo o indirecto de un nacional de los Países Bajos se sometan al CIADI¹⁷⁵. AdT reitera que su reclamación se basa en el TBI, que “constituye un consentimiento general, escrito, por parte del Demandado, y la Solicitud de Arbitraje un consentimiento general, escrito, por parte del Demandante”¹⁷⁶. Un hecho importante es que AdT sostiene que “[n]inguna de las partes pretendió limitar en modo alguno su consentimiento escrito”¹⁷⁷ (traducción informal).

Decisión del Tribunal

202. Bolivia sostiene que su consentimiento a la jurisdicción del CIADI en el marco del TBI se encuentra condicionado por las circunstancias especiales del caso: la negociación y los términos de la Concesión, y el Artículo 2 del TBI, leído en conjunción con la legislación de Bolivia. Bolivia opone esta excepción como prolongación de todas las excepciones que formuló con respecto a la totalidad de la situación con la que se ve confrontada.

203. El Tribunal, por mayoría, concluye que la excepción de Bolivia, según la cual ese país limitó el alcance de su consentimiento a la jurisdicción del CIADI a través del Artículo 2 del TBI y de la estructuración de la Concesión —en especial a través de los requisitos referentes a la estructura societaria de AdT— ya fue objeto de pronunciamiento por parte del Tribunal a través de las decisiones referentes al primero, segundo, tercer y cuarto aspectos de la Primera Excepción¹⁷⁸.

204. En su declaración, el árbitro Alberro-Semerena expresa su disenso con respecto a la decisión del Tribunal referente al sexto aspecto de la Primera Excepción. El Tribunal señala que su pronunciamiento es

¹⁷⁴ Rép. Dte., pág. 13, párrafo 49.

¹⁷⁵ *Ibíd.*

¹⁷⁶ *Ibíd.*

¹⁷⁷ *Ibíd.*

unánime en cuanto a los restantes aspectos de su decisión sobre la Primera Excepción, y que muchos de los puntos en ella determinados se refieren al sexto aspecto de la Primera Excepción¹⁷⁹. En la Orden procesal No.1, el Tribunal concluyó que sus facultades discrecionales de ordenar la producción de pruebas se regían por los principios de sustancialidad, pertinencia y especificidad. Dadas las conclusiones del Tribunal sobre los restantes aspectos de la Primera Excepción, la mayoría del Tribunal no cree que esté presente una cuestión no resuelta que justifique se intime a producir los documentos solicitados.

205. El Tribunal rechaza el sexto aspecto de la Primera Excepción del Demandado.

La Segunda Excepción

La Segunda Excepción del Demandado, según la cual el Demandante no es una entidad boliviana “controlada directa o indirectamente” por nacionales de los Países Bajos, tal como lo requiere el TBI Países Bajos-Bolivia.

Excepción opuesta por el Demandado

206. El Demandado opone una excepción a la competencia del Tribunal, basándose en que AdT no es “nacional” de los Países Bajos según la definición dada por los Artículos 1(b)(ii) y (iii) del TBI. En especial alega que AdT no esté “controlada por nacionales de los Países Bajos”¹⁸⁰ (traducción. informal).

207. Según el Demandado, AdT no es una entidad controlada por nacionales de los Países Bajos por dos razones principales. Primero, el vocablo “control” se refiere a quien ejerce el control final, que en este caso es Bechtel, una sociedad estadounidense¹⁸¹. Segundo, el Demandado alega que la cuestión de si una

¹⁷⁸ Véanse, *infra*, párrafos 109 a 123, 133 a 138, 142 a 155, 160 a 184.

¹⁷⁹ Son, principalmente, los siguientes: 1) “el Tribunal no encuentra que haya existido una intención común de las Partes de excluir la jurisdicción del CIADI en caso de una reclamación de AdT, ni una clara renuncia de parte de AdT, a través del Artículo 41 o de la Concesión en general, a su derecho de promover sus reclamaciones ante el CIADI” (párrafo 122, *supra*), 2) “el Tribunal... concluye que el Artículo 37.1 no garantizó en ninguna medida la inmutabilidad de la estructura de control accionaria de la sociedad” (párrafo 165, *supra*), 3) “el Tribunal... concluye que la migración de IW Ltd de las Islas Caimán a Luxemburgo, con la modificación de su razón social por la de IW S.a.r.l., no constituyó un incumplimiento del Artículo 37.1 de la Concesión” (párrafo 178, *supra*), y 4) “no es necesario que el Tribunal determine el contenido exacto de las manifestaciones que figuran en la correspondencia [del 24 de noviembre de 1999], ya que la propuesta nunca se realizó y esas manifestaciones no podían surtir efecto jurídico alguno” (párrafo 189, *supra*).

¹⁸⁰ Véase, *por ejemplo*, Mem. Contest. Ddo., pág. 51, párrafo 104.

¹⁸¹ Véase, *por ejemplo*, Mem. Contest. Ddo., pág. 72, párrafos 149 y 150, en que Bolivia sostiene: “el argumento de AdT, de que el ‘sentido corriente’ de la expresión ‘directa o indirectamente’ modifica al concepto de ‘control’ expresado en el Tratado Bilateral de Inversiones, en forma tal que una compañía puede tener múltiples controladores es, en el mejor de los casos, fantasioso. * * *. Lo que es preciso determinar es, en cambio, quién ejerce el control final, y es por ello que el término ‘indirecto’ llega a usarse para denotar el hecho de que el control puede ejercerse a través de

entidad es “controlada, directa o indirectamente”, es una cuestión de hecho, cuyo cumplimiento no requiere necesariamente que la titularidad accionaria pertenezca en un 100% a otra entidad.

208. El Demandado sostiene que IWT B.V. e IWH B.V., las sociedades holandesas que según el Demandante controlan a AdT, son meras empresas vacías que no “controlan” al Demandante¹⁸². Es sobre la base del ejercicio fáctico del control que el Demandado promueve la producción de documentos a los que se hace referenda *supra*, en los párrafos 26 y 27.

209. El Demandado sostiene, por lo tanto, que “[l]a cuestión del control, en el caso de autos, consiste en establecer si las entidades de los Países Bajos en la práctica están facultadas para controlar, sin el consentimiento de terceros, sus propios destinos societarios y, según el Demandante, para controlar a AdT”¹⁸³ (traducción informal). A juicio del Demandado, Bechtel mantiene el control del Demandante y las entidades societarias holandesas son “empresas vacías”¹⁸⁴.

Réplica del Demandante

210. El Demandante sostiene que, cuando existe un 100% de la titularidad accionaria, necesariamente existe control. Alega que el término “control” fue introducido en el Convenio del CIADI y en el derecho internacional de las inversiones en general, no para descartar las situaciones en que exista una titularidad accionaria mayoritaria, sino para ampliar la protección de las inversiones a situaciones en que exista un interés accionario minoritario que en virtud de derechos de voto u otros factores jurídicos también ejerza control jurídico¹⁸⁵.

211. El Demandante sostiene que, conforme al TBI, AdT puede considerarse nacional de los Países Bajos, ya que si bien está constituida en Bolivia, es controlada, directa o indirectamente, por nacionales de los Países Bajos. Específicamente, manifiesta que si bien AdT está constituida en Bolivia, el 55% de sus

otra entidad societaria, tal como el control de AdT por parte de Bechtel en el caso de autos se ejerce a través de entidades de los Países Bajos y de Luxembourg”. Véase, también, *ibíd.*, pág. 52, párrafos 106 y 107. En otros puntos, Bolivia sostiene también que una entidad debe “tener la potestad de controlar, sin permiso de terceros, su propio destino societario”. Véase, por ejemplo, Rép. de Bolivia, párrafo 1.2. En conjunto, esas aseveraciones llevan a pensar que Bolivia alega que sólo hay una entidad controladora, que sería la sociedad madre final.

¹⁸² Véase, por ejemplo, Mem. Contest. Ddo., págs. 56 a 59, párrafos 115 a 122, Dúp. Ddo., págs. 62 a 75, párrafos 116 a 134, en que Bolivia sostiene: “[L]a propiedad de la mayoría de las acciones, o incluso de la mayoría de los derechos de voto, no constituye, *per se*, control”. ... [E]l hecho de que las partes hayan optado por una prueba de ‘control’, en lugar de una prueba más convencional y objetiva, como la del lugar de constitución o de la sede de la compañía, indica su intención de no limitarse a las determinaciones formalistas de la nacionalidad de una compañía, y considerar la realidad de la misma” (traducción informal).

¹⁸³ Rép. de Bolivia, párrafo 1.2

¹⁸⁴ *Ibíd.*, párrafo 3.10.

acciones está en manos de IW S.a.r.l. A su vez, el 100% de las acciones (y derechos de voto) de IW S.a.r.l está en manos de IWT B.V., entidad nacional de los Países Bajos. Además, el 100% de las acciones (y derechos de voto) de IWT B.V. están en manos de otra sociedad holandesa, IWH B.V.¹⁸⁶.

212. El Demandante cuestiona también categóricamente las manifestaciones del Demandado según las cuales IWT B.V. e IWH B.V. son meras “sociedades ficticias”, creadas exclusivamente para lograr que el CIADI tenga jurisdicción. En especial, el Demandante sostiene que la modificación de la estructura de titularidad accionaria de AdT fue sólo uno de los elementos de una empresa conjunta mucho más amplia mutuamente establecida por Bechtel Enterprises Holdings, Inc. y Edison S.p.A.; que esa empresa y el cambio de la estructura tuvieron lugar antes de que pudieran preverse los hechos que habían de afectar tan gravemente a la Concesión, y que es incuestionable, en cuanto atañe a la Segunda Excepción del Demandado, que tanto IWT B.V. como IWH B.V. estaban facultadas para plantear directamente sus reclamaciones en el marco del TBI.

213. El Demandante concluye que está sujeto al control indirecto de nacionales de los Países Bajos, IWT B.V. e IWH B.V., según lo previsto por el TBI¹⁸⁷.

Decisión del Tribunal

Las cuestiones planteadas

214. El Demandante promueve un arbitraje ante el CIADI basándose en el Artículo 9(6) del TBI Países Bajos-Bolivia¹⁸⁸.

215. No es objeto de controversia entre las partes el hecho de que el Demandante, AdT, es una entidad nacional de Bolivia. La cuestión que tiene ante sí el Tribunal consiste en establecer si AdT —a los efectos del TBI y conforme a sus disposiciones— debe considerarse también como “nacional” de los Países Bajos.

¹⁸⁵ Mem. Dte., págs. 46 a 50, párrafos 133 a 138.

¹⁸⁶ *Ibíd.*, pág. 15, párrafo 49.

¹⁸⁷ *Ibíd.*

¹⁸⁸ El Artículo 9(6) del TBI dispone:

“Si ambas Partes Contratantes se han adherido al Convenio sobre Arreglo de Controversias relativas a Inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados, de 18 de marzo de 1965 [Convenio del CIADI], las divergencias derivadas de inversiones entre una de las Parte Contratante y un nacional de la otra Parte Contratante, serán, de acuerdo con las disposiciones de dicho Convenio, sometidos a conciliación ó arbitraje por el Centro Internacional para el Arreglo de Controversias Relativas a Inversiones”.

216. El TBI Países Bajos-Bolivia, al igual que el Convenio del CIADI y la mayoría de los TBI, reconoce el hecho de que un inversionista de uno de los Estados Partes puede constituir en el otro Estado Parte una entidad que le sirva de vehículo para su actividad de realización de inversiones. De hecho, no es una práctica para nada infrecuente que el Estado que recibe la inversión imponga a los inversionistas extranjeros la obligación de constituirse en su jurisdicción.

217. Para abordar el tema de la posible constitución local del inversionista, el TBI Países Bajos-Bolivia sigue los lineamientos de muchos otros TBI, disponiendo que el concepto de “nacional” de los Países Bajos, tal como lo define el Artículo 1(b), comprende no sólo a:

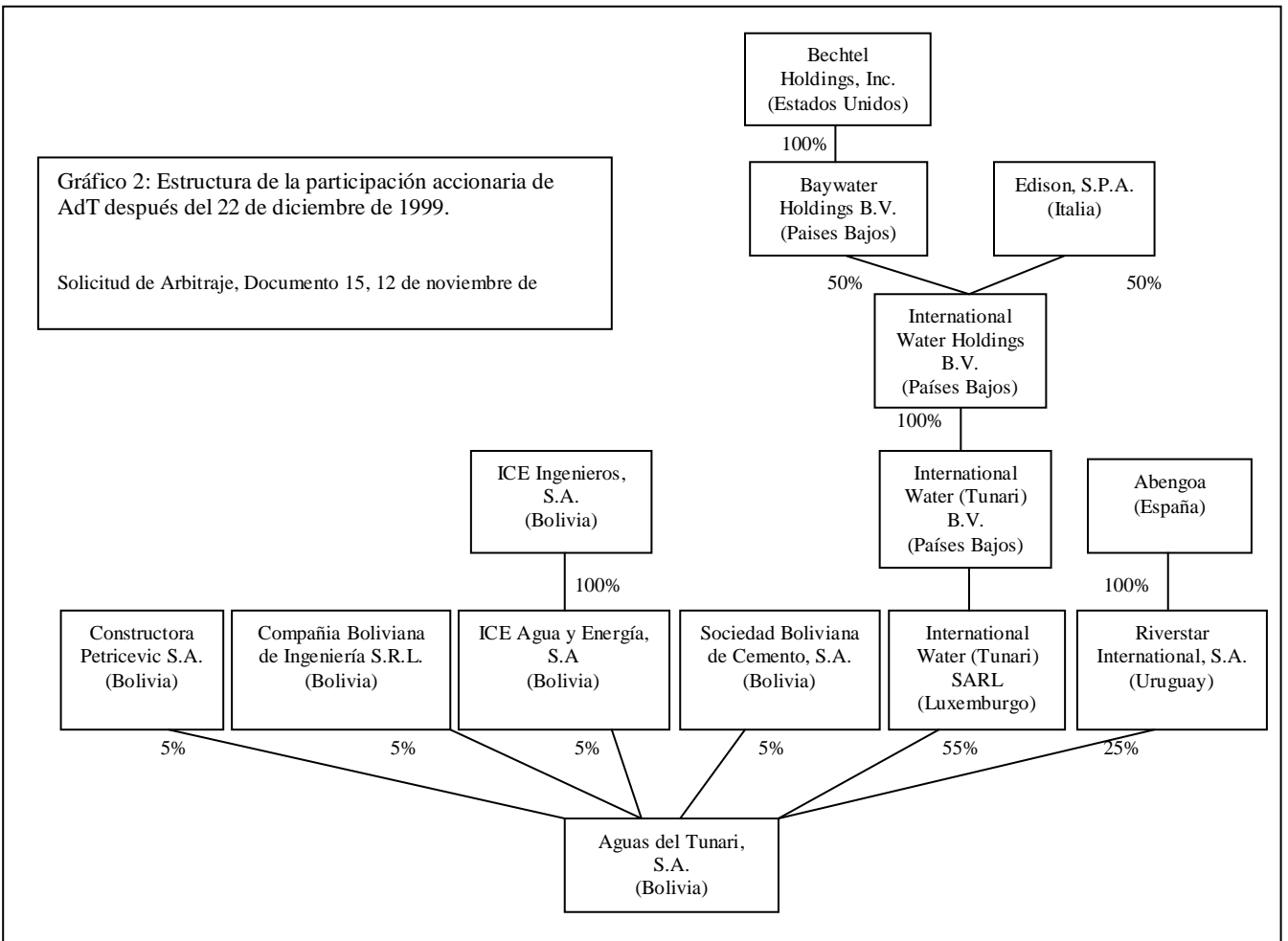
(i) personas naturales que tienen la nacionalidad de esa Parte Contratante en conformidad con su ley;

(ii) sin perjuicio de las provisiones de (iii), personas jurídicas constituidas en conformidad con la ley de esa Parte Contratante;

sino también a:

(iii) personas jurídicas controladas, directa o indirectamente, por nacionales de esa Parte Contratante, pero constituidas en conformidad con la ley de esa [“la otra” según el texto en inglés] Parte Contratante.

218. Se recordará que, a partir del 22 de diciembre de 1999, la estructura de la propiedad de AdT es la que ilustra el siguiente gráfico:



219. Teniendo presente esta estructura de participación accionaria, es útil reconocer los temas a los que *no* se refiere esta excepción.

Primero, no parece existir disenso alguno en cuanto a que AdT es una entidad sujeta a control extranjero; la discrepancia se refiere, en cambio, al lugar de ejercicio de ese control¹⁸⁹.

Segundo, tampoco parece existir disenso en cuanto a que la estructura de participación social holandesa (a saber, IWT B.V., IWH B.V. y Baywater) comprende a “personas jurídicas constituidas en conformidad con la ley de” los Países Bajos, según lo requiere el Artículo 1(b)(ii). En su Primera Excepción, el Demandado sostenía que el acto de insertar a las entidades holandesas en la cadena de propiedad de AdT implicaba el

¹⁸⁹ Declaración del abogado de AdT, Robert Volterra (10 de febrero de 2004), pág. 407.

incumplimiento de la Concesión o de manifestaciones efectuadas al Demandado¹⁹⁰. Éste no sostiene, sin embargo, que las sociedades holandesas no estén debidamente constituidas conforme a la legislación de los Países Bajos. Aunque el requisito del control que se plantea en la Segunda Excepción no es aplicable a esas entidades, éstas no han comparecido como Demandantes en las presentes actuaciones¹⁹¹. En estas actuaciones, es en cambio la entidad boliviana, AdT, la que ha comparecido como Demandante, y, en virtud de esa elección, esta excepción se basa en el Artículo 1(b)(iii).

220. Además, vale la pena señalar que no se ha señalado que exista además alguna otra entidad no mencionada en el Gráfico 2, que controle AdT. El Demandante sostiene que tanto IWT B.V. como IWH B.V. califican, a los efectos del TBI, como entidades holandesas controlantes de AdT. El Demandado sostiene que la entidad que realmente había controlado a AdT en todo momento era Bechtel, una sociedad estadounidense.

221. Reconociendo lo que no se discute a esta excepción, el Tribunal identifica dos cuestiones que plantea la aplicación del Artículo 1(b)(iii) al caso de autos.

Primero, el Artículo 1(b)(iii) requiere que AdT, Demandante y sociedad boliviana, sea “controlada directa o indirectamente” por IWT B.V. o por IWH B.V. Las partes han debatido ampliamente esta cuestión, que versa principalmente sobre la interpretación y aplicación de la frase “controladas, directa o indirectamente” que aparece en el Artículo 1 del TBI.

Segundo, como surge del Gráfico 2, IW S.a.r.l., sociedad luxemburguesa, se encuentra entre AdT y las diversas sociedades holandesas y su propiedad pertenece en un 100% a diversas entidades holandesas. IW S.a.r.l. sólo posee el 55% de AdT. Para que AdT sea “controlada directa o indirectamente”, es preciso que IW S.a.r.l. la controle, cuestión que las Partes no han debatido en sus escritos, pero que se planteó en la audiencia.

222. Las partes discrepan sobre los requisitos legales de que depende la cuestión de si AdT es “controlada directa o indirectamente” por IWT B.V. o por IWH B.V. El Demandante sostiene que poseer el 100% de la propiedad equivale necesariamente a controlar, y que la posesión de la mayoría de las acciones es, en sí misma, prueba suficiente de control¹⁹². Para el Demandado la palabra “control” significa que debe haber algo *más* que “titularidad”: entraña, a su juicio, ejercicio de potestades o administración, y no la mera

¹⁹⁰ The Tribunal concluyó, respecto del cuarto y el quinto aspectos de la Primera Excepción que esos actos no implicaron incumplimiento de la Concesión ni contrariaron ninguna manifestación.

¹⁹¹ El Tribunal toma nota de que la Primera Excepción del Demandado se aplicaría igualmente si las entidades holandesas figuraran como Demandantes. La Segunda Excepción, en cambio, se refiere especialmente a la designación de AdT como Demandante. Quizás existan razones aún no dadas a conocer por las cuales esa designación haya recaído sobre AdT y no sobre alguna de las entidades holandesas. El Tribunal considerará la eventual trascendencia de esas razones, si las hubiese, cuando ellas sean expresadas (si lo fueran).

¹⁹² AdT sostiene, por ejemplo, que “en una situación en que la propiedad accionaria se encuentra claramente en un nivel que le confiere control, la propiedad accionaria es el único factor pertinente” (traducción informal). Mem. Dte., pág. 46, párrafo 134.

posibilidad legal de hacerlo¹⁹³. Por lo tanto, el Demandado utiliza en sus escritos términos tales como “control real”¹⁹⁴, para reclamar “algo más”¹⁹⁵ que determine la “realidad de la personería societaria”¹⁹⁶. El Demandante sostiene que poseer el 100% de la propiedad implica la posibilidad legal de controlar, y que no se justifica el uso, por parte del Demandado, de calificativos de “control”, como “efectivo” o “real”¹⁹⁷. El Demandado sostiene que el control implica una cuestión de hecho, especialmente pertinente en situaciones en que la sociedad que supuestamente controla a otra sociedad en realidad tiene escasa capacidad de ejercer ese control, o está desprovista de esa capacidad¹⁹⁸.

223. Por ende, la cuestión decisiva sobre la que versa la discrepancia es que el Demandante, por una parte, interpreta la frase “controladas directa o indirectamente” en el sentido de que basta la posibilidad jurídica de controlar al demandante, y que por lo tanto la frase puede referirse no sólo a la compañía madre final de AdT, sino también a las filiales de esta última ubicadas por encima del Demandante. El Demandado, por su parte, interpreta la frase “controladas directa o indirectamente” como requiriendo el control “final” de AdT o, si esa frase no se limitara a la compañía que ejerce el control final, entonces un control “efectivo”, “real” de AdT. Así pues, la diferencia de puntos de vista entre las Partes no gira en torno a “control” y “titularidad”, sino a “control” en el sentido de posibilidad jurídica de controlar y “control” en el sentido de ejercicio real del control.

224. Finalmente, es importante observar que la necesidad de enmarcar adecuadamente la cuestión que tiene ante sí el Tribunal surge de que el Demandante se basa en la prueba documental presentada por su parte sobre el interés jurídico como propietarios que IWT B.V. e IWH B.V. poseen en AdT, y la consiguiente posibilidad de control que poseen esas sociedades, como prueba suficiente para determinar la competencia en el marco del TBI. Como ya se señaló, el Demandado ha solicitado que se intime al

¹⁹³ Así, Bolivia replica, por ejemplo, que “[l]a manifestación de AdT de que la propiedad de la mayoría de las acciones constituye *per se* control a los efectos del Tratado Bilateral de Inversiones es exactamente el tipo de resultado formalista que se procura evitar mediante la prueba del ‘control’... El control no reside, en realidad, en los accionistas holandeses situados por encima de AdT en la cadena institucional de AdT, sino en otra parte, en un ámbito que no permitiría acudir a la jurisdicción del CIADI” (traducción informal). Mem. Contest. Ddo., pág. 59, párrafo 122.

¹⁹⁴ Mem. Contest. Ddo., pág. 67, párrafo 140.

¹⁹⁵ En sus exposiciones orales ante el Tribunal, la abogada de Bolivia manifestó: “creemos que para dar respuesta a la pregunta de quién controla a AdT no basta establecer quién posee la propiedad mayoritaria de las acciones con derecho de veto, especialmente teniendo en cuenta los hechos y circunstancias singulares de este caso específico” (traducción informal). Declaración de la abogada de Bolivia, Dana Contratto (10 de febrero de 2004), pág. 425, renglones 1 a 5.

¹⁹⁶ Mem. Contest. Ddo., págs. 66 y 67, párrafo 139.

¹⁹⁷ En sus exposiciones orales ante el Tribunal, el abogado de AdT manifestó: “En el alegato del Demandante se utiliza el vocablo “control” simplemente como sinónimo de control. Pero el Demandado, al analizar ese concepto, en el estilo que utiliza para tratar de convencer al Tribunal sobre cuál debe ser, en los hechos, el nivel de control que prevé el TBI, siempre se ve obligado a modificar el vocablo ‘control’. Utiliza expresiones tales como ‘control efectivo, control final, control actual, control real’, pero estos términos no figuran en el Tratado Bilateral de Inversiones [. . .]”. Declaración del abogado de AdT, Robert Volterra (10 de febrero de 2004), pág. 287, renglones 4 a 14 (traducción informal).

Demandante a producir documentos que prueben el control de hecho de AdT por parte de IWT B.V. o IWH B.V. El Demandante se opone a esa intimación, sosteniendo que esos documentos carecen de pertinencia jurídica y que en la práctica sería engorroso dar cumplimiento a esa amplia orden de producción de documentos. Además, como se señala en el párrafo 246, *infra*, el Demandado no aclaró qué pruebas serían suficientes para demostrar el ejercicio de control que, según el Demandado, exige el TBI. La cuestión, tal como la enmarca el Demandante, se dispararía si el Tribunal ordenara la producción de documentos y éstos demostraran no sólo la posibilidad jurídica, sino también el ejercicio del control. Pero como el Demandado no ha señalado qué pruebas demostrarían el control efectivo, no existen bases para dictar una orden de ese género en los términos apropiados. Además, es prerrogativa del Demandante el estructurar su reclamación como lo desee, corriendo el riesgo, al hacerlo, de que el Tribunal decline competencia en la cuestión de que se trata.

El significado de la frase “controladas directa o indirectamente”

El sentido corriente de la frase “controladas directa o indirectamente”

225. El Artículo 1(b)(iii) establece que el concepto de nacional de una Parte Contratante comprende a las “personas jurídicas controladas, directa o indirectamente, por nacionales de esa [“la otra” según el texto en inglés] Parte Contratante, pero constituidas en conformidad con la ley de esa Parte Contratante”.

226. El Artículo 31(2) de la Convención de Viena establece que una de las tareas del intérprete consiste en examinar el “sentido corriente” de un vocablo o frase, a menos que las partes le hayan dado un “sentido especial”. La frase que debe interpretarse es “controladas directa o indirectamente”, siendo “controladas” el participio pasado del verbo transitivo “controlar”. Como lo preveía la propia Convención de Viena al imponer al intérprete la obligación de examinar no sólo el sentido corriente de una frase, sino también el contexto en que ella se encuentra, y a la luz del objeto y el fin del documento, el sentido corriente de “controladas directa o indirectamente”, aunque evidentemente es un elemento esencial en la tarea hermenéutica, no determinante en este caso.

227. Para encontrar el “sentido corriente” de la palabra “controladas”, el Tribunal buscó orientación en los diccionarios comunes. Un diccionario estándar de inglés de los Estados Unidos define al verbo transitivo “controlar” como “restringir o influir directamente sobre...; tener poder sobre”¹⁹⁹. Según otro diccionario común, la voz “controlar” puede definirse como “manejar: ejercer poder o autoridad sobre algo,

¹⁹⁸ Mem. Contest. Ddo., pág. 67, párrafo 140.

¹⁹⁹ Diccionario en línea de Webster, www.m-w.com (2005); I WEBSTER’S THIRD NEW INTERNATIONAL DICTIONARY, 496 (1971) (“to exercise restraining or directing influence over ... [and] [to] have power over ...”).

por ejemplo una empresa o una nación”²⁰⁰. Análogamente, un diccionario estándar de inglés británico define “control” como “el hecho de controlar” y “la función o potestad de dirigir y regular; dominio; mando; poder”²⁰¹. Por otra parte, el uso de la palabra “manejar”, en la segunda cita, parece congruente con la opinión del Demandado de que el concepto de control implica el ejercicio real de potestades o administración. Por otra parte, los vocablos “potestad” y “autoridad” apuntan en sentido opuesto. El concepto de “autoridad” se define simplemente como “el derecho o la potestad de hacer cumplir normas o impartir órdenes”²⁰² y “potestad” es “la habilidad, aptitud o capacidad de hacer algo” o “la autoridad de actuar o hacer algo conforme a una ley o regla”²⁰³. En consecuencia, en tanto que algunas definiciones aluden al ejercicio real de cierta influencia, otras hacen hincapié en una potestad que recae sobre un objeto. Por lo tanto, el sentido corriente de la palabra “control” parecería abarcar tanto el ejercicio real de potestades o facultades de dirección como los derechos que emanan de la titularidad de acciones.

228. El Tribunal toma nota de que el Demandado, entre otras cosas, atribuye importancia al uso de la palabra "controladas", en lugar de "controlar"²⁰⁴. Al igual que el Tribunal, el Demandado comienza con la definición de "control", pero a partir de ella sostiene:

El vocablo "controladas", utilizado en el Tratado, es un participio, es decir la forma adjetival de un verbo. Decir que una cosa está "controlada" no equivale a decir que sea susceptible de ser "controlada", sino que efectivamente es objeto de control. El vocablo "controlado" no es complejo ni inusual. Aplicarlo al caso de autos significa que AdT debe haber sido. "controlada", es decir, sujeta a órdenes, reglamentos, restricciones o dirigida por parte de una o más compañías holandesas²⁰⁵ (traducción informal).

El Demandado sostiene, por lo tanto, que el uso del participio pasivo "controladas" que aparece en el Artículo 1(b)(iii) del TBI implica el requisito del ejercicio de un control real o efectivo.

229. De hecho, la definición general de "controladas", vocablo usado en lugar de "control", respalda el argumento del Demandado. El término "controlado" en algunos casos se define simplemente como participio pasado de "controlar" y se remite al lector a la definición de control. En otros casos, en cambio,

²⁰⁰ ENCARTA WORLD ENGLISH DICTIONARY, 1999, pág. 395.

²⁰¹ OXFORD ENGLISH DICTIONARY III 851-52, 853 (segunda edición, 1989).

²⁰² ENCARTA WORLD ENGLISH DICTIONARY, 1999, pág. 113.

²⁰³ *Ibid.*, pág. 1411.

²⁰⁴ El Tribunal toma nota de que el propio Demandado no utiliza en forma sistemática la palabra "controladas", en lugar de "control". Por ejemplo, sostiene principalmente que la frase "controladas directa o indirectamente" que aparece en el TBI tiene la misma extensión que la frase "control extranjero" en el Convenio del CIADI. Véase, *por ejemplo*, Mem. Contest. Ddo., párrafo 113.

²⁰⁵ Dúp. Ddo., párrafo 92. La única referencia adicional al significado del uso del participio pasado adjetival de "control" se efectuó durante la audiencia. Véase Transcripción (10 de febrero de 2004), págs. 422 y 423.

se define más específicamente como "[r]estringido, manejado o mantenido dentro de límites"²⁰⁶, y "confinado, restringido, dominado"²⁰⁷. Por lo tanto, mediante el participio pasado en algunos casos se hace referencia al ejercicio real de restricciones.

230. El Tribunal toma nota de que en el Artículo 31(4) de la Convención de Viena se señala que debe darse un sentido especial a un término si las partes tenían la intención de dárselo. En autos no existe indicio alguno de que las Partes Contratantes hayan tenido la intención de dar un sentido especial al vocablo "controladas". No obstante, el Tribunal toma nota de que los negociadores del TBI Países Bajos-Bolivia probablemente poseían un conocimiento profundo de negocios y de derecho. Para ellos, el sentido corriente de un vocablo o de una frase comprende también los significados jurídicos de esos vocablos o frases. Por lo tanto, el Tribunal pasa a considerar el significado jurídico de los vocablos "control" y "controladas".

231. La definición jurídica del verbo "controlar" encierra varios significados²⁰⁸. En la primera acepción significa "ejercer poder o influencia sobre <el juez controló los procedimientos>". La segunda consiste en "regular o regie <conforme a la ley, el oficial de presupuesto controla el gasto>". La definición final consiste en "tener un interés de control en <los cinco accionistas controlaban la compañía>". La primera acepción indica el ejercicio real de control, haciéndose hincapié en el derecho de ejercer control sobre un objeto, pero no indica propiedad del objeto. La segunda acepción indica, análogamente, derecho de control, pero no propiedad de lo controlado. La tercera acepción vincula control con interés dominial, estableciendo que por "interés controlante" se entiende una "participación jurídica en algo... la propiedad de un porcentaje suficiente de acciones en una compañía como para controlar su política y su administración, especialmente un interés dominial de más del 50% en una empresa"²⁰⁹.

232. Las definiciones jurídicas del vocablo "controlado" son especialmente ilustrativas, ya que se oponen frontalmente al significado del uso del participio pasado adjetival indicado por el Demandado. La frase "grupo controlado (grupos societarios controlados)" se define como "dos o más sociedades cuyas acciones están sustancialmente en poder de no más de cinco personas"²¹⁰. Por "sociedad controlada (compañía controlada)" definiciones definida como, una "sociedad la mayoría de cuyas acciones están en manos de una persona o empresa"²¹¹. Finalmente, se define "sociedad extranjera controlada" como "una sociedad extranjera más del 50% de cuyas acciones son de propiedad de ciudadanos estadounidenses, cada

²⁰⁶ MERRIAM WEBSTER'S INTERNATIONAL DICTIONARY 497 (1993).

²⁰⁷ OXFORD ENGLISH DICTIONARY III 853 (segunda edición, 1989).

²⁰⁸ BLACK'S LAW DICTIONARY, 353 (octava edición, 2004).

²⁰⁹ *Ibid.*, 828.

²¹⁰ BLACK'S LAW DICTIONARY, 53 (octava edición, 2004).

uno de los cuales es propietario de no menos del 10% de las acciones con derecho de voto". Estas tres definiciones se refieren exclusivamente al poder de controlar, y no a su ejercicio real.

233. Por lo tanto, el Tribunal concluye que el uso de los vocablos "controladas" o "control" no es un factor determinante. El adjetivo "controladas" puede indicar el hecho de que en realidad se haya ejercido "control" en el pasado, o que otra persona o entidad haya tenido la capacidad de controlar esa compañía en el pasado (o, de hecho, en el presente). Por una parte, "controlada" puede significar que una entidad estaba sujeta al control real de otra. Por otra parte, "controlada" puede significar que una entidad estaba sujeta a la capacidad de control de otra.

234. El Tribunal observa que de ninguno de los diccionarios consultados surge indicio alguno de que el concepto de "control" implique necesariamente cierto grado de ejercicio activo de potestades o dirección. Si las partes hubieran querido ese resultado, un vocablo más adecuado para el TBI habría sido "manejadas", en lugar de "controladas". Además, aunque los Estados contratantes hubieran disipado la incertidumbre utilizando expresiones tales como "bajo control directo o indirecto de" o "sujetas al control directo o indirecto de", en lugar de "controladas directa o indirectamente" por otra sociedad, la ambigüedad del vocablo "controladas" lleva al Tribunal a concluir que la diferencia de redacción no resulte determinante.

235. El Demandado alega que, a la luz de la falta de una definición específica de "control" en el TBI, el Tribunal debería examinar ese concepto de "control" tal como ha sido utilizado para definir la nacionalidad de las sociedades conforme al derecho internacional. Bolivia sostiene que hay cuatro pruebas tradicionales para determinar la nacionalidad de una entidad societaria. Tanto la prueba del lugar de asiento físico de la sociedad como el de la jurisdicción en que se ha constituido "por razones de simplicidad se centran en factores objetivos, y pasan por alto la posibilidad de que la nacionalidad asignada no refleje la realidad de las actividades de la compañía"²¹² (traducción informal). Los otros dos criterios se refieren, respectivamente, a control y a interés predominante en la sociedad y, según sostiene Bolivia, los Estados seleccionan el criterio de "control" porque "se centra en la realidad que subyace a la personalidad de la compañía. . . [y] a menudo se usa 'para evitar resultados contrarios a la equidad'"²¹³ (traducción informal). No obstante, de autos no surge que las partes contratantes hayan tenido presente ese sentido especial del vocablo "control". Tampoco puede suponerse esa intención, ya que el Tribunal concluye que los contextos de protección de las inversiones extranjeras y regulación de la actividad de las sociedades son bastante particulares²¹⁴.

²¹¹ *Ibíd.*, 365.

²¹² Mem. Contest. Ddo., pág. 57, párrafo 116.

²¹³ Mem. Contest. Ddo., págs. 57 y 58, párrafo 118 (se omiten las citas).

²¹⁴ Es peligroso transferir el significado de un concepto de un marco regulatorio a otro, en casos en que los motivos que

236. La palabra "controladas" es modificada por la frase "directa o indirectamente", que indica claramente que una entidad puede controlar a otra por una de dos vías. El hecho de que una entidad esté *controlada directamente* implica inexistencia de un intermediario entre las dos entidades, en tanto que el hecho de que una entidad esté *controlada indirectamente* implica que entre las dos existe por lo menos una entidad intermediaria.

237. Como ya se señaló, uno de los puntos en la interpretación del Demandado es que la frase "controladas directa o indirectamente" apunta hacia el "controlador final". Un argumento del Demandante, yuxtapuesto a la interpretación del Demandado, es que "[e]n virtud del criterio del TBI, es posible que a los efectos del tratado haya más de una entidad que ejerza el control"²¹⁵ (traducción informal). El Tribunal comparte la opinión del Demandante. La frase "directa o indirectamente", al modificar el término "controladas", crea la posibilidad de que exista simultáneamente un controlador directo y uno o más controladores indirectos. El TBI no limita la categoría de demandantes legitimados exclusivamente al que ejerce el "control final".

238. No obstante, esta conclusión no elimina necesariamente el segundo punto de la interpretación del Demandado, consistente en que cualquier entidad que ejerza control, directo o indirecto, deba ejercer el control real. Al aplicar ésta frase, el Demandante lo hace subrayando la capacidad legal de control que emana de la propiedad. Así pues, IW Sa.r.l. es el controlador directo de AdT, por ser la primera entidad de la cadena de propiedad de control por encima de AdT. IWT B.V. e IWH B.V., como entidades situadas por encima de IW S.a.r.l., serían controladoras indirectas. El Demandado, por el contrario, al aplicar la frase hace hincapié en el control real y sostiene que Bechtel realmente controla a AdT, y que las entidades legales intermediarias no revisten importancia, ya que no ejercen control sobre AdT.

llevan a elegir cierta terminología suelen ser decisivos. En la esfera tributaria, por ejemplo, el Tribunal concluyó que las definiciones jurídicas en que se hace hincapié en la capacidad de control (véase el párrafo 230 de la Decisión) se utilizan para definir sociedades "controladas" en las diversas leyes tributarias. Según la agencia de Ingresos Públicos de los Estados Unidos, por "sociedad extranjera controlada" se entiende "toda sociedad extranjera en que más del 50% del poder de voto total combinado de todas las clases de acciones con derecho de voto sean de propiedad directa, indirecta, o por vía de interpretación, de accionistas estadounidenses en cualquier día del ejercicio tributario de esa sociedad extranjera o más del 50% del valor total de las acciones de la misma sean de propiedad directa, indirecta, o por vía de interpretación, de accionistas estadounidense en cualquier día del ejercicio tributario de la sociedad extranjera controlada", Manual de Ingresos Públicos, Sección 4.61.7.3, <http://www.irs.gov/irm/part4/ch46s07.html>. Análogamente, Canadá, en su Ley de Impuestos sobre el Capital Social, define "sociedad subsidiaria controlada" como "una sociedad más del 50% de cuyas acciones, con plenos derechos de voto en todas las circunstancias, sean de propiedad directa o indirecta de otra sociedad". Ley Referente al Impuesto sobre el Capital de Determinadas Sociedades Financieras, Legislación revisada, 1989, enmendada en 1990, c. 10, s. 2; 1992, c. 15, s. 2; 1993, c. 17; 2004, c. 3, s. 3, que puede consultarse en: <http://www.gov.ns.ca/legi/legc/statutes/corpct.htm>, Sección 2(z). El Tribunal, sin embargo, no conoce los motivos que en materia tributaria lleven a esa definición, por lo cual, como se expresa en el texto, se abstiene de hacer inferencias en tales casos. Por razones similares, el Tribunal se abstiene de hacer inferencias a partir de otras definiciones de "control" que aparecen en los contextos de la reglamentación estadounidense de la Ley de Bolsas de Valores de ese país o en los Principios de administración empresarial, del American Law Institute, citadas por el profesor Fox, perito de la Demandada.

²¹⁵ Mem. Dte., pág. 53, párrafo 148.

239. El Tribunal prosigue la labor exegética considerando los otros dos elementos básicos del método de interpretación previsto en la Convención de Viena: el contexto de la frase "controladas directa o indirectamente" y el objeto y fin del TBI.

La frase en su contexto y a la luz del objeto y fin del TBI

240. Es teniendo en cuenta el contexto en que se encuentra la frase "controladas directa o indirectamente", y a la luz del objeto y fin del TBI, que el Tribunal encuentra la base de interpretación de la frase.

241. En cuanto al objeto y fin del TBI, el Tribunal toma nota de que el Preámbulo del TBI establece:

El Gobierno del Reino de los Países Bajos y el Gobierno de la República de Bolivia,

Deseando fortalecer los lazos tradicionales de amistad entre sus países, extender e intensificar las relaciones económicas entre ellos, particularmente en relación con las inversiones de los nacionales de una Parte Contratante en el territorio de la otra Parte Contratante,

Reconociendo que un acuerdo sobre el tratamiento que se dé a estas inversiones estimulará la afluencia de capital y tecnología y el desarrollo económico de las Partes Contratantes, y que es deseable un tratamiento justo y equitativo para las inversiones [...] ²¹⁶.

Por lo tanto, el objeto y fin del tratado consiste en "estimular la afluencia de capital y tecnología", y las Partes Contratantes reconocen expresamente el hecho de que ese estímulo surgirá del "acuerdo referente al tratamiento que se dé a esas inversiones" realizadas por "nacionales de una Parte Contratante en el territorio de la otra Parte Contratante".

242. En cuanto al contexto en que se encuentra la frase "controladas directa o indirectamente", el Tribunal toma nota de que el Artículo 1, al definir el concepto de "nacional", no sólo define la categoría de personas y entidades que deben considerarse beneficiarias de los derechos sustanciales del TBI, sino que también define a las personas y entidades a las que va dirigida la oferta de arbitraje y que por lo tanto son potenciales demandantes. Dado el contexto de la definición de la categoría de demandantes legitimados, el vocablo "controladas" no ha sido concebido como una alternativa a la propiedad, ya que el control sin titularidad accionaria abarcaría a un grupo de entidades que no poseen necesariamente un interés que pueda

²¹⁶ Es una regla ampliamente aceptada que el texto del preámbulo de un tratado puede ser especialmente útil para determinar el motivo, el objeto y las circunstancias del tratado. Dolzer y Stevens señalan, en su libro sobre TBI, que aunque el preámbulo rara vez contiene obligaciones vinculantes, puede servir como "un auxiliar útil para la interpretación del tratado". RUDOLF DOLZER Y MARGRETE STEVENS, *BILATERAL INVESTMENT TREATIES*, 20 (1995).

ser objeto de una reclamación. En este sentido, la palabra "controladas" indica una cualidad de la participación social.

243. Por lo tanto, se trata de saber en qué medida el término "controladas" del Artículo 1(b) (iii) está destinado a calificar de "participación social". El Demandante sostiene que el "control" es una capacidad propia de titularidad accionaria. A su juicio, si una entidad es la propietaria del 100% del capital de otra entidad, la primera posee la capacidad de controlar a la segunda, que por lo tanto es una entidad "controlada". Según el Demandante, el uso en el TBI del vocablo "control", en vez de "titularidad accionaria", tiende a contemplar la situación en que un accionista minoritario, por ejemplo a través de derechos de voto, posee la capacidad de controlar a la otra entidad. El Demandado alega que el "control" consiste en una capacidad que debe ejercer el titular de la participación social. Además, parece alegar que es la misma entidad propietaria la que debe ejercer ese control²¹⁷.

244. El Tribunal no considera convincente la opinión del Demandado por tres razones.

245. Primero, la opinión del Demandante de que "control" es un atributo de la propiedad encuentra sustento en el derecho en general. Una entidad que es propietaria del 100% de las acciones de otra entidad necesariamente tiene la potestad de controlarla. Puede renunciar a ejercer esa potestad, pero ello queda a su arbitrio. Además, según diversas doctrinas sobre derecho de las sociedades, puede ser llamada a responsabilidad por los actos de su subsidiaria, independientemente de que haya controlado o no los actos de esta última. El Demandado sostiene que IWT B.V. e IWH B.V. son meras "empresas vacías", que ni siquiera pueden rehusarse a ejercer el control que está a su alcance. Las compañías de control ("holding") (si en el caso de autos IWT B.V. e IWH B.V. tienen tan sólo esa calidad) poseedoras de activos sustanciales (en este caso, los derechos previstos en la Concesión) son, sin embargo, un instrumento común y jurídicamente legítimo de organización de sociedades, y sobre ellas recaen las mismas obligaciones jurídicas que las que pesan sobre las sociedades en general²¹⁸. El Tribunal reconoce que la forma societaria puede ser objeto de abusos y que puede desconocerse por razones de fraude u otros motivos. Tal como se señala en el párrafo 331, *infra*, el Tribunal no considera probada en autos la presencia de razones extraordinarios de esa naturaleza.

²¹⁷ Véase, por ejemplo, Declaración del abogado de Bolivia, Dana Contratto (9 de febrero de 2004), págs. 422 y 423, renglones 17 a 21.

²¹⁸ El Tribunal coincide con el tribunal del caso *Aucoven*, que, aunque operando en un contexto diferente del Artículo 25 del Convenio del CIADI, enfrentado a un argumento similar referente a los atributos sustanciales de la entidad de la que se afirma que "controla" al Demandante de esa controversia, estableció: "Aunque [Venezuela] considera [que la identidad corporativa de la que se afirma que controla al Demandante] es una simple formalidad, esa formalidad es el elemento esencial de la economía global. *Autopista Concesionada de Venezuela CA c/ la República Bolivariana de Venezuela* (en lo sucesivo denominada "Aucoven"), en su Decisión sobre Jurisdicción del 27 de septiembre de 2001, párrafo 67, *reimpresa en* 16 ICSID Rev.—FILJ 469 (2001), 6 ICSID 419 (2004).

246. Segundo, el Demandado no ha expuesto con suficiente precisión su argumento de que el "control" implica necesariamente cierto nivel de control real; el concepto es, más bien, tan vago que resulta inabordable. El Demandado alega que la frase "controladas directa o indirectamente", aplicada a la entidad que ejerce el "control final", proporciona un criterio definido, sin embargo, como se establece en el párrafo 237, el Tribunal rechaza esta interpretación, por ser incompatible con la expresión "directa o indirectamente". Admitida la posibilidad de que varias entidades ejerzan control, resulta difícil definir un concepto de control "real" suficiente en relación con una de ellas, especialmente cuando una entidad está facultada para delegar ese control real. Esto resulta evidente teniendo en cuenta la dificultad que experimenta el Demandado para ofrecer al Tribunal los detalles de la prueba de control "real" que propone. Respondiendo a una pregunta del Tribunal en cuanto a los detalles de una prueba de ese género, el abogado del Demandado manifestó que "[e]l control no es un - un objetivo — no existe una prueba objetiva nítida de control en el sentido de control institucional de una sociedad. Es preciso conocer los detalles"²¹⁹ (traducción informal). De hecho, el argumento del Demandado de que el concepto de "control" implica necesariamente determinado nivel de control real de una entidad sobre otra pasa por alto la realidad de que el ejercicio de ese control puede delegarse a una filial, o incluso a un subcontratista independiente²²⁰. Además, la amplia gama de dimensiones que implica el control real de una entidad societaria va desde el control de las operaciones cotidianas hasta la adopción de decisiones estratégicas. ¿Serían las actas de una reunión del Directorio, en que se delegue a una empresa de consultoría la administración de una compañía de la que se posea la mayoría de las acciones prueba del ejercicio de control real sobre esa compañía? ¿Serían las actas de una reunión del Directorio en que se delegue a una compañía madre o filial la administración de una compañía de la que se posea la mayoría de las acciones prueba del ejercicio de control real sobre esa compañía? ¿La dirección cotidiana, por parte de una compañía, de las operaciones de otra de la que posea la mayoría de las acciones no bastaría para probar el control real si la compañía controlante hubiese determinado qué oportunidades de negocios habrían de aprovechar o desechar la compañía controlada? A juicio del Tribunal, la dificultad que supone articular cierta prueba refleja no sólo el hecho de que el Demandado no aportó un determinado criterio, sino también la posibilidad de que ello no

²¹⁹ Declaración del abogado del Demandado, Dana Contratto (11 de febrero de 2004), pág. 595, renglones 9 a 12. Un razonamiento similar al del Tribunal puede encontrarse en *Aucoven, supra*, nota 217, en que el tribunal señaló:

69. La posición que sostiene Venezuela obligaría al Tribunal Arbitral a enredarse en una maraña jurídica; esto es precisamente lo que trataron de evitar los redactores del Convenio del CIADI. Averiguar quién ejerce el control "final" o "efectivo" o "verdadero" implicaría muchas veces investigaciones factuales difíciles y prolongadas, cuyos resultados son inciertos.

²²⁰ El Tribunal tiene presente que el Demandado alega, en especial, que IWT B.V. e IWH B.V. son a su juicio meras empresas vacías, que no supervisan en ninguna medida las operaciones del Demandante. Para ese caso limitativo, podría caber la aplicación de una prueba fáctica de control gerencial. No obstante, la vaguedad de la investigación de los hechos realizada por el Demandado afectaría a todas las aseveraciones de que una entidad controla a otra. Del TBI no se desprende que exista una prueba para las "empresas vacías" y otra para todas las demás situaciones. Lo que es más importante, el uso peyorativo de la mal definida expresión "empresa vacía" conduce a situaciones hipotéticas para las que resultan más apropiadas doctrinas creadas para examinar el uso fraudulento o abusivo de la forma societaria, y, conforme a la conclusión que expone el Tribunal en el párrafo 331, *infra*, en el caso de autos no parece darse ninguna de esas dos situaciones.

sea viable, y, como se expresa en el párrafo siguiente, la consiguiente incertidumbre frustraría el objeto y fin del TBI.

247. Tercero, la incertidumbre inherente a la pretensión del Demandado de que se establezca un criterio sobre base de un nivel indefinido de control real, no sería compatible con el objeto y el fin del TBI. Ese tratado está destinado a estimular inversiones a través de un acuerdo sobre el tratamiento que ha de darse a las inversiones, incluida la posibilidad de arbitraje ante el CIADI. Si un inversionista no puede establecer si la inversión que realice a través de un vehículo societario de su propiedad constituido en la esfera local ha de gozar o no de protección serán en vano los esfuerzos realizados mediante el TBI para estimular la inversión.

248. Antes de llegar a una conclusión sobre la interpretación de la frase "controladas directa o indirectamente" conforme a lo dispuesto en el Artículo 31 de la Convención de Viena, el Tribunal se referirá a un aspecto singular de este procedimiento: la necesidad de considerar la pertinencia de varias declaraciones de los Países Bajos, Estado Parte del TBI que es ajeno a la controversia.

El Artículo 31(3) de la Convención de Viena y la significación que debe darse a las declaraciones del Gobierno holandés

249. El Demandado hace mucho hincapié en diversas declaraciones efectuadas en 2002 por el Gobierno de los Países Bajos, sosteniendo que respaldan la interpretación dada al TBI por Bolivia. Además, sostiene que esas declaraciones determinan una situación sin precedentes, en que ambos Estados Partes del TBI coinciden en que el Tribunal carece de competencia para entender en la controversia que tiene ante sí: "Éste es el único caso del CIADI, de que tengamos conocimiento, en que ambas partes del tratado invocado por el Demandante manifiestan que el tratado no se aplica a ese caso"²²¹ (traducción informal).

250. El Tribunal observa que el Artículo 31(3) de la Convención de Viena establece que "[j]untamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta: (a) todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones; (b) toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado [. . .]."

251. La posición adoptada por Bolivia en las presentes actuaciones y las declaraciones efectuadas por ministros del Gobierno de los Países Bajos ante el Parlamento de ese Estado se refieren a la controversia de autos, pero no representan un "acuerdo ulterior entre las partes". La coincidencia de varias declaraciones no

²²¹ Declaración del abogado de Bolivia, Alexandre de Gramont (9 de febrero de 2004), pág. 121, renglones 16 a 20.

hace de ellas una declaración conjunta. Además, en el caso de autos resulta claro que no hubo intención de que esas declaraciones se consideraran como un acuerdo. Por lo tanto, el Tribunal examina la cuestión de si la posición de Bolivia en las presentes actuaciones y las declaraciones internas de Ministros del Gobierno de los Países Bajos constituyen una "práctica ulterior... que pruebe el acuerdo de las partes" sobre la interpretación del TBI.

252. Las declaraciones holandesas pasaron a formar parte de estas actuaciones a través del dictamen pericial del profesor Nico Schrijver, presentado por el Demandante. Según ese perito, en los Países Bajos los legisladores acostumbran plantear preguntas por escrito a los ministros del Gobierno de los Países Bajos. El Ministro interpelado prepara su respuesta también por escrito mediante un proceso en el que puede consultar a otros ministros. En su dictamen, el profesor Schrijver llama la atención del Demandado y del Tribunal sobre tres preguntas formuladas por legisladores y sobre las contestaciones respectivas formuladas entre el 21 de febrero de 2002 y el 5 de junio de 2002. Según el Demandado, la tercera pregunta y su correspondiente respuesta son las que pueden resultar pertinentes²²², pero ambas deben examinarse a la luz de las dos primeras preguntas y sus respectivas respuestas.

253. El primer intercambio de preguntas y respuestas se inició el 21 de febrero de 2002, cuando el legislador holandés Van Bommel formuló varias preguntas por escrito al Secretario de Estado para Asuntos Económicos y al Ministro de Cooperación para el Desarrollo, relacionadas, entre otras cosas, con la cuestión de si determinadas sociedades podían invocar el TBI Países Bajos-Bolivia en la controversia específica puesta a consideración de este Tribunal²²³. El Secretario de Estado para Asuntos Económicos (Ministro Ybema) respondió el 6 de marzo de 2002 en nombre del Ministro de Cooperación para el Desarrollo y su Ministerio. Se abstuvo de pronunciarse acerca de si la controversia de autos está comprendida en el TBI y manifestó, entre otras cosas, que la respuesta está sujeta a la "discrecionalidad del tribunal arbitral al que se someta la controversia"²²⁴.

254. El segundo intercambio de preguntas y respuestas se inició el 25 de marzo de 2002, cuando el legislador Van Bommel formuló preguntas escritas adicionales al Secretario de Estado y al Ministro, a quienes solicitó que "establecieran en forma clara e inequívoca si en el caso de que se trata esas multinacionales pueden invocar el tratado de inversiones entre los Países Bajos y Bolivia"²²⁵. El Secretario de Estado contestó el 6 de abril de 2002 y remitió al legislador a la respuesta que había dado el 6 de marzo de 2002 a sus preguntas anteriores, limitándose, por lo demás, a formular comentarios generales.

²²² Mem. Contest. Ddo., págs. 27 y 28, párrafos 49 a 51.

²²³ Preguntas de legisladores ("Kamervragen"), Ejercicio legislativo de 2001-2002, No. 765.

²²⁴ *Ibid.*, respuesta 6.

²²⁵ Preguntas de legisladores ("Kamervragen"), Ejercicio legislativo de 2001-2002, No. 959

255. El tercer y último intercambio de preguntas y respuestas se inició el 18 de abril de 2002, cuando un grupo de cinco legisladores holandeses, incluido el Sr. Van Bommel, formularon preguntas adicionales al Ministro de Vivienda, Planificación Espacial y Medio Ambiente, al Ministro de Cooperación para el Desarrollo y al Secretario de Estado para Asuntos Económicos²²⁶. Las preguntas fueron las siguientes:

¿Conocen ustedes la publicación 'Water, Human Right or Merchandise', de la Asociación Milieudefensie (Amigos de la Tierra)? ¿Qué opinión les merece, en términos generales, esa publicación?²²⁷

En nombre propio y del Secretario de Estado, el Ministro de Vivienda, Planificación Espacial y Medio Ambiente (Ministro Pronk) contestó el 5 de junio de 2002:

Sí. El acceso a un agua segura y pura reviste importancia. En la publicación se llama la atención del público en general sobre varios aspectos del complicado tema del agua. La cuestión merece atención, pero ese folleto contiene algunos errores fácticos o material sugestivo. Desearía hacer hincapié en determinado punto. En la página 16 ("La Guerra del Agua en Bolivia") se sostiene que Aguas del Tunari puede recurrir a la comisión de solución de controversias del Banco Mundial en el marco del Tratado de Inversiones Países Bajos-Bolivia. Esto es inexacto. Tal como recientemente se señaló al responder a preguntas del legislador Van Bommel [citándose las respuestas anteriores dadas a este último], el Gobierno sostiene que el tratado de inversiones no es aplicable a ese caso²²⁸.

256. El Demandante, a través de la declaración testimonial del profesor Schrijver, expresa que "parece existir cierta confusión en cuanto a los hechos"²²⁹. El profesor Schrijver opina que en la tercera respuesta se aplican "hechos inexactos a la evaluación jurídica correcta contenida en las contestaciones anteriores del Gobierno"²³⁰ (traducción informal).

257. La tercera respuesta del Gobierno de los Países Bajos es incongruente con las dos primeras, a las que parece remitirse a estas por error. En consecuencia, pocas conclusiones pueden extraerse de las tres respuestas escritas de ese gobierno. No obstante, teniendo en cuenta la gran importancia que da el Demandado a esas respuestas, el Tribunal concluyó que podría resultarle útil obtener cierta información adicional sobre los elementos que sirvieron de base a los Países Bajos para formular dichas respuestas.

258. Como se señaló en el párrafo 47, el Tribunal, en una carta fechada el 1 de octubre de 2004, planteó varias preguntas específicas al Asesor Jurídico del Ministerio de Relaciones Exteriores de los Países Bajos.

²²⁶ Preguntas de legisladores ("Kamervragen"), Ejercicio legislativo de 2001-2002, No. 1229.

²²⁷ *Ibíd.*, pregunta 1.

²²⁸ *Ibíd.*, respuesta 1.

²²⁹ Mem. Dte., Documento 46, Dictamen pericial del profesor Schrijver, pág. 18, párrafo 40.

Dado que esa carta representa la primera investigación de un Estado Parte de un TBI que no tiene que ver con la controversia, se adjunta a la presente decisión, como Apéndice III, el texto completo. El Tribunal, sin embargo, destacó tres aspectos de esa carta, señalando, en primer lugar, que:

[r]econoce la obligación que impone a los Países Bajos el [Artículo 27 del] Convenio del CIADI de abstenerse de brindar protección diplomática a sus nacionales en caso de controversias sobre inversiones a las que se refiera el Convenio. En este sentido, el Tribunal desea subrayar que no pretende conocer la opinión de los Países Bajos en cuanto a la competencia del Tribunal en la cuestión de autos, sino tan sólo recibir los comentarios de ese país con respecto a las bases documentales específicas de las respuestas escritas que su Gobierno dio a las preguntas de los legisladores.

En segundo lugar, el Tribunal declaró:

El Convenio del CIADI confía al Tribunal la pronunciación sobre su competencia en el caso de autos. Las partes de este arbitraje han cuestionado disposiciones del TBI mutuamente celebrado por los Países Bajos y Bolivia. Como el Gobierno de los Países Bajos no es parte en este arbitraje ni está presente en él en otra calidad, el Tribunal considera útil obtener información de ese gobierno. Teniendo en cuenta asimismo el Artículo 27 del Convenio del CIADI, arriba citado, y el hecho de que los Países Bajos no son parte en este arbitraje, el Tribunal también cree que esas preguntas deben ser específicas y de alcance limitado, encaminadas a obtener información que respalde las posiciones hermenéuticas de aplicación general, en lugar de las relacionadas exclusivamente con determinado caso. El Tribunal se considera facultado para obtener esta información en virtud de lo dispuesto por la Regla 34 de las Reglas de Arbitraje del CIADI.

En tercer lugar, el Tribunal preguntó:

Teniendo en cuenta todos esos factores, el Tribunal toma nota de que las respuestas escritas a las preguntas de los legisladores, resumidas [en la carta] y cuyo texto completo se adjunta, no enuncian de por sí razones de aplicación general. Si la declaración del Gobierno de los Países Bajos por la que éste responde a las preguntas de los legisladores del 18 de abril de 2002 refleja la posición hermenéutica de aplicación general del gobierno de los Países Bajos, el Tribunal solicita a éste que le proporcione información (del tipo indicado por los Artículos 31 y 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados como posiblemente pertinente), en que se base esa posición.

259. Tal como se señala en el párrafo 49, el Tribunal recibió el 14 de diciembre de 2004 una carta de respuesta del Sr. Lammers, fechada el 29 de octubre de 2004, a la que se adjuntaba un documento titulado "Interpretación el Acuerdo sobre Promoción y Recíproca Protección de Inversiones entre la República de Bolivia y el Reino de los Países Bajos, suscrito el 19 de marzo de 1992 y que entró en vigor el 1 de noviembre de 1994".

260. Ante todo, el Tribunal observa que el documento adjunto a la carta del Sr. Lammers sólo contenía

²³⁰ *Ibíd.*

comentarios de carácter general, que pueden ser útiles para la tarea de confirmar una interpretación basada en el Artículo 32 ("medios de interpretación complementarios") de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, pero no proporcionan al Tribunal información alguna del tipo indicado por el Artículo 31 de dicha Convención como posiblemente pertinente, y en la que pueda basarse una posición hermenéutica general. Por lo tanto, el Tribunal no ha utilizado este documento para llegar a la decisión adoptada.

261. Segundo, el Tribunal observa que, en la carta de presentación de su respuesta, el Sr. Lammers señala que las contestaciones dadas por el Gobierno holandés a la serie de preguntas de los legisladores se basaron en información periodística que, a la fecha en que se proporcionaron las contestaciones, "puede no haber sido exacta"²³¹.

262. Dadas esas dos observaciones, el Tribunal no encuentra una "práctica ulteriormente subsiguiente... por la cual conste el acuerdo de las partes" acerca de la interpretación del TBI. Además, la respuesta de los Países Bajos no contiene información adicional del tipo indicado por el Artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados que pueda ser pertinente y en la que pueda basarse una posición hermenéutica general.

263. La tercera y última observación del Tribunal es que evidentemente no se le ha presentado, ni por lo tanto tiene por qué considerar, la situación en que los dos Estados Partes de un TBI expresen la posición de que un tribunal es incompetente para entender en determinada controversia sometida a su consideración. La incongruencia entre, por una parte, la primera y la segunda de las respuestas del Gobierno de los Países Bajos, y, por otra parte, la tercera respuesta de ese gobierno por lo otro, y la referencia, evidentemente inexacta, que aparece en esta última, a las dos primeras respuestas, no refleja con ninguna claridad, a juicio del Tribunal, la posición de que el TBI no sea aplicable al caso de autos²³². Además, y de todos modos, el Tribunal hace hincapié, sin embargo, en su firme opinión de que es el Tribunal, y no las Partes Contratantes, quien debe pronunciarse sobre su competencia.

Conclusión en cuanto al significado de la frase "controladas directa o indirectamente"

264. El Tribunal, por mayoría, concluye que la frase "controladas directa o indirectamente" significa que pueda predicarse de una entidad que controla a otra (ya sea directamente, es decir sin que exista una

²³¹ Véase carta del 29 de octubre de 2004, dirigida por Johan Lammers, abogado del Ministerie van Buietenlanse Zaken, a David Caron, presidente del Tribunal.

²³² La mayoría del Tribunal admite que las dos primeras respuestas del Gobierno holandés reflejan adecuadamente su opinión o intención, que es compatible con la opinión del Tribunal de que es éste el que debe fallar sobre su competencia. Corresponde al Tribunal arbitral determinar, en las circunstancias de hecho específicas del caso, si un

entidad intermediaria, o indirectamente) si tal entidad posee capacidad jurídica para controlar a la otra entidad. Con sujeción a la prueba de la existencia de restricciones especiales para el ejercicio de derechos de voto, esa capacidad jurídica debe establecerse en relación con el porcentaje de acciones que se poseen. En el caso de un accionista minoritario, la capacidad jurídica de controlar a una entidad puede existir en virtud del porcentaje de acciones poseídas, de los derechos jurídicos transferidos en instrumentos o acuerdos tales como convenios constitutivos o acuerdos de los accionistas, o de una combinación de esos factores. A juicio del Tribunal, el TBI no exige un control real cotidiano o final para que se configure lo requerido por la expresión "controladas directa o indirectamente" contenida en el Artículo 1(b)(iii). El Tribunal observa que no le compete determinar todas las formas que podría asumir ese control y concluye, por mayoría, que en las circunstancias del caso de autos, en que una entidad posee capital accionario mayoritario y es propietaria de la mayoría de los derechos de voto, existe un control como el referido en la frase operativa "controladas directa o indirectamente".

265. En su declaración, el árbitro José Luis Alberro-Semerena expresa su disenso con respecto a la decisión del Tribunal sobre la interpretación que ha de darse a la frase "controladas directa o indirectamente". La diferencia entre la mayoría y el árbitro discorda con respecto a la solicitud de producción de documentos formulada por el Demandado es consecuencia directa de la diferencia de sus posiciones en cuanto a la interpretación de esa frase.

Confirmación de la interpretación de la frase "controladas directa o indirectamente"

266. El Tribunal procede a realizar un análisis del Artículo 32 para confirmar su interpretación de la frase "controladas directa o indirectamente", y para ello examina:

- a. La historia de las negociaciones del TBI
- b. La jurisprudencia referente al Artículo 25(2) del Convenio del CIADI
- c. El contenido de otros laudos arbitrales referentes al concepto de "control"
- d. La práctica general de ambos países en relación con el TBI

267. El Tribunal tiene presente que el Demandado acude a muchas de esas mismas fuentes para confirmar su interpretación de la frase "controladas directa o indirectamente" o porque cree que la interpretación ofrecida por el Demandante es "manifiestamente absurda o carente de razonabilidad" (traducción informal).

La historia de las negociaciones del TBI

inversionista ésta comprendido en el ámbito de un tratado bilateral de inversiones.

268. En la Orden Procesal No. 1, el Tribunal dispuso "que ambas partes presenten las pruebas de que dispongan con respecto a la interpretación y práctica que el Reino de los Países Bajos y la República de Bolivia han dado a las partes pertinentes del Tratado Bilateral sobre Inversiones".

269. El Demandante presentó pruebas consistentes en un informe pericial y una declaración pericial del Dr. Nico Schrijver, profesor de Derecho Internacional Público de la Universidad Libre de Amsterdam y miembro del Comité Asesor sobre Cuestiones de Derecho Internacional del Ministerio de Relaciones Exteriores de los Países Bajos. El Demandado presentó pruebas consistentes en argumentos orales. Pese a esos esfuerzos, son escasas las pruebas que posee el Tribunal sobre la historia de las negociaciones del TBI.

270. Los Países Bajos y Bolivia suscribieron el TBI el 10 de marzo de 1992; el tratado entró en vigor el 1 de noviembre de 1994²³³.

271. El Gobierno holandés presentó una Nota Aclaratoria ante su Parlamento tras la negociación del TBI, señalando que en él se prevén:

[G]arantías... con respecto a la expropiación de una inversión y posibles controversias que pueden ser objeto de arbitraje internacional neutral²³⁴.

272. En esa nota, el Gobierno holandés se limita a formular breves comentarios que se refieren, en especial, a dos diferencias de texto con respecto al TBI Modelo de los Países Bajos. Primero, en el Artículo 1 se sustituye la expresión "obtención de recursos naturales" por "explotación de recursos naturales". Segundo, en el Artículo 9 se señala que Bolivia aún no era un Estado Parte del CIADI, por lo cual en ese artículo se agregaban referencias a un arbitraje *ad hoc*.

273. En su presentación oral, el Demandado resumió su interpretación del tratado, sosteniendo que éste permite "a entidades bolivianas controladas por nacionales de los Países Bajos promover que el CIADI ejerza su jurisdicción"²³⁵ (traducción informal).

274. En consecuencia, esta escueta historia de las negociaciones poco agrega con respecto al significado de los aspectos del TBI considerados, que en particular ni confirma ni desmiente la interpretación del Tribunal.

²³³ Lista de acuerdos relativos a la promoción y protección recíproca de inversiones del Reino de los Países Bajos en dictamen pericial sobre la práctica holandesa, profesor Nico J. Schrijver, pág. 22 (Documento B, anexo al Mem. Dte.).

²³⁴ *Ibíd*, párrafo 24, nota al pie de página 18.

²³⁵ Declaración del abogado del Demandado, Alexandre de Gramont (10 de febrero de 2004), pág. 124, renglones 15 a 17.

La jurisprudencia referente al Artículo 25(2) del Convenio del CIADI

275. El Artículo 25(2)(b) del Convenio del CIADI refiere a la cuestión de la jurisdicción que atañe al procedimiento de autos. En lo pertinente, ese artículo establece:

(2) Se entenderá como "nacional de otro Estado Contratante":

. . . .

(b) toda persona jurídica que. . . las partes hubieren acordado atribuirle tal carácter, a los efectos de este Convenio, *por estar sometidas a control extranjero*. (Destaque agregado).

276. Para aclarar el significado de la expresión "controladas directa o indirectamente" que contiene el TBI, las Partes hacen referencia a diversos laudos de tribunales y opiniones doctrinarias, así como a trabajos preparatorios del Convenio del CIADI con respecto al uso de la frase "control extranjero" en su Artículo 25(2)(b).

277. Comprender en qué medida el Convenio del CIADI reviste importancia para un arbitraje iniciado en el marco de un TBI aclara por qué la interpretación del término "control" que aparece en el Artículo 25(2)(b) puede afectar o no a la interpretación del término "controladas" que figura en el TBI.

278. El TBI Países Bajos-Bolivia contiene la oferta de cada uno de esos países, a nacionales de la otra parte definidos como tales, de que determinadas controversias se sometan a arbitraje del CIADI. Para aceptar esa oferta, el reclamante debe presentar una solicitud de arbitraje. Este Tribunal es establecido conforme al Convenio del CIADI, y su competencia se encuentra limitada por el Convenio del CIADI, según lo establecido en el Artículo 25, este Tribunal, por lo tanto, debe establecer si la controversia que le ha sido presentada en el marco del TBI cumple los requisitos de competencia definidos por el referido Artículo 25²³⁶. Los Estados Partes del TBI pueden tratar de incluir todo tipo de diferencias. Pero cuando se intenta hacer competente al CIADI, que es una institución regulada por un instrumento independiente, en las controversias que surjan en el marco de su TBI, la gama de las diferencias que pueden someterse al Centro se limita necesariamente a las que cumplen los requisitos en materia de competencia definidos en el Artículo 25²³⁷.

²³⁶ El párrafo 25 del Informe de los Directores Ejecutivos sobre el Convenio del CIADI, del 18 de marzo de 1965, establece:

Aunque el consentimiento de las partes constituye un requisito previo esencial para dar jurisdicción al Centro, *el mero consentimiento no es suficiente para someter una diferencia a su jurisdicción*. En concordancia con la finalidad del convenio, la jurisdicción del Centro resulta además limitada por la naturaleza de la diferencia y de las partes. (Destaque agregado).

²³⁷ En el caso *Vacuum Salt Products Ltd. c/ la República de Ghana*, Laudo del 16 de febrero de 1994, 9 ICSID REV. - FILJ (1994), 4 ICSID REP. 329 (1997), el tribunal señaló que "[l]a referencia contenida en el Artículo 25(2)(b) a

279. La imagen del Artículo 25 del Convenio del CIADI como cerrojo en materia de jurisdicción deja en claro que la jurisprudencia referente al concepto de "control extranjero" que contiene el Artículo 25 (2) (b) reviste muy escasa utilidad para la interpretación del TBI.

280. El Artículo 1(b)(iii) representa un acuerdo entre Bolivia y los Países Bajos de tratar a una persona jurídica de uno de esos países como nacional del otro si es "controlada, directa o indirectamente" por nacionales de ese otro país. La cuestión consiste en establecer si esa definición de control que contiene el TBI hace que las controversias enmarcadas en ese tratado cumplan los requisitos del Artículo 25 referentes a la jurisdicción. En ese contexto, no es para nada sorprendente que los trabajos preparatorios, los comentarios y los laudos arbitrales referentes a la frase "control extranjero" que figura en el Artículo 25 lleven a pensar que el concepto de "control extranjero" es "flexible", tal que definiciones razonables que aparezcan en los instrumentos de referencia puedan cumplir los requisitos previstos en materia de jurisdicción.

281. Así, el profesor Schreuer señala que, en tanto sean razonables, deben aceptarse las definiciones nacionales y basadas en tratados:

Las definiciones de nacionalidad de sociedades contenidas en la legislación nacional o en tratados en que se prevea la jurisdicción del CIADI serán determinantes para establecer si se han cumplido los requisitos de nacionalidad del Artículo 25(2)(b). Esas definiciones forman parte del marco jurídico en virtud del cual el Estado de destino de la inversión acepta la jurisdicción del Centre y, una vez aceptadas por escrito por el inversionista, pasan a integrar el acuerdo sobre el consentimiento de las partes. Por lo tanto, toda *definición razonable* de la nacionalidad de personas jurídicas contenida en la legislación nacional o en un tratado debe ser aceptada por una comisión p tribunal del CIADI²³⁸.

282. El Demandado parece alegar que "la definición de 'control' contenida en el Tratado Bilateral de Inversiones coincidiría en extensión con la definición prevista en la Convención del CIADI, haciendo hincapié en que el control es un "elemento objetivo que debe determinar el Tribunal"²³⁹ (traducción informal). El Demandante sostiene que el Artículo 25(2)(b) y la definición de control que aparece en el TBI no tienen la misma extensión, y que las Partes tenían flexibilidad y "latitud para definir 'control' en el TBI a los efectos del Artículo 25(2)(b) del Convenio del CIADI" en tanto lo acordado fuera razonable²⁴⁰.

'control extranjero' necesariamente establece un límite *objetivo* del Convenio, más allá del cual el CIADI no tiene jurisdicción, por lo cual las partes no tiene la potestad de invocarla, por mucho que lo deseen". *Ibid.*, párrafo 36 (destaque agregado). Sin embargo, aunque existe un límite objetivo, el Tribunal debe asimismo proceder de manera flexible, para que las partes puedan establecer de común acuerdo la definición de "control extranjero".

²³⁸ Schreuer, párrafo 481, pág. 286 (destaque agregado) (se omiten las citas internas).

²³⁹ Mem. Contest. Ddo., pág. 55, párrafos 113 y 114.

²⁴⁰ Mem. Dte., pág. 18, párrafo 57; Dúp. Dte., pág. 37, párrafo 105; Declaración del abogado de AdT, Robert Volterra (10 de febrero de 2004), pág. 281, renglones 13 a 17.

283. La historia de la redacción del Artículo 25, así como laudos arbitrales y comentarios doctrinarios, indican, sin embargo, que los redactores del Artículo 25 deseaban establecer una definición flexible de "control", no porque consideraran que la determinación de ese concepto requiriera un amplio margen de investigaciones, sino porque —reconociendo la función de cerrojo que cumpliría el Artículo 25— debía darse cabida a una amplia gama de acuerdos entre las partes con respecto al significado de la frase "control extranjero".

284. Según Aron Broches, presidente de las reuniones consultivas para la negociación del Convenio del CIADI y Consejero jurídico general del Banco Mundial, y posteriormente primer Secretario General del CIADI, durante el proceso de redacción se "abandonó" el intento de establecer una definición rigurosa de "control extranjero", decidiéndose que "debía procurarse. . . brindar a las partes las más amplias facultades para determinar en qué circunstancias una compañía podría ser tratada como `nacional de otro Estado Contratante'"²⁴¹

285. A juicio del Tribunal, ni el Demandante ni el Demandado han puesto en tela de juicio, al interpretar el Artículo 1 del TBI, que éste representa un acuerdo con respecto a qué "control extranjero" cumple el requisito de flexibilidad y deferencia previsto en el Artículo 25(2).

286. Por las razones que anteceden, el Tribunal no cree que la jurisprudencia referente a la frase "control extranjero" contenida en el Artículo 25(2)(b) ayude al Tribunal a interpretar el Artículo 1(b)(iii) del TBI

El contenido de otros laudos arbitrales referentes a "control"

287. Tanto AdT como Bolivia llaman la atención del Tribunal sobre diversas decisiones y laudos del

²⁴¹ Aron Broches, *The Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States*, 136 RECUEIL DES COURS 331, 360 (1972-II); véase también *Aucoven*, *supra*, nota 217:

96. ... [E]l consentimiento en y por sí mismo no es suficiente para garantizar el acceso al Centro. En efecto, en el Artículo 25 del Convenio del CIADI se establecen otros requisitos objetivos que se deben cumplir además del consentimiento. A saber: . . . En el caso de que el inversionista sea una persona jurídica constituida de acuerdo con las leyes del Estado receptor de la inversión, las partes deben convenir en que atribuirán a la persona jurídica constituida localmente, en razón del "control extranjero", el carácter de "nacional" de otro Estado Contratante a los efectos del Convenio.

97. El Convenio no contiene ninguna definición de esos requisitos objetivos. Los redactores del Convenio se abstuvieron deliberadamente de definir las expresiones. . . "control extranjero". ... [P]refirieron otorgar amplias facultades a las partes para que ellas mismas proporcionaran una definición, siempre que los criterios convenidos entre las partes fuesen razonables y no totalmente inconsistentes con los fines del Convenio.

Aucoven, párrafos 96 y 97 (se omiten las citas).

CIADI en relación con los criterios examinados por los tribunales para determinar el concepto de "control".

288. El Tribunal concluye que muchos de los laudos citados no guardan relación con la cuestión planteada en este arbitraje, ya que los hechos de los casos respectivos no se refieren a un accionista mayoritario, sino minoritario. En especial, aunque en algunos de esos casos los tribunales tuvieron ante sí la cuestión del control y consideraron en cierta medida pruebas de control real, no resulta claro el que esas pruebas se hayan evaluado porque el tribunal considerara el ejercicio de poder u orientación como prueba de control, o si se examinó ese control real en cuanto demostrativo de capacidad de un accionista minoritario de ejercer control. Análogamente, el Tribunal toma nota de que, al parecer, los demandantes de esos casos presentaron esas pruebas de control real; aunque tampoco resulta claro que lo hayan hecho porque creyeran que el ejercicio de potestades o de orientación era la prueba del control o porque esos actos ponían de manifiesto su capacidad, como accionistas minoritarios, de controlar a la sociedad. Por lo tanto, el Tribunal concluye que el hecho de que los demandantes de los casos que dieron lugar a esos diversos laudos fueran accionistas minoritarios representa una diferencia esencial. Los tribunales de esos diversos casos no tuvieron necesidad de distinguir, como lo hace este Tribunal, entre capacidad de controlar y ejercicio del control. Careciendo de acceso a la totalidad de los expedientes de esos casos, el Tribunal no cree posible evaluar su significación para el arbitraje de autos.

La práctica general de ambos países con respecto al TBI

289. En la Orden procesal No. 1, el Tribunal solicitó "que ambas partes [presentaran] las pruebas de que [dispusieran] con respecto a la interpretación y práctica que el Reino de los Países Bajos y la República de Bolivia han dado a las partes pertinentes del Tratado Bilateral de Inversiones, en otros tratados bilaterales de inversiones que han celebrado y en aspectos pertinentes de prácticas afines, por ejemplo la de la protección diplomática".

290. Tanto los Países Bajos como Bolivia han celebrado TBI con otros Estados. Las Partes presentaron al Tribunal muchos de esos tratados y expusieron argumentos orales en cuanto a la posible significación de esos acuerdos en relación con la cuestión de interpretación planteada en el caso de autos. Entre otras cosas, presentaron dos volúmenes, que contienen, además del TBI Países Bajos-Bolivia, siete TBI celebrados por Bolivia y 29 celebrados por los Países Bajos. Esos TBI no agotan la lista de los tratados de esta naturaleza celebrados por las partes. En la audiencia de febrero de 2004 el Tribunal señaló que bastaba con que las partes presentaran los TBI "mencionados específicamente"²⁴² (traducción informal).

291. La práctica de un Estado en relación con la conclusión de TBI distintos del TBI al que se refiere

²⁴² Declaración del árbitro Álvarez (11 de febrero de 2004), pág. 548, renglones 14 a 17.

una controversia no influye directamente sobre la tarea interpretativa prevista en el Artículo 31 de la Convención de Viena. El hecho de que el contenido de los TBI celebrados por cierto Estado pueda representar una tendencia no significa que determinado TBI celebrado por ese Estado deba entenderse como necesariamente representativo de esa tendencia, y no una excepción a la misma.

292. En cambio puede ser útil considerar la práctica de un Estado en lo referente a la negociación de los TBI, para verificar las aseveraciones de las Partes en cuanto a las políticas generales de Bolivia o de los Países Bajos en relación con los TBIs, así como los supuestos que pueda adoptar un tribunal con respecto a esos tratados.

293. Más pertinentes para evaluar la práctica de un Estado que pueda haber influido en el TBI Países Bajos-Bolivia de 1992 resultan los TBIs negociados contemporáneamente, es decir, a principios de la década de los noventa.

Práctica de los Países Bajos

294. Según una fuente del Gobierno holandés, los Países Bajos promovieron negociaciones de TBI con otros países a fin de:

Crear un marco de normas referentes al tratamiento de inversiones que pudieran invocar directamente los inversionistas. Elaborar sistemas en forma de tratados ofrece a los inversionistas la seguridad de que durante el término del tratado las inversiones realizadas en el territorio del otro país gozarán de protección. . . Un tratado no puede ser modificado unilateralmente por una de las partes; en cambio, cualquiera de ellas puede modificar en cualquier momento una ley²⁴³.

En otra declaración, el Gobierno holandés describe los TBIs señalando que proporcionan garantías de que las controversias sobre inversiones extranjeras, incluidas "las referentes a expropiaciones", puedan ser "sometidas a arbitrajes internacionales neutrales"²⁴⁴.

295. Entre 1991 y 1994 (el período que resulta más pertinente para el caso de autos), además del TBI celebrado con Bolivia, los Países Bajos celebraron TBI principalmente con países en desarrollo o en transición, tales como Albania, Argentina, Bangladesh, Cabo Verde, Estonia, Hong Kong, Indonesia, Jamaica, Letonia, Nigeria, Paraguay, Perú, Polonia, Repúblicas Federales Checa y Eslovaca, Rumania,

²⁴³ "Investeringsbeschermingsovereenkomst" (Nota sobre un Acuerdo de Protección de Inversiones), Ministerio de Asuntos Económicos de los Países Bajos, en www.minez.nl, citado y traducido en el dictamen pericial sobre la práctica holandesa del profesor Nico J. Schrijver, párrafo 10 (Documento B, anexo al Mem. Dte.).

²⁴⁴ Nota aclaratoria de los Países Bajos, en el dictamen pericial sobre la práctica holandesa del profesor Nico J. Schrijver, párrafo 24, nota al pie 18.

Ucrania, Venezuela y Vietnam. El Tribunal no posee el texto de los TBI celebrados por los Países Bajos con Cabo Verde, Hong Kong, Indonesia, Paraguay y Vietnam, pero los 13 TBIs restantes y el TBI Modelo de los Países Bajos elaborado en 1993 proporcionan ciertas bases para examinar la práctica observada por los Países Bajos.

296. El Tribunal observa que muchos TBI celebrados por los Países Bajos entre 1991 y 1994 —aunque no todos— se guían por la terminología y la estructura del TBI Modelo de los Países Bajos²⁴⁵. En casi todos esos tratados, por ejemplo, se utiliza el texto del título y el preámbulo del TBI Modelo²⁴⁶. Un hecho que reviste especial importancia para las presentes actuaciones es que el TBI Modelo de los Países Bajos define "nacionales" en los siguientes términos:

(b) el término "nacionales" comprenderá, en relación con cualquiera de las Partes Contratantes:

(i) a las personas físicas que posean la nacionalidad de esa Parte Contratante

(ii) a las personas jurídicas constituidas en el marco de la legislación de la Parte Contratante

(iii) a las personas jurídicas no constituidas en el marco de la legislación de la Parte Contratante, pero controladas, directa o indirectamente, por personas naturales comprendidas en la definición de (i) o por personas jurídicas comprendidas en la definición de (ii), *supra*...²⁴⁷

El Tribunal toma nota de que el lenguaje de la cláusula (b)(iii) es más amplio, desde el punto de vista geográfico, que el de la cláusula paralela contenida en el TBI mutuamente celebrado por los Países Bajos y Bolivia. En el TBI Modelo, la definición de "nacional" comprende no sólo a entidades existentes en el Estado que recibe la inversión y controladas por nacionales del otro Estado, sino también a entidades sometidas a ese control, sea cual fuere el lugar en que se encuentren.

297. En cinco de los 13 TBIs contemporáneos examinados por el Tribunal se utilizan exactamente los

²⁴⁵ El TBI modelo establece que los intereses de inversiones deben recibir un "tratamiento justo y equitativo" (Acuerdo Modelo de los Países Bajos, Artículo 3) y gozar de protección frente a expropiaciones directas e indirectas (Acuerdo Modelo de los Países Bajos, Artículo 6). Además, "toda controversia jurídica que se plantee entre esa Parte Contratante y un nacional del otro Estado Contratante con respecto a una inversión de ese nacional en el territorio del primer Estado Contratante" puede ser sometida al CIADI para que se resuelva mediante "conciliación o arbitraje". (Acuerdo Modelo de los Países Bajos, Artículo 9.)

²⁴⁶ El TBI Modelo de los Países Bajos se titula "Acuerdo sobre la Promoción y Recíproca Protección de Inversiones" e incluye un preámbulo que establece el interés común de las partes de "ampliar e intensificar las relaciones económicas entre ellos, en particular con respecto a las inversiones por parte de nacionales de una Parte Contratante en el territorio de la otra Parte Contratante", y garantizar un "tratamiento justo y equitativo a las inversiones". En el preámbulo de los TBI celebrados con Jamaica y Polonia no se hace referencia a un "tratamiento justo y equitativo a las inversiones".

²⁴⁷ Acuerdo Modelo de los Países Bajos, Artículo 1 (b).

mismos términos que en el TBI Modelo de los Países Bajos para definir "nacionales"²⁴⁸. En otros cuatro de los 13 TBIs negociados entre 1991 y 1994 se hace hincapié en el carácter ampliamente abarcativo desde el punto de vista geográfico y de la aplicación de esos tratados²⁴⁹. En ellos no se utiliza el lenguaje del TBI Modelo, sino que se sustituye la frase "no constituidas en el marco de la legislación de la Parte Contratante" por otra igualmente amplia: "sea cual fuere el lugar en que se encontraren"²⁵⁰. En un TBI celebrado con Ucrania en 1994 se utiliza un lenguaje idéntico al del TBI Modelo, pero se elimina la referencia a controlada "directa o indirectamente". Así pues, en 10 de los TBIs se utiliza la definición amplia de "nacionales" contenida en el TBI Modelo.

298. Los tres TBIs restantes difieren del TBI Modelo en varios aspectos en cuanto a la definición de "nacional". Como ya se señaló, el Tribunal reconoce la necesidad de evaluar cuidadosamente esas diferencias.

299. Primero, un TBI celebrado con Rumania en 1994 contiene un lenguaje idéntico al del TBI Modelo, salvo en cuanto a que incluye también la frase "de propiedad de":

(b)(iii) las personas jurídicas de propiedad de, o controladas, directa o indirectamente por, personas físicas comprendidas en la definición de (i) o por personas jurídicas comprendidas en la definición de (ii), *supra*²⁵¹.

El Tribunal no conoce las razones por las cuales los Estados Partes incluyeron la frase "de propiedad de". Dada la opinión del Tribunal de que el vocablo "controladas", en el contexto de la definición del círculo de demandantes legitimados, necesariamente se usa, no como alternativa a la frase "de propiedad de", sino para indicar un atributo de la titularidad accionaria, el Tribunal considera que esa disposición significa "de propiedad de [probada a través de la titularidad accionaria mayoritaria] o controlada por [probado a través de la propiedad minoritaria aunada a derechos de voto]". No obstante, nada indica por qué se incluyó en esta disposición la frase "de propiedad de", y el Tribunal no encuentra ninguna respuesta en el texto de este TBI.

300. Segundo, el TBI Países Bajos-República Checa y Eslovaca celebrado en 1991, en lugar de definir a los "nacionales", define a los "inversionistas", en forma amplia, como nacionales o personas jurídicas

²⁴⁸ TBI Países Bajos-Albania (1994), TBI Países Bajos-Estonia (1992), TBI Países Bajos-Letonia (1994), TBI Países Bajos-Nigeria (1992) y TBI Países Bajos-Venezuela (1991).

²⁴⁹ TBI Países Bajos-Bangladesh (1994), TBI Países Bajos-Jamaica (1991), TBI Países Bajos-Perú (1994) y TBI Países Bajos-Polonia (1992).

²⁵⁰ En el caso de Jamaica, no se utiliza la expresión "personas jurídicas" sino que se hace referencia a "sociedades, empresas o asociaciones".

²⁵¹ TBI Países Bajos-Rumania (1994), Artículo 1.

constituidas conforme a la ley de cualquiera de las Partes Contratantes:

- (b) el término "inversionista" comprenderá
 - i. a las personas físicas que tengan la nacionalidad de una de las Partes Contratantes conforme a la ley;
 - ii. a las personas jurídicas constituidas conforme a la ley de alguna de las Partes Contratantes²⁵² (traducción informal).

En una presentación oral, el Demandante hizo referencia a este TBI y a las actas acordadas entre la República Checa y los Países Bajos, fechadas el 30 de octubre de 2001, como ejemplo de la política holandesa según la cual las modificaciones de los TBIs, a diferencia de las aclaraciones del texto de los mismos, deben realizarse mediante enmiendas²⁵³. El Demandado alegó que no es pertinente tener en cuenta esa práctica para interpretar el TBI Países Bajos-Bolivia²⁵⁴. El Tribunal coincide con el Demandado y no cree que este TBI ayude a comprender la práctica de los Países Bajos en cuanto pueda incidir sobre el TBI Países Bajos-Bolivia.

301. Tercero, el TBI Países Bajos-Argentina, celebrado en 1992, contiene una definición de "inversionista" que comprende, en relación con cualquiera de las Partes Contratantes, a:

- i. las personas físicas que posean la nacionalidad de esa Parte Contratante, de conformidad con su legislación;
- ii. sin perjuicio de las disposiciones del apartado iii), las personas jurídicas constituidas de conformidad con la legislación de esta Parte Contratante y con actividades económicas reales conforme con las leyes vigentes en cualquier parte del territorio de esa Parte Contratante en la cual está situado un lugar de administración efectiva; y
- iii. las personas jurídicas, donde quiera que se encuentren localizadas, controladas, directa o indirectamente, por nacionales de esa Parte Contratante²⁵⁵.

En la sección (iii) se utiliza el mismo lenguaje que en los TBI celebrados con Bangladesh, Jamaica, Perú y Polonia, y, conforme al análisis ya realizado, se aplica un criterio geográfico amplio para definir "inversionistas".

²⁵² TBI Países Bajos-Repúblicas Checa y Eslovaca, Artículo 1(b).

²⁵³ Declaración del perito del Demandante, profesor Schrijver (10 de febrero de 2004), págs. 315 y 316, renglones 20 a 21,1 a 5.

²⁵⁴ Declaración del abogado del Demandado, Dana Contralto (10 de febrero de 2004), pág. 424, renglones 8 a 13.

²⁵⁵ TBI Países Bajos-Argentina, Artículo 1 (b).

302. El Tribunal toma nota de que, a diferencia de lo que ocurre en los otros TBI arriba descritos, los Países Bajos y Argentina celebraron un Protocolo adicional que indica que el vocablo "control" debe entenderse a la luz de criterios objetivos claros. El Protocolo establece:

Con referencia al Artículo 1, párrafo (b)(iii) la Parte Contratante en cuyo territorio las inversiones tienen lugar puede solicitar la prueba del control invocado por los inversores de la otra Parte Contratante. Los hechos siguientes pueden ser, entre otros, aceptados como evidencia del control:

- i. el carácter de filial de una persona jurídica de la otra Parte Contratante;
- ii. la participación directa o indirecta en el capital de una sociedad mayor del 49% o la posesión directa o indirecta de los votos necesarios para obtener una posición dominante en las asambleas o en los órganos de la sociedad²⁵⁶.

303. El Demandante alega que el lenguaje más restrictivo del Artículo 1 del Protocolo del TBI Países Bajos-Argentina "se insertó por iniciativa de Argentina"²⁵⁷. El Demandado sostiene que la definición de "controlada" contenida en el Protocolo está destinada, para los fines de los inversionistas argentinos y holandeses, "a aclarar que la prueba del control o titularidad de la mayoría de acciones con derecho de voto puede constituir control"²⁵⁸ (traducción informal). El Tribunal observa que la definición de "controlada" que aparece en el Protocolo es fácil de administrar, basándose en criterios fácilmente verificables, tales como participación accionaria y derechos de voto.

Práctica de Bolivia

304. Entre 1991 y 1994, Bolivia, además del TBI celebrado con los Países Bajos, celebró sendos TBI con Perú y con Argentina.

305. En el TBI celebrado con Perú en 1993, la definición de "nacionales" comprende a compañías "controladas, directa o indirectamente, por nacionales" de una Parte Contratante²⁵⁹. El Tribunal toma nota de que ese TBI, suscrito en 1993, es, en lo sustancial, muy similar al TBI Bolivia-Países Bajos²⁶⁰.

²⁵⁶ Protocolo al TBI Países Bajos-Argentina, Sección B.

²⁵⁷ Dictamen pericial sobre la práctica holandesa, profesor Nico J. Schrijver, párrafo 18, Apéndice 46, anexo al Mem. Dte.; Declaración del perito del Demandante, profesor Schrijver, 10 de febrero de 2004, pág. 306, renglones 12 a 18 "[E]llas (las cláusulas restrictivas) siempre se insertan ante la insistencia de Estados partes, porque, como surge del TBI Modelo de los Países Bajos y de la mayoría de los Tratados Bilaterales de inversiones celebrados por los Países Bajos, no se trata de una línea de política propia de ese país, sino que obedece, naturalmente, a que todo TBI implica concesiones recíprocas".

²⁵⁸ Declaración oral del abogado de Bolivia, Dana Contralto (10 de febrero de 2004), pág. 423, renglones 4 a 8.

²⁵⁹ TBI Bolivia-Peru, Sección 4(b).

²⁶⁰ El lenguaje contenido en la cláusula 4(b) del TBI Bolivia-Perú presenta un escenario disyuntivo. El concepto de

306. El TBI Bolivia-Argentina, suscrito en 1994, requiere que un inversionista esté "efectivamente controlado" por inversionistas de la otra Parte Contratante²⁶¹. El texto establece:

(2) El término "inversor" designa:

- a) toda persona física que sea nacional de una de las Partes Contratantes, de conformidad con su legislación;
- b) toda persona jurídica constituida de conformidad con las leyes y reglamentaciones de una Parte Contratante y que tenga su sede en el territorio de dicha Parte Contratante independientemente de que su actividad tenga o no fines de lucro;
- c) toda persona jurídica establecida de conformidad con la legislación de cualquier país que esté efectivamente controlada por inversores de la otra Parte Contratante²⁶².

307. El término "efectivamente controlada" se define además en un Protocolo y es muy similar al del Protocolo Países Bajos-Argentina. Específicamente, el Protocolo Bolivia-Argentina establece:

II. Adendum Artículo 1, apartado (2), inciso c).

Se podrá solicitar a las entidades jurídicas mencionadas en el Artículo I, apartado (2), inciso c) que quieran prevalerse del presente Convenio que aporten la prueba de dicho control. Se aceptarán como prueba, entre otros, los siguientes hechos:

- (1) El carácter de filial de una entidad jurídica constituida según la legislación de esa Parte Contratante.
- (2) Un porcentaje de participación directa o indirecta en el capital de una entidad jurídica que permita un control efectivo tal como, en particular, una participación en el capital superior a la mitad.
- (3) La posesión directa o indirecta de la cantidad de votos que permita tener una posición determinante en los órganos societarios o de influir de manera decisiva en el funcionamiento de la entidad jurídica²⁶³.

308. El Demandado alega que la expresión "efectivamente controlada", utilizada para definir a un nacional, difiere del vocablo "controlada", porque implica una "estructura de adopción de decisiones"²⁶⁴. El Tribunal no cree que esa distinción se refleje en la definición de "controlada" que figura en el Protocolo Países Bajos-Argentina o en el Protocolo Bolivia-Argentina.

nacionales comprende a "las sociedades constituidas de acuerdo con la legislación de esta parte contratante o que estén controladas, directa o indirectamente, por nacionales de la misma".

²⁶¹ TBI Bolivia-Argentina, Sección 2(c).

²⁶² TBI Bolivia-Argentina, Sección 2.

²⁶³ Protocolo del TBI Bolivia-Argentina.

309. Habiendo examinado la práctica de los Países Bajos y de Bolivia, el Tribunal señala cuatro cosas.

310. Primero, aunque seguido a menudo, el TBI Modelo de los Países Bajos no siempre ha sido aceptado sin modificaciones, como podrían llevar a pensar algunas imágenes comunes de negociaciones de tratados bilaterales de inversiones.

311. Segundo, el TBI Modelo de los Países Bajos y no menos de 10 de los 13 TBIs holandeses examinados contienen definiciones de "nacionales" al parecer más amplias que la que figura en el TBI Países Bajos-Bolivia.

312. Tercero, el Tribunal observa que el término "controlada" que aparece en el TBI Países Bajos-Argentina así definido por ambos Estados, en un Protocolo Adicional, haciendo referencia exclusiva al vocablo "control":

"Con referencia al Artículo 1, párrafo b iii) la Parte Contratante en cuyo territorio las inversiones tienen lugar puede solicitar la prueba del *control* invocado por los inversores de la otra Parte Contratante. Los hechos siguientes pueden ser, entre otros, aceptados como evidencia del *control*'. (Destaque agregado).

Análogamente, la expresión "efectivamente controlada" que aparece en el TBI Bolivia-Argentina se define en un Protocolo haciendo referencia exclusiva al vocablo "control":

"Se podrá solicitar a las entidades jurídicas mencionadas en el Artículo 1, apartado (2), inciso c) que quieran prevalecer del presente Convenio que aporten la prueba de dicho *control*'. (Destaque agregado).

Tal como lo estableció el Tribunal en el párrafo 233, que antecede, el uso del participio pasado de "control" no determina el sentido de la frase "controlada, directa o indirectamente". El Tribunal observa que en otros TBIs, tanto Bolivia como los Países Bajos definen la prueba de que una entidad está "controlada" haciendo referencia a "control", y no, por ejemplo, al "hecho de que el inversionista estuviera controlado". Esta práctica es congruente con la opinión del Tribunal de que no existe diferencia apreciable entre una compañía que está "controlada directa o indirectamente por otra compañía" y una compañía que esté "bajo el control directo o indirecto de" o "sujeta el control directo o indirecto de" otra compañía.

313. Cuarto, el Tribunal observa que el Protocolo del TBI Países Bajos-Argentina, al definir "controlada", y el Protocolo del TBI Bolivia-Argentina, al definir "efectivamente controlada", delinean una serie de factores objetivos para determinar quién es "nacional" o "inversionista" y quién no lo es. El

²⁶⁴ Declaración del abogado del Demandado, Dana Contratto (10 de febrero de 2004), pág. 427, renglones 17 a 20.

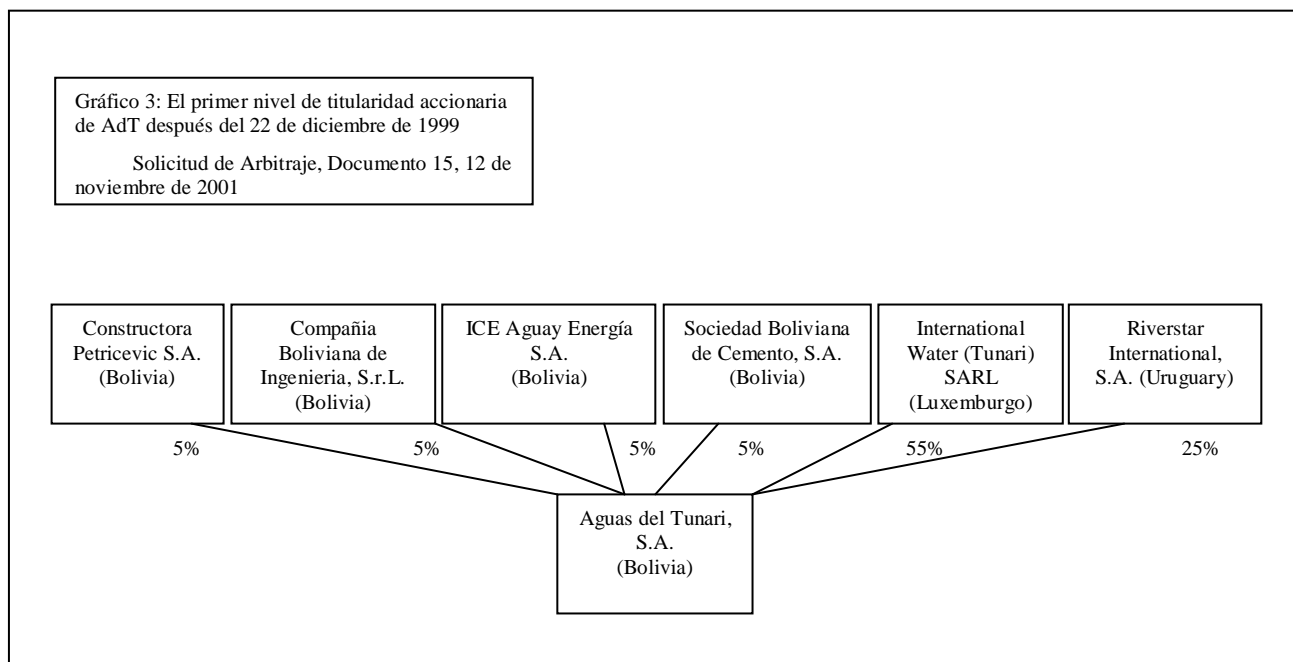
Tribunal, según lo establecido en el párrafo 247, que antecede, declaró que para avanzar hacia el objetivo de estimular la inversión se establecieron definiciones claras que, de esta forma, permiten a los potenciales inversionistas determinar si cierto TBI los ampara o no. El Tribunal se abstiene de especular, como cabría hacerlo, sobre las razones por las que se negociaron protocolos para el TBI Países Bajos-Argentina y para el TBI Bolivia-Argentina, pero no para el TBI Países Bajos-Bolivia. Sin embargo, toma nota de que el supuesto del Tribunal de que las partes-Estados tratarían de establecer definiciones con criterios claros para hacer previsible el alcance de los mecanismos de protección del TBI parece surgir del texto de los Protocolos.

314. El Tribunal concluye que la práctica de los Países Bajos y Bolivia en relación con los TBIs es necesariamente de escaso valor probatorio en relación con la tarea de interpretar el TBI mutuamente celebrado por esos dos países.

Aplicación de la interpretación: ¿AdT es "controlada directa o indirectamente" por IWH B.V. o por IWT B.V.?

315. Corresponde que el Tribunal determine si AdT es "controlada directa o indirectamente" por IWT B.V. o por IWH B.V., en el sentido en que el Tribunal interpreta esa frase.

316. El primer nivel de titularidad accionaria con respecto a AdT es el siguiente:

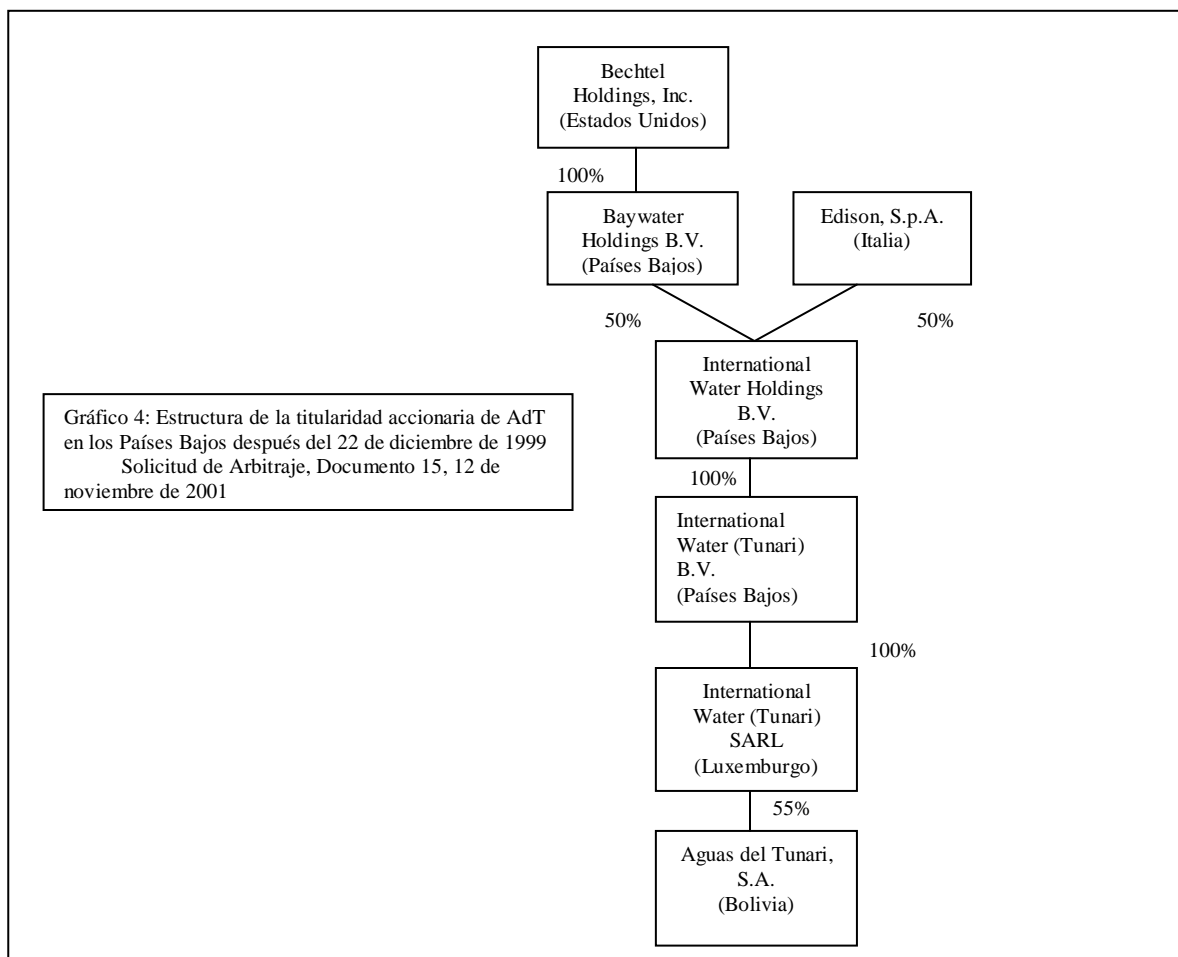


317. IW S.a.r.l., de Luxemburgo, es la titular del 55% de las acciones de AdT. El Artículo 15 del Convenio Constitutivo de AdT, titulado "Derechos de los Accionistas", establece: "[L]as acciones de la misma clase o serie proporcionarán iguales derechos y obligaciones. Cada acción ordinaria concede a su propietario el derecho de emitir un voto en la asamblea general"²⁶⁵. El Tribunal toma nota, al igual que el Demandado, que se requiere el voto de una mayoría de dos tercios de las acciones con derecho de voto de AdT para realizar determinados actos institucionales tales como: 1) adoptar el informe del Directorio, 2) autorizar el pago de dividendos u otras distribuciones con fondos de la compañía, 3) aprobar planes y presupuestos, y 4) determinar qué quórum se requiere para una reunión del Directorio de AdT²⁶⁶. Como se señaló, IW S.a.r.l. posee en AdT un interés accionario del 55%, que a juicio del Tribunal no le impide controlar a dicha empresa. IW S.a.r.l. posee la capacidad de ejercer un control afirmativo sobre AdT, para todo tipo de actos, salvo los actos específicos que acaban de mencionarse. En cuanto a estos últimos, tiene la capacidad de vetarlos efectivamente. El Tribunal concluye que IW S.a.r.l. posee la capacidad de controlar a AdT.

²⁶⁵ Solicitud de Arbitraje, Documento 1.

²⁶⁶ Solicitud de Arbitraje, Documento 1, Convenio Constitutivo de AdT, Artículo 40 (1)(5)(9)(10).

318. La estructura de la propiedad inicial de AdT es, específicamente, la que aparece en el Gráfico 4:



319. IWT B.V. es la titular del 100% de las acciones de IW S.a.r.l., e IWH B.V. es la titular del 100% de las acciones de IWT B.V. Cada una de esas compañías poseía el 100% de los derechos de voto que correspondían a las acciones transferidas por IW S.a.r.l.²⁶⁷. En consecuencia, el Tribunal concluye que tanto IWT B.V. como IWH B.V. controlan indirectamente a AdT, cumpliéndose así los requisitos del Artículo 1(b) (iii).

320. Dados los argumentos del Demandado de que IWT B.V. e IWH B.V. son meras empresas vacías, el Tribunal observa que la primera de ellas, como emprendimiento conjunto, ocupa un lugar especial, por encima de AdT, en la estructura societaria.

²⁶⁷ Solicitud de Arbitraje, Documento 9, Documento 10, Artículo 16(7) y Documento 13, Artículo 32(2).

321 A la luz de las pruebas disponibles, cabe sostener que IWH B.V. no es una mera sociedad ficticia establecida para lograr que el CIADI tenga jurisdicción en la controversia de autos, sino una empresa conjunta cuya propiedad, en sendas proporciones del 50%, corresponde a Baywater y a la sociedad italiana Edison S.p.A., e IWH B.V. está estructurada de modo que ni Baywater ni Edison puede controlarla con prescindencia de la otra compañía: ambas deben operar juntas para dirigirla²⁶⁸.

322. El Tribunal considera resaltable, a la luz de las exposiciones orales y escritas de las Partes y de un examen de los Informes Anuales de 2000 y 2001 de IWH B.V., que en 2000 ésta tenía una "cartera de ocho contratos, más dos que se agregaron a principios de 2001"²⁶⁹, IWH y sus subsidiarias consolidadas empleaban, en promedio, a 55 personas", y "IWH tenía un giro neto de €8,6 millones, generado por sus principales actividades de desarrollo y servicios de operaciones"²⁷⁰ (traducción informal).

323. Por lo tanto, el Tribunal concluye que tanto IWT B.V. como IWH B.V. controlaban indirectamente a AdT conforme a la interpretación dada por el Tribunal a la frase "controladas directa o indirectamente" que aparece en el Artículo 1(b)(iii) del TBI.

Solicitud de producción de pruebas formulada por el Demandado

324. Tal como se recordó en el párrafo 23, *supra*, Bolivia solicitó al Tribunal que intimara al Demandante a presentar pruebas documentales del control ejercido sobre AdT por IWT B.V. e IWH B.V. Esa solicitud tiene un alcance que corresponde a la aseveración del Demandado de que para determinar el cumplimiento del requisito de que AdT sea "controlada directa o indirectamente" es necesario investigar si IWT B.V. e IWH B.V. controlaban efectiva y realmente los asuntos de AdT²⁷¹.

325. A través de la Orden procesal No. 1, el Tribunal rechazó en los siguientes términos la solicitud de presentación de pruebas:

²⁶⁸ El Convenio Constitutivo de IWH B.V. indica un reparto por partes iguales de potestades en la compañía entre Bechtel Enterprises Holding, Inc. y Edison S.p.A. El Convenio figura reimpreso como Documento 13 anexo a la Solicitud de Arbitraje. Bechtel Enterprises Holding, Inc. y Edison S.p.A. tienen sendos intereses del 50% en IWH B.V. Documento 33, anexo al Mem. Contest. Ddo., Informe Anual de 2000 de IWH B.V., pág. 1. Bechtel y Edison tienen igual número de miembros en el Directorio Ejecutivo de IWT B.V. Artículos 14 y 19 del Convenio Constitutivo. En el Artículo 18 se indican las obligaciones y el proceso de adopción de decisiones del Directorio Ejecutivo.

²⁶⁹ Véase, por ejemplo, Informe Anual de 2000 de International Water Holdings B.V., pág. 1 (Documento 33, anexo al Mem. Contest. Ddo.).

²⁷⁰ El Tribunal toma nota, además, de que IW S.a.r.l. e IWT B.V. figuran en el Informe Anual como principales filiales de IWH B.V., con respecto a las cuales IWH "tiene la potestad de ejercer control en forma directa o indirecta". Véase, por ejemplo, Informe Anual de 2000 de International Water Holdings B.V., págs. 6 y 7 (Documento 33, anexo al Mem. Contest. Ddo.). Esta referencia especial, sin embargo, tiene escasa significación, ya que se trata de la declaración de parte interesada, formulada en el curso de la controversia.

A juicio del Tribunal, ninguna de las partes ha expuesto en forma suficientemente pormenorizada o clara argumentos sobre la necesidad de las diversas pruebas cuya producción se solicita como para que el Tribunal pueda hacer lugar a esas solicitudes o rechazarlas a esta altura. El argumento formulado por el Demandado para respaldar sus solicitudes de producción de documentos obliga al Tribunal a considerar el fundamento de la segunda excepción en materia de jurisdicción formulada por el Demandado sin contar con la información completa de las partes ni tener la oportunidad de proponer a éstas preguntas durante una audiencia. Es preciso examinar la segunda excepción en materia de jurisdicción opuesta por el Demandado: 1) para determinar el probable fundamento de la excepción, aunque ésta contara con respaldo fáctico, y por lo tanto la necesidad de ordenar la producción de documentos que respalden la expresión más detallada de esa excepción, y 2) para determinar el alcance exacto de esa excepción y así limitar en forma apropiada las solicitudes de documentos formuladas por el Demandado. Sin esa estimación del probable fundamento jurídico de la excepción opuesta y sin contar con criterios para limitar las solicitudes de producción de pruebas formuladas por el Demandado, el Tribunal se ve confrontado con una investigación intensa, y por consiguiente costosa y larga, sobre los hechos, que en última instancia puede no ser necesaria para resolver el caso de autos. Por lo tanto, aunque el Tribunal concluye que está facultado para realizar un examen incidental preliminar de ese género sobre el fundamento de la segunda excepción en materia de jurisdicción para pronunciarse sobre una solicitud de producción de pruebas, concluye, en ejercicio de sus facultades discrecionales, que a esta altura esa decisión sería prematura, y que sus posibilidades de pronunciarse sobre esta importante solicitud aumentarían en gran medida si se le proporcionara información y pudiera escuchar argumentos orales²⁷² (traducción informal).

326. El Tribunal señaló, además, que tenía la intención de pronunciarse sobre la solicitud de producción de documentos formulada por Bolivia como parte de su decisión sobre las excepciones en materia de jurisdicción opuestas por el Demandado²⁷³.

327. En virtud de lo decidido con respecto a la segunda excepción del Demandado, el Tribunal concluye que la solicitud del Demandado tendiente a la producción de pruebas carece de objeto, por lo que no se hace lugar a la misma.

Observaciones finales

328. Teniendo presente la importancia que reviste este caso para los Estados y para diversas entidades no estatales, el Tribunal observa que el Demandado ha formulado en forma imaginativa y categórica diversos argumentos tendientes a impugnar la jurisdicción del CIADI en estas actuaciones y posiblemente, como consecuencia no buscada, ha puesto en tela de juicio la integridad del proceso del CIADI. Como nota final, el Tribunal desea hacer hincapié en que no considera fundados los argumentos más punzantes

²⁷¹ Véase, por ejemplo, Mem. Contest. Ddo., pág. 67, párrafo 140.

²⁷² Resolución No. 1, párrafo 30.

²⁷³ *Ibid.*, párrafo 32 ("[E]s intención del Tribunal pronunciarse como mínimo sobre la primera excepción en materia de

planteados por el Demandado, y que a la mayoría del Tribunal le resulta sumamente evidente que la controversia de autos está comprendida dentro de la jurisdicción del CIADI y del TBI.

329. En la medida en que Bolivia cuestiona la oportunidad de la transferencia de la propiedad del Demandante (noviembre-diciembre de 1999), señalando que se realizó en previsión de los hechos que habían de ocurrir en la primavera de 2000, el Tribunal señala:

- a. Que la planificación de una empresa conjunta de la escala de la establecida por Bechtel Enterprises Holding Inc. y Edison S.p.A., en noviembre-diciembre de 1999, de la que formó parte la transferencia, probablemente precedió a esta última en al menos varios meses.
- b. Que del expediente de autos se desprende que en noviembre-diciembre de 1999 entidades de la sociedad civil expresaron seria preocupación sobre la estructura de tarifas propuesta, y unas pocas de ellas promovieron la anulación de la Concesión.
- c. Que de autos no surge que la gravedad de los hechos que habían de salir a luz en la primavera de 2000 pudiera preverse en noviembre o diciembre de 1999.

330. El Demandado cuestiona la aseveración del Demandante con respecto a la jurisdicción, señalando que la disponibilidad del TBI es el resultado de cambios estratégicos en la estructura societaria que de algún modo asumen proporciones de fraude o abuso de la forma societaria. El Tribunal observa, en relación con la afirmación de Bolivia de que la transferencia de la propiedad realizada en diciembre de 1999 fue una maniobra fraudulenta o abusiva para establecer la competencia en el marco del TBI:

- a. Que la empresa conjunta mutuamente establecida por Bechtel Enterprises Holding Inc. y Edison S.p.A. en noviembre-diciembre de 1999 comprendía muchas operaciones más que las relativas a los derechos y obligaciones de AdT como concesionaria.
- b. Que de autos no surgen las razones por las que la empresa conjunta se estableció en los Países Bajos, y no en alguna otra jurisdicción, aunque el Demandante señaló que se eligió los Países Bajos por razones tributarias.
- c. Que la elección del lugar de establecimiento de una empresa conjunta suele obedecer a consideraciones tributarias, aunque otros factores, como la disponibilidad de TBI, pueden influir de manera importante en esa elección.
- d. Que en la práctica no es infrecuente, ni tampoco ilegal —salvo prohibición especial al respecto— establecer las operaciones en una jurisdicción que se considere más beneficiosa desde el punto de vista del entorno reglamentario y legal, por ejemplo en relación con el

jurisdicción y sobre la solicitud de producción de pruebas formulada por el Demandado").

régimen tributario o con la legislación sustancial de la jurisdicción, incluida la posibilidad de invocar un TBI.

331. El Tribunal no encuentra en las presentes actuaciones bases suficientes que respalden la alegación de abuso de la forma societaria o fraude. No obstante, toma nota de que la Regla 41(2) de las Reglas de Arbitraje del CIADI establece:

El Tribunal podrá considerar de oficio en cualquier estado del procedimiento, si la diferencia que se le ha sometido cae dentro de la jurisdicción del Centro y es de su propia competencia.

El Tribunal tendrá en cuenta su obligación de proteger la integridad de la jurisdicción del CIADI durante la fase de consideración del fondo del asunto, una vez que las Partes hayan presentado todos sus memoriales y la prueba de respaldo.

332. Esta Decisión refleja la creciente entramada de casos en que, al amparo de tratados, se acude al arbitraje frente a determinadas controversias sobre inversiones. Aunque esos tratados reciben el nombre de tratados "bilaterales" de inversiones, este caso pone claramente de manifiesto lo que a los Estados negociadores les resulta evidente desde hace algún tiempo, a saber, que a través de la definición de "nacional" o "inversionista", esos tratados constituyen en muchos casos, en forma más amplia, portales a través de los cuales se estructuran, se organizan y, lo que es más importante, se promueven inversiones poniendo a disposición de las partes un foro neutral²⁷⁴. El lenguaje de la definición de "nacional" que aparece en muchos TBI pone de manifiesto que ese encaminamiento nacional de las inversiones es totalmente congruente con la finalidad de los instrumentos y con los motivos que animan a los Estados partes.

333. El Tribunal, al rechazar, en virtud de la presente Decisión, las excepciones en materia de jurisdicción opuestas por el Demandado, concede al Demandante un foro neutral en que puedan ser objeto de arbitraje los aspectos sustanciales de la diferencia que con él mantiene el Demandado.

Decisión

334. A la luz de lo que antecede, el Tribunal decide:

a. Rechazar la Primera Excepción opuesta por el Demandado con respecto a la competencia del

²⁷⁴ De hecho, la historia de las negociaciones del Convenio del CIADI indica que el "PRESIDENTE [Aron Broches] señaló que la consideración de la definición de 'nacional de un Estado Contratante' estaba relacionada con todo el alcance de la Convención previsto en el proyecto respectivo, II(1) DOCUMENTOS RELATIVOS AL ORIGEN Y A LA

Tribunal, en lo que refiere a la falta de consentimiento, salvo en lo referente a su sexto aspecto;

- b. Rechazar por mayoría el sexto aspecto de la Primera Excepción opuesta por el Demandado;
 - c. Rechazar por mayoría la Segunda Excepción opuesta por el Demandado con respecto a la competencia del Tribunal, basada en la cuestión de si el Demandante es "controlado directa o indirectamente" por nacionales de los Países Bajos, y
 - d. Por mayoría, y como consecuencia de lo decidido por el Tribunal con respecto a la Segunda Excepción, rechazar, por carecer de objeto, la solicitud de producción de pruebas formulada por el Demandado.
335. El Tribunal se pronunciará sobre los costos al dictar el laudo final en la cuestión de autos.
336. El Tribunal procederá a establecer las fechas de la fase de consideración del fondo del asunto.
337. Se anexa a la presente decisión la Declaración en disenso de José Luis Alberro-Semerena.

Dado en versiones en inglés y en español igualmente auténticas.

(firmado)

Henri C. Alvarez
Arbitro
Fecha: 6 de octubre de 2005

(firmado)

José Luis Alberro-Semerena
Arbitro
Fecha: 11 de octubre de 2005

(firmado)

David D. Caron
Presidente
Fecha: October 3, 2005

Declatación de José Luis Alberto-Semerena

1. Discrepo con las decisiones adoptadas por el Tribunal en materia de jurisdicción en lo que atañe al sexto aspecto de la Primera Excepción y a la Segunda Excepción.
2. El Tribunal se estableció conforme a lo previsto en el Tratado Bilateral de Inversiones Países Bajos-Bolivia (TBI) y al Convenio del CIADI, por lo cual corresponde que se pronuncie acerca de si la controversia cumple dos diferentes criterios en materia de jurisdicción, definidos por el Artículo 1(b) (iii) del TBI y por el Artículo 25 del Convenio del CIADI. Las partes han convenido en que las disposiciones de la Convención de Viena relativas a la interpretación de los tratados reflejan el derecho internacional consuetudinario y las consideran derecho aplicable para interpretar el TBI.
3. La primera cuestión sobre la que discrepo con la mayoría del Tribunal se refiere a si la prueba de autos permite determinar los motivos que inspiraron al Demandante, y la oportunidad que éste eligió, para abandonar la transacción descrita por Bechtel en la carta que ésta dirigió el 24 de noviembre de 1999 a las Superintendencias de Aguas y Electricidad, y para adoptar la que en definitiva estableció.
4. Se trata de una cuestión decisiva, porque AdT no tenía acceso al arbitraje del CIADI antes de su reestructuración de fines de 1999; porque el proyecto de reestructuración presentado por Bechtel a las autoridades bolivianas a fines de noviembre de 1999 incluía la inserción de una compañía holandesa en la cadena de titularidad accionaria, lo que no fue aprobado por aquéllas; porque la estructura que en definitiva se estableció efectivamente insertó a una compañía holandesa en la cadena de titularidad accionaria, y porque "si se puede probar la existencia de engaño o falsas manifestaciones, del hecho del consentimiento nada puede inferirse sobre la existencia de un acuerdo en materia de nacionalidad"¹.
5. El Demandante sostiene que "nada hay en el TBI que niegue cobertura a una parte por lo demás legitimada porque haya adquirido una inversión en el contexto de rumores sobre problemas que se avizoren"² (traducción informal).
6. El Demandado, por el contrario, considera que "la cuestión consiste sencillamente en establecer si puede considerarse que Bolivia consintió un sistema en virtud del cual una compañía registrada en Bolivia pueda, en cualquier momento y en cualesquiera circunstancias, reorganizarse, reestructurarse,

¹ Véase CHRISTOPH H. SCHREUER, *THE ICSID CONVENTION: A COMMENTARY* 476 (Cambridge Univ. Press, 2001).

² Audiencia sobre excepciones en materia de jurisdicción opuestas por el Demandado, 11 de febrero de 2004, Transcripción, pág. 628.

para adquirir el derecho de promover una reclamación ante el CIADI, en todos los casos en que ese litigio parece conveniente y deseable desde la perspectiva de los inversionistas. Sostenemos que la respuesta a esa pregunta es `no"³ (traducción informal).

7. El disenso con respecto a la mayoría del Tribunal no se refiere a la cuestión de si una sociedad puede o no reestructurarse adoptando una forma jurídica que no esté prohibida contractualmente para establecerse en una jurisdicción que a su juicio le ofrece beneficios reglamentarios y legales, sino a la cuestión de si ello se realiza en cumplimiento del TBI, sean cuales fueren las circunstancias.
8. El disenso se origina en el hecho de que si AdT puede reestructurarse mientras “el Gobierno de Bolivia emprendía un curso de acción ajeno al Contrato de Concesión que infringió derechos de AdT”⁴ (traducción informal), se rompe el equilibrio entre los beneficios y las obligaciones del Estado que recibe la inversión, ya que estas últimas se vuelven imprevisibles. “Demás está decir que ese sistema no sería compatible con los principios básicos de apropiada reciprocidad, que son la base de todos los tratados bilaterales. En general, se define la reciprocidad como una relación de tratamiento idéntico o equivalente, que sólo puede lograrse en un marco jurídico en que las obligaciones emanadas de un tratado sean, en medida razonable, previsibles y limitadas”⁵.
9. El Demandante considera que “las partes del Tratado Bilateral de Inversiones dieron cabida en forma clara, en el texto del tratado, a un margen de protección que se extiende a las filiales de propiedad extranjera constituidas en su territorio. Como lo señalé ayer al Tribunal, el universo, en ese sentido, se volvió ilimitado. Ninguna disposición del Tratado Bilateral de Inversiones reduce su alcance”⁶ (traducción informal). Si bien existen casos de ofertas ilimitadas de arbitraje en que los Estados mantienen leyes sobre inversiones en que formulan una oferta mundial de arbitraje, la noción de que el universo de los beneficiarios de un tratado bilateral de inversiones es ilimitado carece de precedentes en comentarios doctrinarios o laudos de tribunales, y no se han proporcionado pruebas directas de la validez de esa interpretación, por ejemplo en relación con la historia de la redacción del tratado.
10. Ya en septiembre de 1999, el público había comenzado a protestar contra los Acuerdos de Concesiones, y a mediados de noviembre de 1999 existían exigencias públicas expresas de anulación de esos acuerdos. El Demandante sostiene que “en diciembre de 1999, el Gobierno de Bolivia (a través

³ Audiencia sobre excepciones en materia de jurisdicción opuestas por el Demandado, 11 de febrero de 2004, Transcripción, pág. 206.

⁴ Solicitud de Arbitraje, párrafo 12.

⁵ Dictamen pericial del profesor Rudolf Dolzer, pág. 25.

⁶ Audiencia sobre excepciones en materia de jurisdicción opuestas por el Demandado, 11 de febrero de 2004,

del Superintendente de Aguas) celebró un acuerdo con comunidades comprendidas en la zona de la Concesión que, *inter alia*, tendían a limitar el territorio efectivo de la Concesión”⁷ (traducción informal).

11. Aunque de estos autos no resulta probado que en noviembre o diciembre de 1999 pudiera preverse la gravedad de los hechos que iban a acontecer en la primavera de 2000, tampoco se ha probado en autos que esa gravedad no pudiera preverse en noviembre o diciembre de 1999. La prueba *prima facie* del hecho de que AdT se mostró alarmada ante la gravedad de las reclamaciones públicas es que a fines de noviembre publicó en la prensa de Cochabamba una “Carta Abierta” en que defendía sus actos. En el preámbulo de la carta se expresaba preocupación acerca de “declaraciones y publicaciones hechas circular por diferentes ciudadanos, instituciones y medios masivos de comunicación”, y se señalaba que “muchos de los pronunciamientos [eran] inexactos y maliciosos” (traducción informal).
12. El 24 de noviembre, Bechtel notificó a Bolivia “que había suscrito un contrato con Edison S. p. A., de Italia, en virtud del cual Edison se convertiría en asociada de las actividades de Bechtel Enterprises Holdings, Inc. en sus negocios internacionales de agua”. Las partes se proponían llevar a cabo la transacción creando una nueva compañía en los Países Bajos. En virtud de la transacción, los propietarios del 55% de las acciones y derechos de voto de AdT dejarían de formar una compañía establecida en las Islas Caimán y pasarían a formar una compañía establecida en los Países Bajos. Como ese nuevo accionista holandés sería el propietario del 55% de las acciones de AdT, Bechtel comenzó a gestionar una dispensa por parte de las Superintendencias de Aguas y Electricidad, que le permitiera llevar a cabo la transacción sin perjuicio de respetar las disposiciones de la Concesión.
13. El proyecto de transferencia a una compañía neerlandesa de las acciones de AdT de propiedad de IW Ltd no fue autorizado.
14. En diciembre prosiguieron los disturbios sociales y la oposición pública a las nuevas tarifas.
15. El 21 de diciembre de 1999, IW Ltd de las Islas Caimán emigró a Luxemburgo, modificando su nombre, y al día siguiente una compañía neerlandesa se convirtió en la propietaria del 100% de sus acciones.
16. Las pruebas de autos no bastan para esclarecer los motivos ni la oportunidad por la que se abandonó la transacción descrita por Bechtel en su carta del 24 de noviembre de 1999 (nueva titularidad accionaria

transcripción, pág. 626.

⁷ Solicitud de Arbitraje, párrafo 12.

directa holandesa de AdT) en favor de la que en definitiva se llevó a cabo 27 días después (migración y titularidad accionaria holandesa indirecta de la propiedad). La única diferencia entre ambas situaciones que puede deducirse del expediente es que la primera transacción tenía que ser autorizada por las Superintendencias de Aguas y de Electricidad, en tanto que la segunda se realizó sin conocimiento de esas autoridades, tras varios meses de perturbaciones sociales. En ambos casos se insertó a una compañía holandesa en la cadena de titularidad accionaria.

17. El Tribunal debió haber solicitado al Demandante que presentara la siguiente información referente al período comprendido entre el 24 de noviembre de 1999 (fecha en que Bechtel escribió a Bolivia dando a conocer las modificaciones que se proponía introducir en la estructura de propiedad de AdT) y el 21 de diciembre de 1999 (en que IW Ltd emigró de las Islas Caimán a Luxemburgo): (I) todos los documentos probatorios de las fechas en que se adoptaron las decisiones de transferir a IW Ltd de las Islas Caimán a Luxemburgo en lugar de realizar la transacción anunciada el 24 de noviembre de 1999, así como, (II) todos los documentos en que se examinaban los costos y beneficios de cada alternativa y, en forma más general, en que se enunciaban los argumentos en contra y a favor de la emigración de IW Ltd de las Islas Caimán y la adquisición del 100% de sus acciones por parte de International Water (Tunari) B.V.
18. La mayoría del Tribunal rechazó la solicitud del Demandado tendiente a la producción de pruebas por considerarla carente de objeto. Por lo tanto, llegó a la conclusión de que Bolivia no consintió la jurisdicción del CIADI en el marco del TBI que había celebrado entre Bolivia y los Países Bajos por lo que el Demandante no tiene derecho a invocarlo.
19. La segunda cuestión en la que discrepo con la mayoría del Tribunal refiere al tema de si la prueba de autos es suficiente para determinar, a los efectos de la jurisdicción, si el Demandante estaba directa o indirectamente controlado por nacionales holandeses.
20. El Demandante sostiene que este caso se refiere a la “cuestión de si IWT o IWH controlan directa o indirectamente a AdT” y que la propiedad accionaria mayoritaria con derechos de voto representa la prueba de control más estricta posible⁸. Bolivia, por su parte, sostiene que “estar controlado es incuestionablemente distinto de estar en condiciones de ser controlado o poder ser controlado”⁹ (traducción informal) y que la cuestión consiste en establecer si AdT estaba controlada por nacionales de los Países Bajos, cumpliéndose así el requisito del Artículo 1(b)(iii) del TBI.

⁸ Audiencia sobre excepciones en materia de jurisdicción opuestas por el Demandado, 11 de febrero de 2004. Transcripción, págs. 620 y 621.

⁹ *Ibíd.*, pág. 422, renglones 12 a 14.

21. La mayoría del Tribunal concluyó que AdT era una persona jurídica boliviana controlada indirectamente por compañías holandesas, y por lo tanto que el Tribunal es competente.
22. Tras examinar el sentido corriente de la frase “controladas directa o indirectamente” y examinar dicha expresión a la luz del contexto y la finalidad del TBI, debo expresar que mi interpretación difiere de la de la mayoría, pues considero que la prueba presentada por el Demandante no basta para probar que AdT estuviera directa o indirectamente controlada por nacionales holandeses. La mayoría del Tribunal, en virtud de su interpretación, rechazó la solicitud del Demandado tendiente a la producción de pruebas por considerarla carente de objeto. Por el contrario, mi interpretación me lleva a considerar que correspondía hacer lugar a lo solicitado. Por lo tanto, discrepo con la decisión del Tribunal referente a la excepción opuesta por Bolivia con respecto a la competencia del Tribunal, y considero que debe hacerse lugar a esa excepción.
23. La respuesta a la cuestión reside en el uso del término “controlada”.
24. Con respecto al sentido corriente del vocablo “control”, la mayoría del Tribunal concluyó: “en tanto que algunas definiciones aluden al ejercicio real de la influencia, otras hacen hincapié en una potestad que recae sobre un objeto. Por lo tanto, el sentido corriente de la palabra ‘control’ parecería abarcar tanto el ejercicio real de potestades o facultades de orientación como los derechos que emanan de la titularidad accionaria”. (Párrafo 227).
25. En cuanto a la definición jurídica del vocablo, la mayoría del Tribunal se basa en tres definiciones: “ejercer poder o influencia sobre...; regular o regir..., [y] tener un interés de control en...”. Por lo tanto, el sentido jurídico del vocablo “control” también abarca el ejercicio real de control y el derecho de controlar. (Párrafo 231).
26. En el Artículo 1(b)(iii) del TBI, la palabra “controladas” es un participio pasado adjetival del verbo “controlar”, que modifica el sustantivo “personas jurídicas”. Los participios pasados adjetivales describen sustantivos que reciben los efectos de una acción. La gramática indica que para que “personas jurídicas” constituidas conforme al derecho de una parte contratante sean “controladas directa o indirectamente” por nacionales de otra parte contratante, esas entidades deben recibir los efectos de los actos realizados por nacionales de la segunda parte contratante. En consecuencia, si bien el sentido corriente, al igual que la definición jurídica, del vocablo “control” abarcan tanto el ejercicio real de control como el derecho de controlar, el participio pasado adjetival exige los efectos de una acción. Para que el Tribunal sea competente, el Demandante debe probar que AdT experimentó los efectos de actos realizados por compañías holandesas.

27. El Artículo 31(4) de la Convención de Viena indica que debe darse un significado especial a un término cuando esa ha sido la intención de las partes. De las constancias de autos no se desprende que las partes contratantes hayan querido dar un sentido especial al vocablo “control”. Coincidió con la mayoría del Tribunal en que los negociadores que contribuyeron a definir el lenguaje del TBI eran probablemente experimentados negociadores extranjeros con cierto conocimiento de negocios y de la ley. (Párrafo 230). En el Artículo 1(b) (iii) del TBI, sin embargo, no se utiliza el vocablo “control”, sino la voz “controladas”. Las partes pudieron haber utilizado las expresiones “bajo control directo o indirecto de”, “sometidas al control directo o indirecto de” o “en virtud del control extranjero”, como en el Convenio del CIADI, que era de conocimiento público antes de que se negociara el TBI y habría incorporado jurisprudencia y comentarios doctrinarios existentes. Por el contrario, optaron por utilizar el participio pasado adjetival “controladas”, que implica necesariamente los efectos de una acción.
28. Es considerando el contexto en que encontramos la frase “controladas directa o indirectamente” y a la luz del objeto y fin del tratado como hallamos la base de la interpretación de esa frase. (Párrafo 240).
29. El objeto y el fin del TBI consisten en estimular el flujo de capital y tecnología. De hecho, las Partes Contratantes reconocen expresamente que ese estímulo resultará de “un acuerdo sobre el tratamiento que se dé a... inversiones” realizadas por “nacionales de una Parte Contratante en el territorio de la otra Parte Contratante”. (Párrafo 240). El Artículo 1 del TBI determina el círculo de beneficiarios, que es un subconjunto de todas las personas existentes.
30. El Artículo 1(b)(i) y el Artículo 1(b)(ii) confieren derechos a todas las personas naturales que tengan la nacionalidad de una Parte Contratante y a todas las personas jurídicas constituidas conforme a la legislación de una Parte Contratante.
31. El Artículo 1(b)(iii) extiende la protección del TBI a las personas jurídicas contra los actos de su propio gobierno¹⁰, pero limita esos beneficios a las personas jurídicas que tengan el atributo especial de estar “controladas” por nacionales del otro signatario. Suponiendo, retóricamente, que una entidad propietaria del 100% de las acciones y derechos de voto de otra entidad tenga la potestad de controlar a la segunda entidad, no hay motivo para sostener que sea más razonable otorgar los privilegios concomitantes al Artículo 1(b)(iii) a compañías que puedan estar sujetas al control de nacionales del otro signatario que a compañías que realmente experimenten los efectos de un acto realizado por nacionales del otro signatario. Es más razonable lo contrario: el criterio de acceso a los privilegios concomitantes al Artículo 1(b)(iii) debería ser un hecho real, un acto (“controlada”), y no una

¹⁰ Aron Broches, *The Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States*, pgs. 358 y 359; CHRISTOPH H. SCHREUER, *THE ICSID CONVENTION: A COMMENTARY*. Párrafo 496 (Cambridge University Press, 2001).

posibilidad.

32. Es inexacto igualar los conceptos de “controlado” y “control”. Debería “tenerse presente el principio general de interpretación en virtud del cual un texto debería interpretarse del modo que le confiera eficacia: *ut magis valeat quam pereat*. No obstante, ese principio no debe llevar a conferir, *a posteriori*, a una disposición desprovista de su objeto y finalidad, un resultado que se contraponga a su texto claro y explícito”¹¹. Sustituir el término “controlado” por “control” es contrariar los términos claros y explícitos del texto. Las cuestiones fundamentales de previsibilidad, transparencia y estabilidad aceptadas por las partes de un TBI no pueden resolverse limitando el concepto de “control” a propiedad mayoritaria y derechos de voto, cuando el tratado utiliza expresamente la frase “controladas directa o indirectamente”.
33. Ni la jurisprudencia referente a la frase “control extranjero” del Artículo 25(2)(b) del Convenio del CIADI, ni otros laudos arbitrales referentes a “control”, como tampoco las prácticas de Países Bajos y de Bolivia relacionadas con el TBI, pueden ayudar a interpretar el Artículo 1(b)(iii) del TBI.
34. Como el TBI no proporciona una definición de la expresión “controladas directa o indirectamente” y, a diferencia de lo que ocurre con el Convenio del CIADI, son escasas, o inexistentes, la historia o los comentarios referentes al TBI, corresponde que el Tribunal interprete el significado de la expresión. En muchos casos se subraya la importancia de la potestad del Tribunal de interpretar las disposiciones de acceso sin ceñirse a las interpretaciones formales, abarcando las relaciones reales. “Los tribunales del CIADI no aceptan la opinión de que su competencia esté limitada por consideraciones formales, sino que se pronuncian sobre su competencia basándose en un examen de las circunstancias que rodean el caso y, en especial, de las relaciones reales entre las compañías de que se trate”¹².
35. Esta elucidación del sentido del vocablo “controlada” se refuerza teniendo en cuenta las casi seculares dificultades que implica identificar la nacionalidad de una sociedad desde el punto de vista del derecho internacional, ya que las guerras han dado forma al sentido asignado al término por los poderes soberanos. Se han enunciado diferentes criterios — lugar de constitución, sede de la compañía, propiedad y los derechos de voto—, mas ninguno ha prevalecido¹³. Recurrir a una interpretación

¹¹ *Banro American Resources, Inc. y Société Aurifère du Kivu et du Maniema S.A.R.L. c/ la República Democrática del Congo*. (Caso CIADI No. ARB/98/7), laudo del tribunal del 1 de septiembre de 2000.

¹² *Banro American Resources, Inc. y Société Aurifère du Kivu et du Maniema S.A.R.L. c/ la República Democrática del Congo* (Caso CIADI No. ARB/98/7), laudo del tribunal del 1 de septiembre de 2000.

¹³ “En un principio, el criterio se basó exclusivamente en la propiedad de las acciones, pero se ha ampliado de manera de cubrir la nacionalidad de las principales autoridades, el ejercicio de influencia de control a través de medios distintos de la tenencia de acciones y la presencia de intereses sustanciales, aunque no necesariamente de control”. A. Fatouros, “National Legal Persons in International Law”, en *ENCYCLOPEDIA OF PUBLIC INTERNATIONAL LAW*, R. Bernhardt, ed.,

mecanicista de “control” sería contrariar el desarrollo histórico del concepto. Una interpretación que favorezca una acción es congruente con la búsqueda de una definición funcional.

36. El Demandante sostiene que "la cuestión de la jurisdicción... reside en determinar si la propiedad de acciones y derechos de voto en el Demandado, por parte de una entidad de los Países Bajos, en un nivel superior al 50%, basta para configurar control directo o indirecto"¹⁴ y "da por probados sus argumentos sobre la jurisdicción en la suficiencia del interés de control de IWH e IWT como constitutivo de control sobre el Demandante a los efectos del TBI"¹⁵ (traducción informal).
37. Decir que A es condición suficiente de B equivale a decir que no puede producirse A sin que se produzca B, o que cada vez que se produce A se produce B.
38. En el comentario sobre la redacción del Convenio del CIADI se establece claramente que la propiedad de las acciones en un nivel de más del 50% podría no representar un interés de control: "Así, cuando nacionales de un Estado Contratante poseen el 35% de las acciones de una sociedad y nacionales de un Estado no contratante poseen el 55% de las acciones, un tribunal puede admitir la validez de un acuerdo según el cual la sociedad tiene la nacionalidad del Estado Contratante"¹⁶. "En el curso de la redacción del Convenio se dijo... que incluso un 51% de las acciones podría no constituir control"¹⁷.
39. En laudos anteriores se ha establecido que un inversionista propietario de una minoría de las acciones de una compañía puede controlarla, proporcionando por lo tanto ejemplos contrarios a la aseveración de que la propiedad accionaria mayoritaria y los derechos de voto mayoritarios implican de por sí control. Aun en el caso de una propiedad del 100%, los tribunales han examinado la cuestión de si existe "control efectivo": "Ese control no resulta exclusivamente del hecho de que el capital accionario de LETCO fuera en un 100% de propiedad de nacionales franceses, como lo señalaron tanto LETCO como documentos oficiales del Gobierno liberiano, sino que surge asimismo de lo que parece ser un control efectivo por parte de nacionales franceses; control efectivo en el sentido de que, aparte de existir tenencias de acciones por parte de franceses, nacionales franceses regían en la estructura de

vol. 3., 1997, pág. 495, citado por el profesor Dolzer en su dictamen pericial.

¹⁴ Memorial del Demandante sobre las excepciones en materia de jurisdicción opuestas por Bolivia y sobre la Solicitud de producción de pruebas, pág. 73 párrafo 209.

¹⁵ *Ibid* pág. 69, párrafo 199.

¹⁶ C.F. Amerasinghe *Jurisdiction Rationae Personae under the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States*, 47 BYIL 227, 1976, págs. 264 y 265

¹⁷ *Vacuum Salt Products Ltd. c/ la República de Ghana*, laudo del 16 de febrero de 1994, 9 ICSID Rev.—FILJ (1994), 4 ICSID 329 (1997), párrafo 43.

adopción de decisiones"¹⁸.

40. Así pues, la interpretación del vocablo "control" enunciada por el Demandante resulta desde la lógica inconsistente. La titularidad accionaria mayoritaria y los derechos de voto mayoritarios no constituyen, *per se*, control.
41. Dado que "el Demandante ya presentó todos los documentos en que se basa para demostrar que a través de una propiedad accionaria y un control de voto mayoritarios, SARL controla al Demandante"¹⁹, y dado que los escritos presentados no contienen pruebas de que los efectos de los actos de control hayan recaído sobre AdT, ni se ha probado, por lo tanto, que AdT estuviera "controlada directa o indirectamente" por nacionales holandeses, el Tribunal debió haber intimado a producir pruebas que respaldaran la afirmación de que AdT estaba controlada directa o indirectamente por IWH B.V. o por IWT B.V. En el caso *Aucoven*, por ejemplo, el tribunal mencionó criterios diferentes de la propiedad accionaria que pudieron haberse usado como prueba del control: nacionalidad de los miembros del Directorio; frecuencia de visitas de los miembros del Directorio al accionista directo; frecuencia del "seguimiento" de las actividades de *Aucoven*, y respaldo financiero²⁰.
42. Para evaluar específicamente los actos de control de AdT, el Tribunal debió haber solicitado al Demandante que presentara, *inter alia*, la siguiente información referente al período comprendido entre el 22 de diciembre de 1999—fecha en que una compañía holandesa adquirió International Water (Tunari) S.a.r.L., antes denominada IW Ltd de las Islas Caimán—y el 12 de noviembre de 2001—fecha en que AdT presentó su Solicitud de Arbitraje— : I) todos los documentos que reflejaran o constituyeran comunicaciones entre AdT y: a) International Water (Tunari) S.a.r.l, b) International Water (Tunari) B.V., c) International Water Holdings B.V. y d) Baywater Holdings B.V.; II) todos los documentos que reflejaran o constituyeran comunicaciones relativas a AdT entre dos o más de las siguientes entidades: a) International Water (Tunari) S.a.r.l, b) International Water (Tunari) B.V., c) International Water Holdings B.V. y d) Baywater Holdings B.V., y, finalmente, III) todas las actas de directorios y asambleas de accionistas de: a) AdT, b) International Water (Tunari) S.a.r.l, c) International Water (Tunari) B.V., d) International Water Holdings B.V. y e) Baywater Holdings B.V. Si, en efecto, AdT era controlada directa o indirectamente por International Water (Tunari) B.V. e International Water Holdings B.V., esos documentos constituirían pruebas de esos actos de control.

¹⁸ Liberian Eastern Timber Corp [LETICO] c/ la República de Liberia, laudo del 31 de marzo de 1986 y rectificación del 17 de junio de 1986, reimpresso en 26 ILM 647 (1987), 2 ICSID Rep 346 (1994).

¹⁹ Memorial del Demandante sobre las excepciones en materia de jurisdicción opuestas por Bolivia y sobre la Solicitud de Producción de Pruebas, pág. 73 párrafo 210

²⁰ *Autopista Concesionada de Venezuela CA c/ la 'República Bolivariana de Venezuela* (en lo sucesivo en el presente "*Aucoven*"), en su Decisión sobre Jurisdicción del 27 de septiembre de 2001, reimpressa en 16 ICSID Rev.—FILJ 469

43. La mayoría del Tribunal rechazó la solicitud de producción de pruebas formulada por el Demandado, porque, dada su interpretación, la consideró carente de objeto.

44. Al basar sus argumentos en materia de competencia en la propiedad accionaria mayoritaria acompañada de derechos de voto y no ofrecer pruebas de que los efectos de los actos de control realizados por compañías holandesas recayeran sobre AdT, el Demandante no probó que esta controversia esté comprendida dentro de la jurisdicción prevista por el TBI.

[45] Es por las razones que anteceden que discrepo con la decisión de la Mayoría a favor de la jurisdicción y concluyo que el Demandante no está facultado para invocar la competencia del CIADI en el marco del TBI mutuamente celebrado por Bolivia y los Países Bajos. Comparto sin reservas la determinación del Tribunal de cumplir su obligación de preservar la integridad de la jurisdicción del CIADI durante la fase de consideración del fondo del asunto, cuando las partes presenten sus memoriales completos y pruebas de respaldo.

(firmado)

José Luis Alberro-Semerena

Arbitro

Fecha: 11 de octubre de 2005

(2001), 6 ICSID 419 (2004), pág. 26, párrafo 65.

Apéndice I

Abreviaturas utilizadas en el presente laudo

Abreviaturas utilizadas en el texto

AdT (Demandante)	Aguas del Tunari
Baywater	Baywater Holdings, B.V.
CIADI	Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones
Concesión	Contrato de concesión de aprovechamiento de aguas y de servicio público de agua potable y alcantarillado sanitario en la ciudad de Cochabamba
Convenio del CIADI	Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, que <i>entró en vigor el</i> 14 de octubre de 1966
Demandado	La República de Bolivia
IW Ltd	International Water (Tunari) Ltd.
IW S.a.r.l.	International Water (Tunari) S.a.r.l.
IWH B.V.	International Water Holdings B.V.
IWT B.V.	International Water (Tunari) B.V.
Orden procesal No. 2	Resolución Orden procesal No. 2, referente al pedido de postergación, formulado por el Demandado, de la audiencia de los días 17, 18 y 19 de noviembre de 2003, sobre excepciones en materia de jurisdicción opuestas por el Demandado; 5 de noviembre de 2003

Orden procesal No. 3	Resolución Ordenn procesal No. 3, referente a la audiencia de los días 9, 10 y 11 de febrero de 2004, sobre excepciones en materia de jurisdicción opuestas por el Demandado, y a la solicitud de interrogatorio de testigos y peritos formulada por el Demandado el 15 de diciembre de 2003; 31 de diciembre de 2003
Orden procesal No. 4	Resolución procesal No. 4, por la que se invita a formular comentarios sobre la carta fechada el 29 de octubre de 2004, en que el Sr. Lammers, Asesor Jurídico del Ministerio de Relaciones Exteriores de los Países Bajos, responde a las preguntas de alcance limitado formuladas por el Tribunal por carta del 4 de octubre de 2004; 14 de diciembre de 2004
Reglas de Arbitraje	Reglas Procesales Aplicables a los Procedimientos de Arbitraje
SEMAPA	Servicio Municipal de Agua Potable y Alcantarillado de Cochabamba
SIRESE	Sistema de Regulación Sectorial
TBI	Acuerdo sobre Promoción y Recíproca Protección Recíproca de Inversiones entre la República de Bolivia y el Reino de los Países Bajos, <i>que entró en vigor</i> el 1 de noviembre de 1994.

Abreviaturas utilizadas en citas y notas al pie de página

Contest, de AdT	Contestación de AdT a las excepciones en materia de jurisdicción opuestas por Bolivia y solicitudes Solicitudes sobre producción Producción de pruebas Pruebas y aclaración Aclaración de los procedimientos Procedimientos presentadas por ese país, el 29 de enero de 2003
Dúp. Ddo.	Dúplica de la República de Bolivia, de oposición Oposición a la jurisdicción Jurisdicción y respaldo Respaldo a la producción Producción de pruebas Pruebas, del 6 de octubre de 2003
Dúp. de AdT	Dúplica de AdT a la Réplica de Bolivia, 13 de febrero de 2003
Excep. Bolivia	Excepciones en materia de jurisdicción opuestas por la República de

Bolivia y solicitudes Solicitudes sobre producción Producción de pruebas
Pruebas y aclaración Aclaración de los procedimientos Procedimientos
presentadas por ese país, el 17 de enero de 2003

Mem. Contest. Ddo. Memorial de Contestación de la República de Bolivia, de oposición a la
jurisdicción Jurisdicción y respaldo Respaldo a la producción Producción
de pruebas Pruebas, del 4 de agosto de 2003

Mem. Dte. Memorial de AdT sobre jurisdicción, 4 de junio de 2003

Rép. de Bolivia Réplica de la República de Bolivia a la contestación Contestación del
Demandante a las excepciones en materia de jurisdicción opuestas por
Bolivia y a las solicitudes Solicitudes de producción Producción de
pruebas Pruebas y aclaración Aclaración de los procedimientos
Procedimientos presentadas por ese país, y pedido Pedido de
desestimación Desestimación, del 5 de febrero de 2003

Rép. Dte. Replica del Demandante al Memorial de Contestación de Bolivia, de
oposición a la jurisdicción y respaldo a la producción de pruebas, del 4 de
septiembre de 2003

Casos CIADI analizados y citados

Aucoven *Autopista Concesionada de Venezuela CA [Aucoven] c/ la República Bolivariana
de Venezuela*, Decisión sobre jurisdicción del 27 de septiembre de 2001,
reimpreso en 16 ICSID Rev.—FILJ 469 (2001), 6 ICSID 419 (2004).

Azurix *Azurix Corp. c/ la República Argentina*, "Decisión sobre jurisdicción"
fechada el 8 de diciembre de 2003, *disponible en:*
<http://www.asil.org/ilib/azurix.pdf>.

Cable TV *Cable Television of Nevis Ltd y Cable Television of Nevis Holdings Ltd. c/ la
Federación de Saint Kitts y Nevis*, laudo del 13 de enero de 1997, *reimpreso
en* 13 ICSID Rev.—FILJ 328 (1998), 5 ICSID Rep. 108 (2002).

Lanco *LANCO International, Inc. c/ la República Argentina*, "Decisión preliminar:

Competencia del Tribunal Arbitral", fechada el 8 de diciembre de 1998, *reimpreso en* 40 ILM 457 (2001), 5 ICSID Rep. 367 (2002).

Vacuum Salt

Vacuum Salt Products Ltd. c/ la República de Ghana, Laudo del 16 de febrero de 1994, 9 ICSID Rev.—FILJ (1994), 4 ICSID 329 (1997).

Vivendi

Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal c/ la República Argentina, Laudo del 21 de noviembre de 2000, *reimpreso en* 16 ICSID Rev.—FILJ _ (2001), 5 ICSID Rep. 299 (2002), Decisión sobre Anulación, 3 de julio de 2002, *reimpreso en* 17 ICSID Rev.—FILJ _ (2002), 5 ICSID Rev. 240 (2002).

Apéndice II

Texto de las disposiciones de tratados y contratos citadas

TBI Países Bajos-Bolivia

Artículo 1(b) el término "nacionales" comprenderá, con relación a cada Parte Contratante:

- i personas naturales que tienen la nacionalidad de esa Parte Contratante en conformidad con su ley;
- ii. sin perjuicio de las provisiones de (iii), personas jurídicas constituidas en conformidad con la ley de esa Parte Contratante;
- iii. personas jurídicas controladas, directa o indirectamente por nacionales de esa Parte Contratante pero constituidas en conformidad con la ley de esa Parte Contratante.

Artículo 9

1) A los efectos de la resolución de diferencias que puedan suscitar inversiones entre una Parte Contratante y un nacional de la otra Parte del presente Acuerdo, se celebrarán consultas para resolver en forma amistosa el conflicto entre las partes de la controversia.

2) Si una divergencia no puede ser dirimida dentro un plazo de seis meses, contado desde la fecha en que el nacional interesado la haya notificado formalmente, ésta será sometida a petición del nacional interesado a un tribunal arbitral.

3) El tribunal arbitral será constituido ad-hoc, nombrando cada parte un árbitro, y poniéndose los árbitros de acuerdo para elegir como presidente del tribunal a un nacional de un tercer Estado. Los árbitros serán nombrados dentro de los dos meses y el Presidente dentro de los tres meses, después de que el nacional interesado haya comunicado su propósito de someter la divergencia a un tribunal arbitral.

4) Si los plazos previstos en el párrafo 3 no son observados y a falta de otras disposiciones entre las partes en litigio, cualquiera de ellas podrá solicitar al Presidente de la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional de París que proceda a las designaciones necesarias.

5) Los párrafos 4 a 7 del Artículo 13 del presente Acuerdo se aplicarán mutatis mutandis.

6) Si ambas Partes Contratantes se han adherido al Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados, de 18 de marzo de 1965 [Convenio del CIADI], las divergencias derivadas de inversiones entre una de las Partes Contratantes y un nacional de la otra Parte Contratante, serán, de acuerdo con las disposiciones de dicho Convenio, sometidas a conciliación o arbitraje por el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones

Constitución boliviana

Artículo 24 Las empresas y súbditos extranjeros están sometidos a las leyes bolivianas, sin que en ningún caso puedan invocar situación excepcional ni apelar a reclamaciones diplomáticas.

Artículo 136 Son de dominio originario del Estado, además de los bienes a los que la Ley les da esa calidad, el suelo y el subsuelo con todas sus riquezas naturales, las aguas lacustres, fluviales y medicinales, así como los elementos y fuerzas físicas susceptibles de aprovechamiento. La ley establecerá las condiciones de este dominio, así como las de su concesión y adjudicación a los particulares.

Concesión

Artículo 37.1 Cada Accionista Fundador deberá mantener más del 50% de su porcentaje original de participación en el capital con derecho a voto del Concesionario por lo menos durante los primeros siete (7) años de las Concesiones. No obstante lo anterior, nada en este Contrato impide a los Accionistas gravar sus acciones como garantía ante las Entidades Financieras

Artículo 41.2 El Concesionario reconoce la jurisdicción y competencia de las autoridades que componen el Sistema de Regulación Sectorial (SIRESE) y tribunales de la República de Bolivia, de conformidad con la Ley SIRESE y otras leyes bolivianas aplicables.

Artículo 41.3 Las estipulaciones del presente Contrato no podrán interpretarse como renuncia por parte de los Accionistas, los Accionistas Fundadores, incluyendo los Accionistas Últimos, a mecanismos de Resolución de controversias establecidos en tratados internacionales reconocidos por la República de Bolivia.

Artículo 41.5 Las Partes reconocen que dichos Accionistas y Accionistas Últimos del Concesionario incluyendo los Accionistas Fundadores, son libres para ampararse en aquellos métodos de resolución de

disputas que puedan serles legalmente disponibles de acuerdo a la Ley Boliviana (como por ejemplo arbitraje bajo las reglas de CCI, ICSID, o UNCITRAL y otros organismos internacionales similares). Las Partes acuerdan cooperar en el proceso arriba mencionado, en la medida que les sea permitido por Ley.

Convenio del CIADI

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.

(2) Se entenderá como "nacional de otro Estado Contratante":

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

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

(3) El consentimiento de una subdivisión política u organismo público de un Estado Contratante requerirá la aprobación de dicho Estado, salvo que éste notifique al Centro que tal aprobación no es necesaria.

(4) Los Estados Contratantes podrán, al ratificar, aceptar o aprobar este Convenio o en cualquier momento ulterior, notificar al Centro la clase o clases de diferencias que aceptarían someter, o no, a su jurisdicción. El Secretario General transmitirá inmediatamente dicha notificación a todos los Estados Contratantes. Esta notificación no se entenderá que constituye el consentimiento a que se refiere el apartado (1) anterior.

Artículo 43

Salvo que las partes acuerden otra cosa, el Tribunal en cualquier momento del procedimiento, podrá, si lo estima necesario,

- (a) solicitar de las partes la aportación de documentos o de cualquier otro medio de prueba
- (b) trasladarse al lugar en que se produjo la diferencia y practicar en él las diligencias de prueba que considere pertinentes.

Reglas de Arbitraje del CLADI

Artículo 34 Prueba: Principios generales

- (1) El Tribunal decidirá sobre la admisibilidad de cualquiera prueba rendida y de su valor probatorio.
- (2) El Tribunal podrá, si lo estima necesario en cualquier etapa del procedimiento:
 - (a) requerirle a las partes que presenten documentos, testigos y peritos; y
 - (b) visitar cualquier lugar relacionado con la diferencia o llevar a cabo indagaciones en él.
- (3) Las partes cooperarán con el Tribunal en la producción de la prueba y en las demás medidas contempladas en el párrafo (2). El Tribunal tomará nota formal del incumplimiento por una parte de sus obligaciones de acuerdo con este párrafo y de las razones aducidas para tal incumplimiento.
- (4) Se considerará que los gastos incurridos en la presentación de la prueba y la adopción de las demás medidas previstas en el párrafo (2) son parte de los gastos incurridos por las partes, como lo dispone el Artículo 61(2) del Convenio.

Artículo 41 Excepciones en materia de jurisdicción

- (1) Toda excepción que la diferencia o una demanda subordinada no cae dentro de la jurisdicción del Centro o que, por otras razones, no es de la competencia del Tribunal, deberá oponerse lo antes posible. La parte que oponga la excepción deberá presentársela al Secretario General a más tardar antes del vencimiento del plazo fijado para la presentación del memorial de contestación o, si la excepción se refiere a una demanda subordinada, para la presentación de la réplica, a menos que la parte no haya tenido conocimiento entonces de los hechos en los que se funda la excepción

(2) El Tribunal podrá considerar de oficio en cualquier estado del procedimiento, si la diferencia que se le ha sometido cae dentro de la jurisdicción del Centro y es de su propia competencia.

(3) En cuanto se oponga formalmente una excepción sobre la diferencia, se suspenderá el procedimiento sobre el fondo de la cuestión. El Presidente del Tribunal, después de consultar a los demás miembros, fijará un plazo dentro del cual las partes podrán hacer presente su parecer sobre la excepción.

(4) El Tribunal decidirá si las actuaciones adicionales relacionadas con la excepción serán orales. Podrá pronunciarse sobre la excepción como una cuestión preliminar o conjuntamente con el fondo de la diferencia. Si el Tribunal decidiere rechazarla o decidirla junto con el fondo de la diferencia, fijará nuevamente plazos para las actuaciones adicionales.

(5) Si el Tribunal decidiere que la diferencia no cae dentro de la jurisdicción del Centro o que no es de su competencia, dictará un laudo declarándolo.

Apéndice III

Traducción del texto de la carta del 29 de enero de 2003 remitida por el Tribunal a Earthjustice, asesora jurídica de los Peticionarios

Professor David D. Caron

C/o Ms. Margrete Stevens

Consejero jurídico principal

Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, MC6-611

Grupo Banco Mundial

Washington, D.C. 20433 Estados Unidos

29 de enero de 2003

J. Martin Wagner

Director, International Program, Earthjustice

426 17th Street, 6th Floor

Oakland, CA 94612

Estimado Sr. Wagner:

[46] Me dirijo a usted en respuesta a su carta del 28 de agosto de 2002, enviada al Secretario General del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), en que se solicita la remisión al Tribunal de una petición de intervención en el Caso del CIADI No. Arb/02/03, *Aguas del Tunari c/ la República de Bolivia*, solicitud que el Secretario General transmitió prontamente al suscrito y a los demás miembros del Tribunal, José Alberro y Henri Álvarez. Usted procedió con todo acierto al dirigir su solicitud al Tribunal, y no al propio CIADI, que cumple exclusivamente una función administrativa y de apoyo en la tramitación de casos por parte de cualquier tribunal.

[47] El Tribunal ha examinado ampliamente su solicitud; además solicitó, y posteriormente recibió, las opiniones de las partes de la controversia. Tal como surge del registro público del CIADI correspondiente a este caso, el Tribunal se constituyó conforme a las Reglas el 5 de julio de 2002, sin que las partes

formularan objeciones, y celebró la Primera Sesión sobre este tema el 9 de diciembre de 2002. En esa reunión, el Tribunal analizó su carta y la solicitud que en ella se formula, y consideró lo solicitado. Me dirijo a usted y a sus copeticionarios en nombre del Tribunal, acompañando la respuesta del cuerpo a cada una de las solicitudes enunciadas en su petición (cuya copia se adjunta a la presente).

[48] Primero, es opinión unánime del Tribunal que a sus solicitudes básicas exceden las facultades y autoridad reconocida a este Tribunal. La interrelación de los dos tratados en juego (el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones y el Acuerdo Bilateral sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre el Reino de los Países Bajos y Bolivia, de 1992) y el carácter consensual del arbitraje hacen que las cuestiones que ustedes plantean estén bajo el control de las partes, y no del Tribunal. En especial, al Tribunal le resulta manifiestamente claro que, a menos que las partes lo consientan, no está facultado para admitir la intervención en los procedimientos de entidades que no sea partes, dar acceso a audiencias a tales entidades o, *a fortiori*, al público en general, o hacer públicos los documentos de los procedimientos.

[49] Segundo, no se cuenta con el consentimiento de las Partes que se requiere para acceder a las solicitudes formuladas. El Tribunal no recibió ninguna indicación de que ese consentimiento estuviera por darse, pero se mantiene abierto a toda iniciativa de las partes en ese sentido.

[50] Tercero, el Tribunal opina que no es necesario a esta altura convocar a testigos o peritos o promover comunicaciones complementarias de entidades que no sean partes en la fase jurisdiccional de su labor. Esta opinión no implica prejuzgar en modo alguno sobre la cuestión del alcance de la potestad del Tribunal de convocar a testigos o recibir información de entidades que no sean partes por iniciativa propia del cuerpo.

[51] El Tribunal desea hacer hincapié en que ha considerado detenidamente su solicitud. La brevedad de nuestra respuesta no debe interpretarse en el sentido de que su solicitud no haya sido objeto de detenida consideración. Por el contrario, el Tribunal ha procurado responder a ella en forma diligente y eficiente. Además, como Earthjustice no es parte en esta diferencia, en nuestra respuesta necesariamente hemos tenido que evitar toda infracción a los compromisos asumidos en nuestras declaraciones como árbitros, suscritas conforme a la Regla de Arbitraje 6(2), para mantener el carácter confidencial de los procedimientos.

[52] El Tribunal valora el hecho de que a ustedes y a las entidades y personas con las que trabajan les preocupe la solución de esta controversia, pero las obligaciones del Tribunal surgen de los tratados que rigen esta controversia. Se ha hecho público que el nuevo tratado bilateral de inversiones entre Singapur y los Estados Unidos contiene disposiciones referentes a la participación, en calidad de *amicus curiae*, de

organizaciones no gubernamentales. La obligación del tribunal, en todo caso que se plantee en el marco de ese instrumento, consistirá en acatar sus disposiciones. No menos estricta es nuestra obligación de respetar la estructura y los requisitos de los instrumentos que rigen el caso de autos.

[53] El Tribunal agradece su carta y la petición adjunta a la misma, que quedarán archivadas en la Secretaría. Se han dado a conocer sus opiniones a la Secretaría del CIADI y a las Partes.

[54] En nombre propio y de los restantes miembros del Tribunal, saludo a usted respetuosamente.

David D. Caron

Presidente del Tribunal que entiende en el caso

Aguas del Tunari c/ la República de Bolivia

Apéndice IV

Traducción del texto de la carta del 1 de octubre de 2004, dirigida por el Tribunal al Gobierno de los Países Bajos

Professor David D. Caron

C/o Ms. Margrete Stevens

Consejero jurídico principal

Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones

1818 H St., N.W.

Washington, D.C. 20433, Estados Unidos

1 de octubre de 2004

Mr. J. G. Lammers

Legal Adviser

Ministerie van Buitenlandse Zaken

PO Box 20061

2500 EB The Hague, Países Bajos

Estimado Sr. Lammers:

[55] Me dirijo a usted en relación con tres preguntas y respuestas parlamentarias formuladas por legisladores entre el 21 de febrero y el 5 de junio de 2002, que han sido presentadas como prueba pertinente para el caso *Aguas del Tunari c/ la República de Bolivia*, arbitraje que tiene ante sí el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), Caso No. Arb/02/03.

[56] Me dirijo a usted en nombre del Tribunal constituido para ocuparse del asunto arriba referido, integrado por los Sres. José Luis Alberro-Semerena, Henri Álvarez y por el suscrito en calidad de Presidente. El Demandante del caso de autos basa la competencia del Tribunal en el Tratado Bilateral de Inversiones (TBI) entre los Países Bajos y Bolivia, suscrito el 10 de marzo de 1992, que entró en vigor el 1 de noviembre de 1994. El Tribunal ha escuchado argumentos con respecto a su competencia, cuestión sobre

la que está deliberando. Asimismo, reconoce la obligación de los Países Bajos, en el marco del Convenio del CIADI, de abstenerse de conceder protección diplomática a sus nacionales en caso de que se planteen las diferencias relativas a inversiones a las que se refiere el Convenio²¹. En este sentido, el Tribunal desea hacer hincapié en que no pretende que los Países Bajos den a conocer su opinión con respecto a su competencia en la cuestión de autos; antes bien sólo tiene interés en recibir comentarios de Países Bajos sobre las bases documentales específicas de las respuestas escritas que el Gobierno holandés dio a las preguntas de los legisladores.

[57] Específicamente, las partes del caso de autos han presentado pruebas y formulado argumentos referentes a la interpretación dada por el Gobierno de los Países Bajos a ciertas disposiciones del TBI celebrado con Bolivia. Las partes hacen referencia en parte a tres conjuntos de respuestas a dichas preguntas. Es en relación con esas respuestas que escribe el Tribunal. Adjuntamos los originales en holandés de tales respuestas, así como las traducciones extraoficiales al inglés de las mismas, tal como se proporcionaron al Tribunal²².

[58] En resumen, las tres series de respuestas a las preguntas de los legisladores son las siguientes.

[59] Primero, el 21 de febrero de 2002, el legislador Van Bommel planteó preguntas escritas al Secretario de Estado para Asuntos Económicos y al Ministro de Cooperación para el Desarrollo, referentes, *inter alia*, a la cuestión de si determinadas sociedades podían invocar el TBI Países Bajos-Bolivia en la diferencia en la que entiende este Tribunal²³. En nombre del Ministro de Cooperación para el Desarrollo y su Ministerio, el Secretario de Estado para Asuntos Económicos (ministro Ybema) respondió el 6 de marzo de 2002, absteniéndose de declarar si la diferencia de que se trata está comprendida en el marco del TBI, y señalando, en lugar de ello, *inter alia*, que la respuesta queda a "discreción del tribunal arbitral ante el que se ha planteado la diferencia"²⁴.

²¹ Véanse los Artículos 25 a 27 del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados del CIADI, en especial el Artículo 27:

- (1) Ningún Estado Contratante concederá protección diplomática ni promoverá reclamación internacional respecto de cualquier diferencia que uno de sus nacionales y otro Estado Contratante hayan consentido en someter o hayan sometido a arbitraje conforme a este Convenio, salvo que este último Estado Contratante no haya acatado el laudo dictado en tal diferencia o haya dejado de cumplirlo.
- (2) A los efectos de este Artículo, no se considerará como protección diplomática las gestiones diplomáticas informales que tengan como único fin facilitar la resolución de la diferencia.

²² Véanse los anexos 1 a 6.

²³ Véase, Preguntas de Legisladores ("Kamervragen"), Ejercicio legislativo 2001-2002, No. 765; véase el Anexo 1, traducción extraoficial al inglés, y el Anexo 2, original en holandés.

²⁴ Véase *Ibid.*, respuesta 6.

[60] Segundo, el 25 de marzo de 2002, el legislador Van Bommel formuló preguntas escritas adicionales, solicitando al Secretario de Estado y al Ministro que se pronunciaran "clara e inequívocamente acerca de si esas multinacionales pueden invocar el tratado de inversiones entre los Países Bajos y Bolivia en el caso de que se trata"²⁵. El Secretario de Estado contestó el 5 de abril de 2002, invitando al legislador a remitirse a su respuesta del 6 de marzo de 2002 y formulando comentarios adicionales de carácter general, que figuran en los Anexos 3 y 4.

[61] Tercero, el 18 de abril de 2002 un quinto grupo de legisladores, incluido el Sr. Van Bommel, plantearon preguntas adicionales al Ministro de Vivienda, Planificación Espacial y Medio Ambiente, al Ministro de Cooperación para el Desarrollo y al Secretario de Estado para Asuntos Económicos²⁶. Los legisladores preguntaron "¿Conocen ustedes la publicación 'Water, Human Right or Merchandise', de la Asociación Milieudefensie (Amigos de la Tierra)? ¿Qué opinión les merece, en términos generales, esa publicación?"²⁷. En nombre propio y del Secretario de Estado, el Ministro de Vivienda, Planificación Espacial y Medio Ambiente (Ministro Pronk) contestó el 5 de junio de 2002:

Sí. El acceso a un agua segura y pura reviste importancia. En la publicación se llama la atención del público en general sobre varios aspectos del complicado tema del agua. La cuestión merece esta atención, pero ese folleto contiene algunos errores fácticos o material sugestivo. Desearía hacer hincapié en determinado punto. En la página 16 ("La Guerra del Agua en Bolivia") se sostiene que Aguas del Tunari puede recurrir a la comisión de solución de controversias del Banco Mundial en el marco del Tratado de Inversiones Países Bajos-Bolivia, lo que es inexacto. Tal como recientemente se señaló al responder a preguntas del legislador Van Bommel [citándose las respuestas anteriores dadas a este último], el Gobierno sostiene que el tratado de inversiones no es aplicable a ese caso²⁸.

[62] En virtud del Convenio del CIADI, el Tribunal tiene el cometido de pronunciarse sobre su competencia en el caso de autos. Las partes de este arbitraje han cuestionado disposiciones del TBI mutuamente celebrado por los Países Bajos y Bolivia. Como el Gobierno de los Países Bajos no es parte en este arbitraje ni participa en ninguna otra calidad, la información provista por el Gobierno de los Países Bajos contribuiría con la labor del Tribunal. Teniendo en cuenta asimismo el Artículo 27 del Convenio del CIADI, arriba citado, y el hecho de que los Países Bajos no son parte en este arbitraje, el Tribunal es de la opinión de que esas preguntas deben ser específicas y de alcance limitado, encaminadas a obtener

²⁵ Preguntas de Legisladores, No. 959; véase el Anexo 3, traducción extraoficial al inglés, y el Anexo 4, original en holandés.

²⁶ Preguntas de Legisladores, No. 1229; véase el Anexo 5, traducción extraoficial al inglés, y el Anexo 6, original en holandés. Véase también el Anexo 7, traducción extraoficial al inglés de una síntesis de la publicación, y el Anexo 8, original en holandés.

²⁷ *Ibid.*, pregunta 1.

²⁸ Véase *ibid.*, respuesta 1. Véase también el Anexo 5, traducción extraoficial al inglés, y el Anexo 6, original en holandés.

información que respalde las posiciones hermenéuticas de aplicación general, en lugar de las relacionadas exclusivamente con determinado caso. El Tribunal se considera facultado para obtener esta información en virtud de lo dispuesto por la Regla 34 de las Reglas de Arbitraje del CIADI.

[63] Teniendo en cuenta todos esos factores, el Tribunal toma nota de que las respuestas dadas por escrito a las preguntas de los legisladores, arriba resumidas y cuyo texto completo se adjunta, no enuncian de por sí razones de aplicación general. Si la declaración del Gobierno de los Países Bajos por la que responde a las preguntas de los legisladores del 18 de abril de 2002 refleja la posición hermenéutica de aplicación general de ese Gobierno, el Tribunal solicita a éste que le proporcione información (del tipo indicado por los Artículos 31 y 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados como posiblemente pertinente), en que se base esa posición. El Tribunal hace saber que ya tiene ante sí el texto del TBI y la Nota Aclaratoria publicada en *Staten-Generaal, Ejercicio Legislativo 1992-1993, 22870 (R 1452)*, Nos. 37 y 1.

[64] El Tribunal se encuentra actualmente en deliberaciones sobre esta cuestión. Su respuesta podrá ser tenida en cuenta si se recibe antes del 15 de noviembre de 2004.

[65] El Tribunal le agradece la atención que se sirvan dispensar al asunto. En nombre propio y de los restantes miembros del Tribunal saludo a usted respetuosamente.

David D. Caron

Presidente del Tribunal que entiende en el caso

Aguas del Tunari c/ la República de Bolivia

[No se reimprime la Lista de Anexos].