

Caso No. ARB/00/5 del CIADI

AUTOPISTA CONCESIONADA DE VENEZUELA, C.A.
Demandante

contra

REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA
Demandada

DECISIÓN SOBRE COMPETENCIA

ÍNDICE

	Página
I. LAS PARTES	4
A. La demandante	4
B. La demandada	4
II. LOS HECHOS PERTINENTES RELATIVOS A LA COMPETENCIA	4
A. El sistema vial autopista Caracas–La Guaira	4
B. La formación de Aucoven	5
C. La concesión del sistema vial	5
D. La sociedad estadounidense Icatech	6
E. La transferencia de las acciones de Aucoven a Icatech	7
F. El inicio de la diferencia	10
G. Las intervenciones diplomáticas de México	11
III. CRONOLOGÍA DEL PROCEDIMIENTO	12
IV. LA POSICIÓN DE LAS PARTES RESPECTO DE LA COMPETENCIA	14
A. La posición de Venezuela	14
1. Las operaciones de Aucoven en Venezuela están controladas por ICA Holding	14
2. El control de Aucoven por parte de ICA Holding fue una condición para la aprobación de la transferencia de acciones	15
3. Los Estados Unidos no tienen un interés trascendente en este asunto	16
4. Intervenciones diplomáticas del gobierno mexicano	16
5. Venezuela no ha consentido a la jurisdicción del CIADI en las circunstancias de este caso, a saber: sobre la base de una relación de control ficticia	16

6.	La disposición relativa al “control extranjero” incluida en el Artículo 25(2)(b) no permite el ejercicio de la jurisdicción del CIADI en las circunstancias de este caso	18
7.	Aucoven no se puede beneficiar con las medidas diplomáticas de México y también con el arbitraje del CIADI	18
B.	La posición de Aucoven	19
1.	Las partes suscribieron una cláusula estableciendo el arbitraje del CIADI que está en vigor de acuerdo con sus términos	19
2.	La definición de “control extranjero” aceptada por las partes en la cláusula 64 es razonable y se debe cumplir	20
3.	Venezuela no ha señalado ninguna circunstancia que permita excluir el acuerdo entre las partes	21
4.	Los esfuerzos realizados por funcionarios mexicanos para alcanzar una solución amistosa no surten efectos en la competencia	22
5.	Los argumentos de Venezuela basados en la conveniencia no tienen validez jurídica	23
V.	LA COMPETENCIA DE ESTE TRIBUNAL	23
A.	Los textos pertinentes	23
1.	El Artículo 25 del Convenio del CIADI	23
2.	La Cláusula 63 del Contrato	24
3.	La Cláusula 64 del Contrato	26
B.	ANÁLISIS	28
1.	Introducción	28
2.	El Artículo 64 del Contrato: La conformidad de las partes al arbitraje del CIADI	28
3.	La Cláusula 64: Aceptación condicional al arbitraje CIADI	30

4.	La eficacia del acuerdo de las partes relativo al arbitraje del CIADI	31
5.	Los requisitos establecidos en el Artículo 25 del Convenio del CIADI	32
5.1	El consentimiento de las partes: la piedra angular de la jurisdicción del Centro	32
5.2	Los requisitos objetivos establecidos en el Artículo 25 del Convenio del CIADI	35
5.3	El acuerdo de las partes manifestado en la Cláusula 64 está dentro de los límites del Convenio del CIADI	40
6.	La aceptación por las partes del arbitraje del CIADI es válida y está en pleno vigor	45
7.	La importancia de la intervención de los funcionarios mexicanos	46
VI.	CONCLUSIÓN	47
VII.	LAUDO SOBRE JURISDICCIÓN	49

I. LAS PARTES

A. La Demandante

1. La Demandante, Autopista Concesionada de Venezuela, C.A. (“Aucoven”), es una sociedad constituida en virtud de las leyes de Venezuela, con domicilio social en La Florida, Avenida Las Acacias No. 39 Sector Av. Libertador y Andrés Bello, Caracas, Venezuela.

2. La Demandante está representada en este arbitraje por David W. Rivkin, Donald Francis Donovan y Alexander A. Yanos, de Debevoise & Plimpton, Nueva York.

B. La Demandada

3. La Demandada es la República Bolivariana de Venezuela (“Venezuela”). Está representada por el Gobierno de Venezuela, el Ministerio de Infraestructura (en calidad de sucesor del Ministerio de Transporte y Comunicaciones), Avenida Lecuna, Parque Central Torre Oeste, Piso 51, Caracas, Venezuela, y el Procurador General de Venezuela, Avenida Lazo Martí, Edificio Procuraduría General de la República, Piso 8, Santa Mónica, Caracas, Venezuela.

4. La Demandada está representada en este arbitraje por Alexander E. Bennett, Susan G. Lee, y Angie Armer-Rios, de Arnold & Porter, Washington D.C.

II. LOS HECHOS PERTINENTES RELATIVOS A LA COMPETENCIA

A. El Sistema Vial Autopista Caracas–La Guaira

5. El 20 de abril de 1994 el Presidente de Venezuela emitió el Decreto No. 138 sobre Concesiones de Obras Públicas y Servicios Públicos Nacionales (Demandante, Anexo No. 1).

6. En virtud del mencionado decreto se convocó una licitación para proyectar, construir, operar, conservar y mantener el Sistema Vial de la Autopista Caracas–La Guaira (el “Proyecto”) (Venezuela, Anexo No.

2). El proyecto incluía, además, la construcción de un viaducto alternativo sobre la Quebrada de Tacagua.

7. El Ministerio de Transporte y Comunicaciones, que posteriormente se transformó en el Ministerio de Infraestructura (“el Ministerio”), estaría a cargo del proceso y supervisión de la concesión (Venezuela, Anexo No. 2, artículo 12).

8. El 28 de diciembre de 1995, el Ministerio adjudicó la concesión a un consorcio integrado por ICA, una empresa mexicana de ingeniería y construcción, y Baninsa, un banco de inversión venezolano.

B. La Formación de Aucoven

9. Aucoven se constituyó el 24 de enero de 1996 con el objeto de ser la concesionaria del proyecto. La sociedad está domiciliada e inscrita en Caracas, Venezuela. Al momento de la constitución de Aucoven, ICA poseía el 99% de sus acciones y Baninsa el 1%.

10. ICA es una subsidiaria de Empresas ICA Sociedad Controladora, S.A. de C.V. (“ICA Holding” o “EMICA”), la casa matriz de un conglomerado mexicano de más de 140 empresas, que suministra una amplia gama de servicios de ingeniería, construcción y actividades de construcción conexas (Demandante, Anexo No. 7).

11. La mayoría de las acciones de ICA Holding se cotizan en la Bolsa Mexicana de Valores y en la Bolsa de Nueva York (Demandante, Anexo No. 8).

C. La Concesión Del Sistema Vial

12. Poco después de su constitución, Aucoven comenzó a negociar con el Ministerio un contrato para el establecimiento de los términos y condiciones de la concesión del sistema vial. El 23 de diciembre de 1996 (Demandante, Anexo A), Aucoven y el Ministerio suscribieron el Contrato de Concesión (el “Contrato”), en cuyos términos se ha fundado Aucoven para incoar este procedimiento. En virtud del Contrato, se otorgó a Aucoven el derecho exclusivo para proyectar, construir, operar, conservar y mantener la Autopista Caracas-La Guaira y la Carretera Vieja

Caracas-La Guaira (ello incluía la construcción del viaducto alternativo, mejoras considerables en la Autopista Caracas-La Guaira, así como mejoras a la Carretera Vieja Caracas-La Guaira) (Cláusula 2, Venezuela, Anexo No. 1).

13. En el marco del Contrato, se permitía que Aucoven recaudara los montos por concepto de peaje generados por la Autopista durante un período de 30 años (Cláusula 31, Venezuela, Anexo No. 1). Adicionalmente, el Ministerio garantizó a Aucoven el “Equilibrio Económico-Financiero de la Concesión”, de acuerdo con el “Plan Económico-Financiero”, sus actualizaciones, y los términos y condiciones del financiamiento negociado con las instituciones financieras. El “Equilibrio Económico-Financiero” (es decir, la capacidad de Aucoven para cubrir sus costos y obtener una remuneración justa y equitativa) se debía mantener en todo momento, con el fin de asegurar la continuidad de los servicios que prestaría Aucoven y el cumplimiento de los correspondientes servicios y obras (Demandante, Anexo No. 1, Cláusula 44).

14. El Ministerio, además, debía compensar a Aucoven mediante pagos directos y/o aumentos de las tarifas por cualquier hecho no atribuible a Aucoven y que afectara el Equilibrio Económico-Financiero (Demandante, Anexo No. 3, Cláusula 45).

D. La Sociedad Estadounidense Icatech

15. Icatech se constituyó el 2 de noviembre de 1989 en el Estado de Florida, Estados Unidos de América. La primera denominación de la sociedad fue ICA Investment Corporation. Esa denominación fue modificada a Icatech Corporation el 15 de junio de 1990 (Demandante, Anexo No. 6). Icatech tiene su domicilio principal en Miami, Condado de Dade (Demandante, Anexo No. 5).

16. Puesto que es una sociedad constituida conforme a las leyes de Florida, Icatech está sometida a las leyes y reglamentaciones de Florida y de los Estados Unidos. En particular, se le exigió que presentara su Acta Constitutiva ante el Secretario de Estado de Florida y que designara y mantuviera un agente registrado y un domicilio social permanente en Florida. Asimismo, se le exigió pagar los derechos obligatorios y debe presentar su informe anual ante el Secretario de Estado.

17. Al igual que ICA, Icatech es una subsidiaria que pertenece en su totalidad a la empresa mexicana ICA Holding. Poco después de su constitución, Icatech adquirió varias empresas del ramo de la construcción. Como consecuencia de la crisis del peso de 1995-1996, durante la cual la moneda mexicana fue devaluada en varias ocasiones, ICA Holding se propuso internacionalizar sus operaciones. No obstante, en las condiciones económicas imperantes en esos momentos, las empresas mexicanas tenían dificultades para financiar proyectos, y una vinculación con los Estados Unidos permitía ampliar la capacidad para obtener financiamiento. Aucoven sostuvo este hecho en la Audiencia del 28 de junio de 2001 y el mismo no fue objetado; el Tribunal considera que el hecho es factible. En consecuencia, ICA Holding decidió que su subsidiaria estadounidense Icatech estableciera o adquiriera varias empresas internacionales de proyectos, entre las que se incluía Aucoven (a saber: Empresas y Guatemala, Empresas y Chile, Empresas y Perú, IcaDom en la República Dominicana, subsidiarias en Malasia y Puerto Rico, IcaPanama, Demandante, Anexo No. 10; Venezuela, Anexo No. 4, págs. 6-7. Venezuela, Anexos Nos. 14, 6 (véase el párrafo siguiente)).

E. La transferencia de las acciones de Aucoven a Icatech

18. El Contrato entre Aucoven y Venezuela entró en vigor el 1 de abril de 1997. El 7 de abril de 1997, cuando Aucoven comenzó a operar el sistema vial, Aucoven solicitó, de conformidad con la Cláusula 7 del Contrato (véase el párrafo 92 más adelante), la autorización del Ministerio para transferir el 75% de las acciones de Aucoven a Icatech (Demandante, Anexo No. 11):

“[...] para que (i) Ingenieros Civiles Asociados, Sociedad Anónima de Capital Variable, sociedad mercantil debidamente constituida y existente de conformidad con las leyes de los Estados Unidos Mexicanos, pueda transferir a ICATECH CORPORATION (antes denominada ICA INVESTMENT CORPORATION), sociedad mercantil debidamente constituida y existente de conformidad con las leyes del Estado de Florida, Estados Unidos de América, domiciliada en 2655 Lejeune Road, Suite 546, Coral Gables, Florida 33134, e inscrita por ante el Departamento de Estado del Condado de Dade en fecha 30 de octubre de 1989, bajo el N° L27636, las Dos Millones Cuatrocientas Ochenta y Cuatro Mil Setecientos Veinte (2.484.720) Acciones

Clase “A” con un valor nominal de Un Mil Bolívares (Bs. 1.000,00) cada una, y Cuatrocientas Treinta y Tres Mil Ocho-cientas Cuarenta (433.840) Acciones Clase “B” con un valor nominal de Un Mil Bolívares (Bs. 1.000,00) cada una, integrantes del capital social de Autopista Concesionada de Venezuela, Acoven,[sic] C.A.; y para que (ii) Baninsa Finanzas y Valores, C.A., sociedad mercantil debidamente constituida y existente de conformidad con las leyes de la República de Venezuela, pueda transferir a ICATECH CORPORATION, antes identificada, las Treinta y Nueve Mil Cuatrocientas Cuarenta (39.440) Acciones Clase “D” con un valor nominal de Un Mil bolívares (Bs. 1.000,00) cada una, integrantes del capital social de Autopista Concesionada de Venezuela, Acoven,[sic] C.A. [...]” (Demandante, Anexo No. 11)

19. Al no recibir respuesta a su solicitud, Aucoven la reiteró el 11 de julio de 1997 (Venezuela, Anexo No. 25). En respuesta, el Ministerio solicitó información financiera adicional sobre Icatech, la que fue presentada el 18 de julio y el 13 de agosto de 1997 (Demandante, Anexos Nos. 12, 13).

20. El 7 de agosto de 1997, el Comisionado Especial del Ministro para las Concesiones remitió la solicitud presentada por Aucoven a la Dra. Carmen Carrillo, de la Consultoría Jurídica del Ministerio:

“Me dirijo a Usted con la finalidad de remitirle para su estudio y consideración, la solicitud presentada por la concesionaria Autopista Concesionada de Venezuela, C.A., remitida a esta Oficina mediante Hoja de Remisión N° 02350, recibida en fecha 14 de julio de 1997, por la cual la referida sociedad concesionaria requiere la autorización para efectuar las transferencias de las acciones que representan su capital social, de acuerdo con las condiciones que se especifican en la misma solicitud.

Al respecto, le informo que, en opinión de esta Oficina, las referidas transferencias de acciones son procedentes de conformidad a lo previsto en el artículo 33 del Decreto Ley N° 138 sobre Concesiones de Obras Públicas y Servicios Públicos Nacionales.[...]” (Venezuela, Anexo No. 26)

21. El 6 de abril de 1998, después de que Aucoven presentara otras peticiones, el Ministerio solicitó a Aucoven que suministrara un aval de la casa matriz de Icatech:

“[...] En respuesta y una vez revisados y analizados los documentos remitidos anexos a su solicitud, este Despacho observa:

1. ICATECH CORPORATION Y SUBSIDIARIAS:

De la evaluación efectuada a esta Empresa, observamos que constantemente presenta dificultades financieras, proveniente del resultado negativo de sus operaciones las cuales son cubiertas por la casa matriz; en consecuencia, es necesario exigir el aval de su único accionista para garantizar financieramente el cumplimiento del contrato a ejecutar. [...] (Venezuela, Anexo No. 27)

22. ICA Holding presentó el aval solicitado el 22 de abril de 1998. Aceptó asumir la responsabilidad conjunta por los aportes de acciones que Icatech debía efectuar a Aucoven, así como por todas y cada una de las obligaciones de Icatech, en calidad de accionista de Aucoven. ICA Holding también presentó sus estados contables, como un anexo a la misma carta, con el fin de facilitar la comprensión y evaluación de su capacidad técnica y financiera (Venezuela, Anexo No. 29).

23. El 7 de mayo de 1998, Aucoven reiteró su solicitud respecto de la transferencia de acciones.

24. El 6 de junio de 1998, el Ministerio solicitó la opinión del Procurador General en cuanto a si era necesaria la aprobación del Presidente de la República en Consejo de Ministros para la transferencia de acciones solicitada por Aucoven. El 29 de junio de 1998, el Procurador General de la República respondió que no era necesaria la aprobación del Consejo de Ministros para la transferencia de acciones, por ser ésta una de las atribuciones del Ministerio. El Procurador General de la República manifestó, además, lo siguiente:

“[...] Por lo demás, es importante destacar que, del oficio de la consulta se evidencia claramente que el Ministro de Transporte y Comunicaciones está consciente, que es de su responsabilidad

autorizar o no el traspaso de acciones de la Concesionaria, y que se pronuncia en términos favorables después de analizar ampliamente la solicitud desde el punto de vista económico-financiero y jurídico; y por eso no requiere la opinión del Procurador General de la República sobre el fondo del asunto. [...]” (Demandante, Anexo No. 16)

25. El 30 de junio de 1998, 15 meses después de la primera solicitud de Aucoven, el Ministerio autorizó la transferencia del 75% de las acciones de Aucoven a Icatech (Venezuela, Anexo No. 30).

26. El 28 de agosto de 1998, Icatech adquirió todas las acciones nominativas clase A de Aucoven y la mayoría de las acciones nominativas clase B pertenecientes a ICA (Venezuela, Anexo No. 24). Al mismo tiempo, compró las acciones nominativas clase D de Aucoven pertenecientes a Santiago de León Valores, C.A. (Venezuela, Anexo No. 42). Como resultado de esas operaciones, Icatech se convirtió en accionista mayoritario de Aucoven con el 75% de sus acciones.

27. El 31 de agosto de 1998, Aucoven suministró al Ministerio una copia de los citados contratos de compra de acciones (Demandante, Anexo No. 17). El 25% restante de las acciones de Aucoven quedaron en poder de ICA. El 14 de julio de 1999, Aucoven solicitó al Ministerio que autorizara la transferencia de esas acciones restantes a Icatech. Esa autorización no fue otorgada.

28. El 31 de agosto de 1998, los accionistas de Aucoven aprobaron una resolución en la que manifestaron que Aucoven estaba sometida al control extranjero por parte de Icatech a todos los efectos del Convenio de Washington y que Aucoven estaba sometida al régimen de arbitraje previsto en la Cláusula 64 del Contrato (véase la sección B.1, más adelante). La resolución se remitió al Ministerio el 1 de septiembre de 1998 (Venezuela, Anexo No. 43).

29. En una decisión administrativa de fecha 15 de septiembre de 1998, el Ministerio estableció, entre otras cosas, lo siguiente:

“[...] Debiendo no obstante observarles que este Ministerio celebró el contrato de concesión con una empresa venezolana domiciliada en Venezuela conforme a lo previsto en el Decreto con

rango y fuerza de Ley Orgánica N° 138, escogiéndose contractualmente como domicilio especial la ciudad de Caracas, por tanto, cualquier acto que pretenda cambiar el domicilio o nacionalidad de la misma no puede ser aprobado por este Despacho a menos que se obtenga la aprobación previa del Congreso de la República; asimismo, recordamos a usted que el contrato de concesión es un contrato administrativo y como tal, de interés público debiendo, de conformidad al Artículo 127 de la Constitución considerarse incorporada la cláusula según la cual “las dudas y controversias que puedan suscitarse sobre dichos contratos y que no llegaren a ser resueltas amigablemente por las partes contratantes, serán decididas por los tribunales competentes de la República, en conformidad con sus leyes, sin que por ningún motivo ni causa puedan dar origen a reclamaciones extrajeras.” (Venezuela, Anexo No. 44)

30. Las razones que motivaron esa decisión no son claras. No obstante, cuando Aucoven presentó un Recurso de Reconsideración respecto de la precitada decisión administrativa, el Ministerio confirmó, el 13 de enero de 1999, que las Cláusulas 63 y 64 del Contrato surtían plenos efectos entre las partes y eran legales y válidas:

“[...] Que, las cláusulas 63 y 64 del Contrato de Concesión N° MTC-COP-001-95, relativas al arbitraje, surten plenos efectos entre las partes contratantes, y se tienen como legales y válidas. [...]” (Venezuela, Anexo No. 45)

31. Durante los meses de octubre y noviembre de 1998, las partes analizaron la modificación de varias disposiciones del Contrato. Como resultado de esas deliberaciones, se efectuaron aclaraciones o se modificaron once cláusulas del Contrato y de su Anexo A (Demandante, Anexo No. 20). Las Cláusulas 63 y 64 no sufrieron modificaciones.

F. El inicio de la diferencia

32. El cumplimiento del Contrato ocasionó desacuerdos entre las partes, especialmente respecto de la aplicación de los aumentos de las tarifas de peaje según lo previsto en las Cláusulas 31 a 34 del Contrato.

33. El 8 de marzo de 2000, Aucoven envió una carta al Ministerio con el objeto de iniciar el procedimiento de conciliación de conformidad con la Cláusula 62 del Contrato de Concesión (Demandante, Anexos Nos. 22, 23, 24). Al fracasar dicho procedimiento de conciliación (Demandante, Anexos Nos. 23, 24), Aucoven presentó, el 1 de junio de 2000, una Solicitud de Arbitraje conforme a la Cláusula 64 del Contrato.

34. El 13 de junio de 2000, Aucoven notificó a Venezuela que daba por terminado el Contrato:

“1. Informamos al Ministerio la decisión de Aucoven de dar por terminado el Contrato de Concesión, de conformidad con los derechos otorgados a las partes en la Cláusula 60 del referido Contrato. No obstante lo anterior y bajo reserva expresa de todos los derechos derivados del Contrato de Concesión que correspondan a mi representada, queremos manifestarle que Aucoven está dispuesta a continuar ejecutando de buena fe las labores relativas a mantenimiento rutinario y recaudación del peaje previstas en el Contrato de Concesión, en el entendido de que la ejecución de buena fe de dichas labores no deberá afectar de manera alguna la terminación del Contrato de Concesión anteriormente invocada.

2. Solicitamos respetuosamente que el Ministerio proceda a dar por terminado el procedimiento administrativo iniciado mediante la Resolución No. 068 de fecha 25 de octubre de 1999, acordando para ello que la materia sobre la cual versa este procedimiento está reservada al Tribunal Arbitral competente, ya que, ciertamente, de acuerdo con la Cláusula 64 del Contrato de Concesión, Aucoven y el Ministerio acordaron someter a arbitraje por ante el Centro cualquier disputa o controversia relacionada con el Contrato de Concesión, en virtud de lo cual el procedimiento administrativo antes referido no puede tener ningún efecto sobre los derechos de Aucoven derivados del Contrato de Concesión”. (Demandante, Anexo No. 25)

G. Las intervenciones diplomáticas de México

35. En varias ocasiones, tanto antes como después de la transferencia del 75% de las acciones de Aucoven a Icatech, funcionarios mexi-

canos intentaron concertar reuniones con el Gobierno de Venezuela para encontrar una solución amistosa a los desacuerdos entre las partes. La carta enviada por el Embajador de México al Ministerio de Relaciones Exteriores de Venezuela el 25 de noviembre de 1999 es un ejemplo de esas gestiones:

“[...] Respetuosamente, en tales circunstancias solicito la intervención y valiosas gestiones de Vuestra Excelencia ante el Excelentísimo Presidente de la República, Señor Hugo Chávez Frías, para la búsqueda de una solución—viable y mutuamente aceptable—a los comentados aspectos pendientes del Contrato de Concesión, a fin de que pueda avanzar y consumarse el importante proyecto de la autopista Caracas-La Guaira, en el amplio entorno del tradicional entendimiento y de las cada vez más importantes relaciones entre México y Venezuela”. (Venezuela, Anexo No. 36; véase también Venezuela, Anexos Nos. 37, 38)

36. El Gobierno de México continuó realizando gestiones para que se llevaran a cabo conversaciones con miras a llegar a un arreglo (Venezuela, Anexo No. 39) después de la presentación de la Solicitud de Arbitraje por parte de Aucoven. Esas intervenciones fueron infructuosas.

III. CRONOLOGÍA DEL PROCEDIMIENTO

37. En este párrafo se detalla la secuencia de los hechos que llevaron a emitir la presente decisión sobre competencia:

- El 1 de junio de 2000, Aucoven presentó su Solicitud de Arbitraje.
- El 23 de junio de 2000, el Secretario General del CIADI registró la solicitud de arbitraje y notificó a las partes el acto de registro.
- Mediante la Cláusula 64 del Contrato, las partes acordaron que el Tribunal se iba a integrar por tres miembros de la Lista de Árbitros del Centro, uno nombrado por cada una de las partes y el tercer árbitro y presidente del Tribunal, nombrado por los dos árbitros designados por las partes
- El 1 de agosto de 2000, Aucoven designó al Profesor Karl-Heinz Böckstiegel como árbitro.

- El 14 de septiembre de 2000, Venezuela envió una carta al Secretario General del CIADI informándole que las partes habían acordado una prórroga de 90 días para que Venezuela designara a un árbitro.
- El 17 de noviembre de 2000, los representantes de Aucoven informaron al Secretario General del CIADI que Aucoven había dado por terminada la prórroga otorgada a Venezuela para que designara a un árbitro.
- El 6 de diciembre de 2000, Venezuela designó al Profesor Bernardo Cremades como árbitro.
- El 8 de enero de 2001, el Profesor Böckstiegel y el Profesor Cremades designaron a la Profesora Gabrielle Kaufmann-Kohler como Presidente del Tribunal.
- El 16 de enero de 2001, el Secretario General interino del CIADI notificó a las partes que todos los árbitros habían aceptado su nombramiento y que por lo tanto se consideraba que en esa fecha se había constituido el Tribunal.
- Mediante una carta de fecha 14 de febrero de 2001, Venezuela opuso excepciones a la competencia del Tribunal.
- El 15 de febrero, Aucoven presentó al Tribunal Arbitral sus argumentos preliminares en respuesta a la carta de Venezuela de fecha 14 de febrero de 2001.
- El Tribunal Arbitral celebró su primera sesión el 19 de febrero de 2001 en París. En esa ocasión, el Tribunal y las partes adoptaron las reglas procesales y convinieron un calendario para el procedimiento de arbitraje. El Tribunal tomó nota de las excepciones interpuestas por la Demandada a la competencia del Tribunal en los siguientes términos:

“Después de haber considerado los puntos de vista de las partes y las reglas pertinentes, el Tribunal decidió suspender el procedimiento respecto al fondo del asunto de acuerdo con la Regla 41(3) de las Reglas de Arbitraje. Se acordó que cada parte deberá presentar sus observaciones sobre la cuestión de la competencia (ver adelante párrafo 17) y que el Tribunal entonces decidirá si se pronunciará sobre las excepciones a la competencia como una cuestión preliminar o conjuntamente con el fondo de la diferencia. Esta decisión la tomará el Tribunal a más tardar el 13 de junio de 2001. Si se decidiera juntar las excepciones al fondo de la diferencia, se organizará una conferencia telefónica para discutir las siguientes etapas del procedimiento”. (Acta de la Primera Sesión del Tribunal)

- El 5 de abril de 2001, Venezuela presentó sus argumentos sobre la cuestión de la competencia.
- El 7 de mayo de 2001, Aucoven presentó un memorial de contestación en apoyo de la competencia.
- El 22 de mayo de 2001, Venezuela presentó sus argumentos adicionales sobre la cuestión de la competencia.
- El 6 de junio de 2001, Aucoven presentó un escrito de réplica en apoyo de la competencia.
- El 13 de junio de 2001, la Presidente del Tribunal de Arbitraje y los abogados de Aucoven y de Venezuela celebraron una audiencia preliminar con el objeto de organizar la audiencia sobre competencia que se llevaría a cabo el 28 de junio de 2001.
- El 14 de junio de 2001, el Tribunal emitió la Resolución Procesal No. 1 relativa a la organización de la audiencia sobre competencia.
- El 28 de junio de 2001, el Tribunal celebró, en Washington, D.C. una audiencia sobre las excepciones a la competencia. Durante la misma, cada parte presentó sus argumentos oralmente y el Tribunal Arbitral formuló preguntas a los abogados. Se realizó de inmediato una transcripción taquigráfica.
- Acto seguido, el Tribunal Arbitral procedió a deliberar y emitió esta decisión.

IV. LA POSICIÓN DE LAS PARTES RESPECTO DE LA COMPETENCIA

A. La posición de Venezuela

38. Venezuela argumenta que se debe desestimar la reclamación de Aucoven alegando que el Tribunal Arbitral carece de competencia. Aucoven es una empresa constituida en Venezuela, y Venezuela no acordó jamás que la trataría como un nacional de otro Estado Contratante en razón del control extranjero de conformidad con el Artículo 25(2)(b) del Convenio del CIADI. En realidad, el argumento de Aucoven relativo a la jurisdicción del CIADI se basa en dos hechos ficticios, a saber: que Aucoven está sometida al control extranjero de un nacional de los Estados Unidos y que Venezuela prestó conformidad a la jurisdicción del CIADI basándose en tal control extranjero ficticio.

1. Las operaciones de Aucoven en Venezuela están controladas por ICA Holding

39. Desde su constitución hasta la fecha, Aucoven ha sido una subsidiaria de propiedad absoluta o mayoritaria de ICA Holding, a través de una o más de las subsidiarias de ICA Holding. La transferencia de las acciones a Icatech no modificó el control directo y participación de ICA Holding en las operaciones y la toma de decisiones respecto de Aucoven. ICA Holding no sólo es el único accionista de ICA, Icatech y varias otras subsidiarias, sino que también ejerce el control directo sobre esas subsidiarias. Cabe señalar que varios funcionarios y directores de ICA Holding ocupan los mismos cargos en varias de las subsidiarias, incluidas ICA e Icatech (Venezuela, Anexos Nos. 15, 16). También es importante señalar que se exigió la presencia del Dr. José Luis Guerrero, Vicepresidente Ejecutivo del grupo ICA, en casi todas las reuniones importantes celebradas con los funcionarios de Venezuela respecto de las operaciones de Aucoven (Venezuela, Anexos Nos. 14, 16, 17).

40. La transferencia de acciones a Icatech no redujo el control que ICA Holding ejercía sobre las operaciones de Aucoven en Venezuela. Por ejemplo, el Presidente de Aucoven continuó solicitando que el Ministro de Infraestructura se reuniera con él y con el Dr. Guerrero, el Vicepresidente mexicano de Aucoven (Venezuela, Anexos Nos. 20, 21). Los nacionales mexicanos vinculados al Grupo ICA continuaron controlando las decisiones relativas al futuro de Aucoven en Venezuela (Venezuela, Anexos Nos. 33, 34, 35). En todo momento pertinente a este caso, el Consejo de Administración de Aucoven estuvo controlado mayoritariamente por nacionales mexicanos (Venezuela, Anexos Nos. 37, 38).

41. Estos elementos indican que ICA Holding ha ejercido en todo momento el control efectivo de Aucoven, no obstante la transferencia del 75% de las acciones de Aucoven a Icatech.

2. El control de Aucoven por parte de ICA Holding fue una condición para la aprobación de la transferencia de acciones

42. El control permanente de las operaciones de Aucoven por parte de ICA Holding fue una condición para que el Ministerio venezolano aprobara la transferencia de acciones. Se explicó a Venezuela que la trans-

ferencia de acciones no afectaría ningún aspecto material de la concesión debido a que ICA e Icatech pertenecían a ICA.

43. Dado que Icatech se encontraba en una situación financiera peligrosa y dependía de su casa matriz, el Ministerio comunicó a Aucoven que no aprobaría la transferencia de acciones a menos que ICA Holding garantizara las obligaciones de Icatech (Venezuela, Anexo No. 29). Cuando finalmente prestó conformidad a la transferencia de acciones, el Ministerio indicó claramente que su decisión se fundaba en el hecho de que Aucoven había cumplido los requisitos incluidos en su requerimiento de fecha 6 de abril de 1998; a saber, que se había otorgado el aval solicitado (Venezuela, Anexo No. 30).

3. Los Estados Unidos no tienen un interés trascendente en este asunto

44. Los Estados Unidos no tienen un interés nacional trascendente en este asunto por cuanto involucra a una empresa venezolana controlada por intereses mexicanos, por una parte, y la República de Venezuela, por la otra. En la fecha en que se presentó este caso y hasta el mes de agosto de 2000, ningún funcionario o director de Aucoven era ciudadano de los Estados Unidos.

4. Intervenciones diplomáticas del Gobierno mexicano

45. El control ejercido por nacionales mexicanos queda además confirmado por las intervenciones diplomáticas llevadas a cabo por el Gobierno de México tanto antes como después de la transferencia de las acciones. Las medidas del Gobierno de México incluyeron contactos entre sus funcionarios y los funcionarios del Gobierno de Venezuela (Venezuela, Anexos Nos. 31, 32, 33, 34, 35, 36, 37).

46. México continuó realizando gestiones diplomáticas durante 1999 y 2000. El 4 de agosto de 2000, el Embajador de México y el Ministro de Infraestructura de Venezuela celebraron una reunión durante la cual el Embajador insistió en que se debía solucionar la diferencia entre Aucoven y Venezuela. El Ministro aceptó abrir un período de conversaciones para llegar a un arreglo y, como resultado de ello, en septiembre de 2000 se suspendió provisionalmente el procedimiento de arbitraje.

5. *Venezuela no ha consentido a la jurisdicción del CIADI en las circunstancias de este caso, a saber: sobre la base de una relación de control ficticia.*

47. Venezuela no acordó jamás que, en razón de la transferencia de acciones, Aucoven sería tratada como un nacional de los Estados Unidos a los efectos de la jurisdicción del CIADI. Cuando recibió la resolución de Aucoven de fecha 31 de agosto de 1998, Venezuela rechazó con prontitud la posición asumida por Aucoven, quien alegaba encontrarse bajo el control de una empresa de los Estados Unidos y afirmaba que cualquier diferencia debía ser sometida al arbitraje del CIADI para su solución (Venezuela, Anexo No. 44).

48. El consentimiento de las partes es la piedra angular de la jurisdicción del CIADI. En el Artículo 25(2)(b) se requiere que las partes presten su consentimiento, clara y explícitamente, a la jurisdicción del CIADI y acuerden atribuirle carácter de nacional de otro Estado Contratante a un nacional del Estado parte en la diferencia (*Holiday Inns contra Marruecos* (Caso No. ARB/72/1) en P. Lalive: *The First World Bank Arbitration (Holiday Inns v. Morocco)—Some Legal Problems*, 1 ICSID Reports 645 (1993), (Venezuela, Fuentes documentales, No. 4); *Cable Television of Nevis, Ltd. y Cable Television of Nevis Holdings, Ltd. contra Federación de San Cristóbal (St. Kitts) y Nevis* (Caso No. ARB/95/2), Laudo de fecha 16 de diciembre de 1996, 13 ICSID Review—FILJ 328 (1998) (Venezuela, Fuentes documentales, No. 3); *Klöckner Industrie-Anlagen GmbH y otros contra la República de Camerún* (Caso No. ARB/81/2), Laudo de fecha 21 de octubre de 1983, 2 ICSID Reports 4 (1994) (Venezuela, Fuentes documentales, No. 5); *Amco Asia Corporation y otros contra la República de Indonesia* (Caso No. ARB/81/1), Decisión sobre competencia de fecha 25 de septiembre de 1983, 1 ICSID Reports 377 (1993) (Venezuela, Fuentes documentales, No. 1); *Liberian Eastern Timber Corporation (LETCO) contra el Gobierno de la República de Liberia* (Caso No. ARB/83/2), Laudo de fecha 31 de marzo de 1986 y rectificación de fecha 14 de mayo de 1986, 2 ICSID Reports 343 (1994) (Venezuela, Fuentes documentales, No. 6); *Société Ouest Africaine des Bétons Industriels (SOABI) contra el Estado de Senegal*, Decisión sobre competencia de fecha 1 de agosto de 1984, 2 ICSID Reports 165 (1994) (Venezuela, Fuentes documentales, No. 8).

49. En el presente caso, cuando suscribieron el Contrato las partes no acordaron que el CIADI tendría jurisdicción en razón del control extranjero al cual estaba sometida Aucoven en ese momento, es decir el control del Grupo ICA de México. Por ende, no se puede inferir en forma razonable que la República prestó consentimiento a la jurisdicción del CIADI, ni que aceptó que Aucoven fuese tratada como un nacional de los Estados Unidos, en tanto y cuanto permaneciera bajo el control del Grupo ICA. Por lo tanto, el consentimiento de Venezuela al arbitraje en las presentes circunstancias estaba limitado a un arbitraje llevado a cabo por árbitros independientes en Caracas y de acuerdo con la ley venezolana, conforme a lo previsto en la Cláusula 63 del Contrato.

50. De acuerdo con Venezuela, una lectura completa de las Cláusulas 63 y 64 indica que el consentimiento de las partes a la jurisdicción del CIADI está supeditado a una transferencia del control efectivo a un nacional de otro Estado Contratante, como lo exige el Artículo 25(2)(b). La transferencia de las acciones de Aucoven entre subsidiarias de ICA Holding no establece el consentimiento de Venezuela a la jurisdicción del CIADI. En consecuencia, la Cláusula 64 del Contrato no entró en vigor.

6. La disposición relativa al “control extranjero” incluida en el Artículo 25(2)(b) no permite el ejercicio de la jurisdicción del CIADI en las circunstancias de este caso.

51. Los casos en los cuales se tomó una decisión basada en el Artículo 25(2)(b) establecen que el “control extranjero” mencionado en la segunda cláusula del Artículo 25(2)(b) significa control extranjero por nacionales de un Estado Contratante que haya firmado el Convenio. Además, el “control extranjero” debe cumplir un criterio objetivo (*Vacuum Salt Products Ltd. Contra el Gobierno de la República de Ghana* (Caso No. ARB/92/1), Laudo de fecha 16 de febrero de 1994, 4 ICSID Reports 165 (1994) (Venezuela, Fuentes documentales, No. 9). En consecuencia, el tribunal arbitral debe tener en cuenta la verdadera relación de control (*Banro American Resources, Inc. y Société Aurifère du Kivu et du Maniema, S.A.R.L. contra la República Democrática del Congo* (Caso No. ARB/98/7), Laudo declinando la competencia, de fecha 1 de septiembre de 2000 (Venezuela, Fuentes documentales, No. 2); LETCO (Venezuela, Fuentes documentales, No. 6); SOABI (Venezuela, Fuentes documentales, No. 8); Christoph Schreuer: *Commentary on the ICSID Convention*, 12 ICSID Review—FILJ 59 (1997) (Segunda parte de comentarios sobre

el Artículo 25), 560, 562-563 (Venezuela, Fuentes documentales, No. 11).

52. Por lo tanto, aún cuando las partes hubiesen acordado asignar a Aucoven el carácter de nacional de los Estados Unidos a los efectos de la competencia, el Tribunal debería declinar la jurisdicción del Centro en razón de que el control de Aucoven es ejercido en forma generalizada por nacionales mexicanos, quienes también participan en sus asuntos.

7. Aucoven no se puede beneficiar con las medidas diplomáticas de México y también con el arbitraje del CIADI

53. Los nacionales de los Estados no contratantes no tienen acceso al CIADI. Las obligaciones asumidas por un Estado Contratante en el marco del tratado son, efectivamente, una parte importante del equilibrio que los redactores del Convenio de Washington procuraron alcanzar. Es importante señalar que cuando un nacional de un Estado Contratante presta consentimiento a un procedimiento del CIADI, se produce una suspensión de la protección diplomática de acuerdo con el Artículo 27 del Convenio (Christoph Schreuer: *Commentary on the ICSID Convention*, 11 ICSID Review—FILJ No. 175 (1997) (Venezuela, Fuentes documentales, No. 11); Aron Broches: *The Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States*, 136 Recueil des Cours 331, 356 (1972-II) (Venezuela, Fuentes documentales, No. 12); *Banro* (Venezuela, Fuentes documentales, No. 2).

54. En este caso, México formuló protestas por la vía diplomática ante la República de Venezuela, en favor del demandante, inclusive después de haberse efectuado la transferencia de acciones. En realidad, México ha adoptado como propia la reclamación de Aucoven y la ha respaldado (véase Venezuela, Anexos Nos. 36, 37, 38). México está libre de compromisos convencionales que le impida proporcionar protección diplomática a Aucoven, inclusive mientras ésta última prosigue con este procedimiento de arbitraje.

55. Permitir en estas circunstancias que Aucoven tenga acceso al arbitraje del CIADI sin tener en cuenta que la casa matriz mexicana ejerce en forma decisiva el control y el dominio de Aucoven, es contrario al texto y objeto del Convenio. Ello sería incompatible con la estructura general del CIADI, cuyo objeto es evitar que ocurra una situación en la

que un inversionista se beneficie simultáneamente con la protección diplomática y con el arbitraje del CIADI. Ni el Convenio del CIADI, ni ningún consentimiento prestado por la República o acordado por ella, permiten que Aucoven obtenga ambos beneficios.

56. En conclusión, al suscribir el Contrato las partes acordaron que las diferencias se solucionarían mediante un mecanismo de arbitraje venezolano. Tal arbitraje es el foro apropiado para resolver esta diferencia. Las cuestiones relativas a los gastos, la carga de la prueba, la conveniencia de las partes y de los testigos y el respeto por las opciones elegidas explícitamente por las partes, respaldan plenamente esta posición.

B. La posición de Aucoven

57. Aucoven considera que se han cumplido las condiciones del Artículo 25(2)(b) pues las partes acordaron atribuirle a Aucoven el carácter de nacional de otro Estado Contratante por estar sometida a control extranjero. En consecuencia, Aucoven sostiene que las excepciones a la competencia opuestas por Venezuela deben ser desestimadas.

1. Las partes suscribieron una cláusula estableciendo el arbitraje del CIADI que está en vigor de acuerdo con sus términos

58. Mediante la Cláusula 64 del Contrato, Venezuela consintió al arbitraje del CIADI si un nacional de un Estado Contratante se convertía en su accionista mayoritario.

59. El Convenio del CIADI permite que las partes subordinen la entrada en vigor de una cláusula de arbitraje al cumplimiento posterior de ciertas condiciones, como por ejemplo la adhesión al Convenio por parte de los Estados involucrados o la constitución de la persona jurídica prevista en el contrato. En virtud de este supuesto, se considera que una parte ha prestado su consentimiento en la fecha en la que se cumplen finalmente esas condiciones (*Holiday Inns S.A. contra Marruecos* (Venezuela, Fuentes documentales, No. 4).

60. El 28 de agosto de 1998, con la autorización expresa de Venezuela, se vendió el 75% de las acciones de Aucoven a Icatech, una sociedad constituida en virtud de las leyes del Estado de Florida cuyo domicilio prin-

cial está en Miami (Demandante, Anexos Nos. 5, 6; Venezuela, Anexos Nos. 24, 42). En consecuencia, el consentimiento de Venezuela a la jurisdicción del CIADI entró en vigor ese día y no puede ser revocado.

2. *La definición de “control extranjero” aceptada por las partes en la cláusula 64 es razonable y se debe cumplir*

61. Los encargados de redactar el Artículo 25(2)(b) del Convenio del CIADI se abstuvieron deliberadamente de definir la expresión “control extranjero” con el fin de otorgar amplias facultades a las partes para que ellas proporcionaran una definición (A. Broches: *The Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States*, 136, Recueil des Cours 331, 360 (1972-II) (Venezuela, Fuentes documentales, Anexo 12). En síntesis, resolvieron las dificultades relativas a la definición reconociendo que las partes tenían autonomía para convenir los criterios que utilizarían para determinar el control extranjero.

62. La libertad de las partes para definir el término “control extranjero” en el marco del Artículo 25(2)(b) se confirmó en *Vacuum Salt Ltd. contra Ghana* (Venezuela, Fuentes documentales, No. 9) y otros comentarios de autoridades en la materia (C.F. Amerasinghe: *Jurisdiction Rationae Personae under the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States*, 47 B.Y.I.L. 227, 262 (1974/75) (Demandante, Fuentes documentales, No. 9); C.F. Amerasinghe: *Interpretation of Article 25(2)(b) of the ICSID Convention*, en 232 (Demandante, Fuentes documentales, No. 8); P.C. Szasz: *A Practical Guide to the Convention on Settlement of Investment Disputes*, 1 Cornell Int'l L. J., 1 20 (1968) (Demandante, Fuentes documentales, No. 14).

63. En el caso actual, Venezuela y Aucoven acordaron que Aucoven se encontraría bajo “control extranjero”, y que la Cláusula 64 entraría en vigor si se transfería la mayoría de las acciones de Aucoven a un nacional de un Estado Contratante. Las partes acordaron, por lo tanto, que el criterio aplicado para determinar el “control extranjero” se cumpliría cuando la mayoría de las acciones de Aucoven pertenecieran a un nacional de un Estado Contratante. Las partes no tuvieron en cuenta ninguna otro criterio.

64. El acuerdo incluido en la Cláusula 64 es razonable: las partes establecieron que “control” significaba “control directo” y utilizaron el criterio tradicional de la titularidad de las acciones para determinar el control. Efectivamente, como se desprende claramente de los dos casos más importantes que se ocupan en ciertos pasajes de control extranjero (nos referimos a *Amco* (Venezuela, Fuentes documentales, Anexo 1) y *SOABI* (Venezuela, Fuentes documentales, No. 8), si bien existen fundamentos para afirmar que el control directo no es el único medio que permite determinar el control en virtud del Artículo 25(2)(b), también es indudable que el control directo es un método razonable para determinar el control que está a disposición de las partes que suscribieron una cláusula de arbitraje CIADI.

65. En vista del acuerdo de las partes respecto de ese criterio para determinar el control, no existen motivos para que el Tribunal analice otros criterios (por ejemplo, la nacionalidad de los miembros del Consejo de Administración, la frecuencia de las visitas de los miembros del Consejo de Administración del accionista directo, la frecuencia de la “supervisión” de las actividades de Aucoven, el apoyo financiero, etc.), aunque esos criterios pudieran ser pertinentes en otras circunstancias.

66. No obstante ello, Aucoven desea señalar que desde que Icatech se convirtió en su accionista mayoritario, todas las resoluciones han sido aprobadas mediante el voto de Icatech únicamente. Del mismo modo, Icatech ejerció el control al adoptar las resoluciones de los accionistas en virtud de las cuales Aucoven dio por terminado el Contrato.

3. Venezuela no ha señalado ninguna circunstancia que permita excluir el acuerdo entre las partes

67. Aunque Venezuela considera que la identidad corporativa de Icatech es una simple formalidad, esa formalidad es el elemento esencial de la economía global. Ningún Estado, corte o tribunal tiene derecho a excluir esa identidad corporativa, salvo en aquellos casos en que las partes den su consentimiento o cuando la empresa haya participado en un abuso o fraude. En este caso, no han ocurrido esas circunstancias.

68. El hecho de que los miembros de los Consejos de Administración de Aucoven e Icatech sean nacionales mexicanos, como también el hecho de que ICA Holding se haya esforzado en resolver la presente dife-

rencia y haya proporcionado apoyo financiero a Icatech no son suficientes para desconocer la identidad corporativa independiente de Icatech (Pierre Lalive: *The First World Bank Arbitration (Holiday Inns contra Marruecos)*—*Some Legal Problems*, 1 ICSID Reports 645 (1993) (Venezuela, Fuentes documentales, Anexo 4); Klöckner (Demandante, Fuentes documentales, No. 19).

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.

70. Además Aucoven no ha cometido ningún abuso. Desde su constitución, Icatech ha sido una empresa activa. Posee directa o indirectamente alrededor de 20 subsidiarias (Demandante, Anexo No. 10). Icatech adquirió su participación mayoritaria en Aucoven cuando reorientó sus actividades hacia el mercado internacional.

71. Aucoven no defraudó al Ministerio. El Ministerio no podía ignorar que Icatech era un nacional de los Estados Unidos y contó con todas las oportunidades posibles para evaluar las consecuencias legales de la transferencia de acciones. Por lo tanto, el argumento de Venezuela de que Aucoven tenía la obligación afirmativa de informar al Ministerio las consecuencias legales resultantes de la Cláusula 64 respecto de la transferencia de acciones, no tiene sustento jurídico.

4. Los esfuerzos realizados por funcionarios mexicanos para alcanzar una solución amistosa no pueden afectar la competencia

72. Las disposiciones del Artículo 27(1) que prohíben conceder protección diplomática no pretenden desalentar la solución amistosa de las diferencias.

73. México no ha presentado en momento alguno una protesta formal ante el Gobierno de Venezuela. No ha de ningún modo iniciado una reclamación y no se ha producido una diferencia internacional entre México y Venezuela. Por lo tanto, aún cuando las actividades de México

podieran afectar los derechos de Aucoven, lo cual no es así, ello no sucedería en este caso.

74. Aunque se pudiera considerar que las acciones de México constituyen una forma de protección diplomática prohibida, las disposiciones del Artículo 27(1) no serían aplicables en estas circunstancias. En efecto, México no es una Parte Contratante y, por lo tanto, no está comprendido en el Artículo 27(1). En ese artículo se limita la prohibición de conceder protección diplomática a las diferencias en las cuales el demandante es nacional del Estado que concede la protección (Christopher Schreuer: *Commentary on Article 27 of the ICSID Convention*, 12 ICSID Review—FILJ 205 (1997) en 206,1 (Demandante, Fuentes documentales, No. 13).

75. Si bien el hecho de que un inversionista solicite activamente protección diplomática puede ser configurado como una infracción del Artículo 26, no existe sustento, sin embargo, para argumentar que un tribunal del CIADI debe declinar su competencia sobre la base de ese fundamento.

5. Los argumentos de Venezuela basados en la conveniencia no tienen validez jurídica

76. Finalmente, Venezuela argumenta que las consideraciones relativas a la conveniencia deben influir en la interpretación de las disposiciones sobre arreglo de diferencias incluidas en el Contrato. Tales argumentos no tienen relevancia jurídica.

V. LA COMPETENCIA DE ESTE TRIBUNAL

A. LOS TEXTOS PERTINENTES

77. Antes de iniciar la discusión sobre competencia, sería talvez útil presentar el texto completo de las disposiciones pertinentes del Convenio y del Contrato. Estas disposiciones son el Artículo 25 del Convenio del CIADI y las Cláusulas 63 y 64 del Contrato.

1. El Artículo 25 del Convenio del CIADI

“(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.*

2. La Cláusula 63 del Contrato

78. Mediante la Cláusula 63 del Contrato, las partes acordaron someter sus diferencias a arbitraje *ad hoc* en Caracas de acuerdo con el Código de Procedimiento Civil venezolano y la Ley Modelo de Arbitraje

Comercial Internacional de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional:

“De conformidad con lo expresamente previsto en el artículo 10 del Decreto con rango y fuerza de la Ley Orgánica No. 138 que permite que las dudas y controversias que puedan suscitarse con motivo de la interpretación y/o ejecución de la Concesión, y en vista de los financiamientos e inversiones internacionales necesarios para poder cumplir con la Concesión, las partes convienen en que: Cualquier duda y controversia que pueda suscitarse con motivo de la interpretación y/o ejecución del Contrato que no pueda ser resuelta amistosamente mediante el procedimiento de conciliación establecido en la Cláusula anterior en un lapso total de treinta (30) días hábiles contados a partir de la última notificación prevista en la Cláusula 62 de este documento, deberá ser resuelta mediante arbitraje de derecho cuyo procedimiento se regirá por las disposiciones del Código de Procedimiento Civil Venezolano en tanto las mismas no sean modificadas por este documento o por la Ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional aprobada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional el 21 de junio de 1985 (CNUDMI, 1985) (“Ley Modelo”), cuyas disposiciones se entienden incorporadas en este documento.

El arbitraje se tramitará en castellano en la ciudad de Caracas, por un Tribunal Arbitral (el “Tribunal”) integrado por tres (3) árbitros independientes, quedando entendido que cada una de las partes nombrará un (1) árbitro y el tercer árbitro, que será el presidente del Tribunal, deberá ser designado de mutuo acuerdo por los dos (2) árbitros designados por las partes. Si en un lapso de veinte (20) días hábiles contados a partir del recibo de requerimiento de la otra parte, una parte no nombra al árbitro que le corresponde o si dentro del mismo lapso contado a partir de la designación de los mismos por las partes, éstos no se pueden poner de acuerdo para la designación del tercer árbitro, éste será designado de conformidad con la Ley Modelo. La juramentación de los árbitros, su recusación, la validez de la cláusula de arbitraje y la ejecución del laudo o decisión arbitral en Venezuela se regirán en Venezuela por las reglas del Código de Procedimiento Civil venezolano. Cada una de las partes renuncia a cualquier

derecho que pueda tener ahora o en el futuro de iniciar o mantener cualquier juicio o procedimiento legal con respecto a cualquier disputa, reclamo, controversia, desacuerdo y/o diferencia relacionada, derivada o en conexión con este Contrato o relacionada en cualquier forma con la interpretación, ejecución, incumplimiento, terminación y/o resolución del mismo por cualquier mecanismo distinto al previsto en esta Cláusula. La validez y legalidad de la Concesión serán discutidas por ante la Corte Suprema de Justicia y quedarán excluidas de la presente cláusula.”

3. La Cláusula 64 del Contrato

79. Venezuela siendo parte contratante del Convenio del CIADI, las partes acordaron suscribir la Cláusula 64 relativa al arbitraje CIADI en lugar del arbitraje *ad hoc* establecido en la Cláusula 63, si la siguiente condición se cumplía:

“Por cuanto en virtud de la Ley Aprobatoria del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados y de su ratificación, publicadas en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela No. 35685 de fecha 3 de Abril de 1995, que constituye derecho vigente en Venezuela, la REPUBLICA DE VENEZUELA ha considerado conveniente someter a métodos internacionales de arreglo las diferencias que se puedan presentar frente a inversionistas nacionales de otros Estados Contratantes, las partes acuerdan que si el accionista o accionistas mayoritario(s) de la CONCESIONARIA llegara(n) a ser nacional(es) de un país en el que se encuentra vigente el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, la Cláusula 63 de este documento quedará de inmediato sustituida por el texto siguiente:

“Cualquier disputa, reclamo, controversia, desacuerdo y/o diferencia relacionada, derivada o en conexión con la Concesión o relacionada en cualquier forma con la interpretación, ejecución, incumplimiento, terminación, resolución de la misma, a todos los cuales ambas partes reconocen el carácter de inversión, que no pueda ser resuelta amistosamente mediante el procedimiento

de conciliación establecido en la cláusula anterior en un lapso total de treinta (30) días hábiles contados a partir de la última notificación dada conforme a los medios establecidos en este Documento deberá ser resuelta por el Centro Internacional de Arbitraje de Diferencias Relativas a Inversiones (el “Centro”), mediante arbitraje de conformidad con las disposiciones del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados (el “Convenio”) y, salvo acuerdo contrario de las partes, de conformidad con las Reglas de Arbitraje del Centro vigentes para la fecha de entrada en vigencia de esta cláusula (las “Reglas de Arbitraje”). El arbitraje se tramitará en la sede del Centro por un Tribunal de Arbitraje (el “Tribunal”) integrado por tres (3) árbitros de la Lista de Árbitros del Centro, quedando entendido que cada una de las partes nombrará un (1) árbitro y el tercer árbitro, que será el presidente del Tribunal, deberá ser designado de mutuo acuerdo por los dos (2) árbitros designados por las partes. Si en un lapso de veinte (20) días hábiles contados a partir de la designación de los árbitros por las partes, éstos no se pueden poner de acuerdo para la designación del tercer árbitro, éste será designado de conformidad con las Reglas de Arbitraje. Cada una de las partes renuncia a cualquier derecho que pueda tener ahora o en el futuro de iniciar o mantener cualquier juicio o procedimiento legal con respecto a cualquier controversia, hasta que la misma haya sido determinada de conformidad con el citado procedimiento de arbitraje, y luego únicamente para hacer valer el laudo o decisión emitida en dicho procedimiento de arbitraje. Tanto la REPUBLICA DE VENEZUELA, actuando a través de EL MINISTERIO, como LA CONCESIONARIA, acuerdan en atribuirle a LA CONCESIONARIA, una persona jurídica venezolana sometida a control extranjero para la fecha de entrada en vigencia de esta cláusula, el carácter de “Nacional de otro Estado Contratante” para todos los fines de la aplicación de esta Cláusula y de las disposiciones del Convenio.

No obstante lo previsto en esta Cláusula 64, si por cualquier razón la REPUBLICA DE VENEZUELA y/o el país de la nacionalidad del accionista o accionistas mayoritarios de LA CONCESIONARIA denuncian el Convenio o de cualquier otra manera el Convenio perdiera vigencia para esos países antes de

iniciarse el arbitraje según lo dispuesto en esta Cláusula 64 o si por cualquier otra causa el Convenio deja de estar vigente para dichos países o no es posible realizar el arbitraje de acuerdo con el Convenio, entonces la Cláusula 63 de este documento readquirirá pleno efecto y vigencia.”

B. Análisis

1. Introducción

80. Debido a que Venezuela opuso excepciones a la jurisdicción del CIADI, el Tribunal interpretará, en primer lugar, la Cláusula 64 del Contrato a los efectos de determinar si las partes tuvieron la intención de aplicarla en el caso de existir una transferencia de las acciones de Aucoven dentro del grupo ICA (véanse los títulos 2 a 4 más adelante).

81. Luego de ello, determinará si se cumplen las condiciones estipuladas en el Artículo 25 del Convenio del CIADI (título 5 más adelante). En particular, analizará si el acuerdo de las partes de considerar a Aucoven como nacional de otro Estado Contratante en razón del control extranjero, está comprendido dentro del ámbito de aplicación del Convenio del CIADI. En ese contexto, el Tribunal abordará las excepciones interpuestas por Venezuela en relación con el supuesto abuso de los fines del Convenio, en las que alega específicamente que, no obstante la transferencia de acciones a Icatech, ICA Holding mantuvo permanentemente el control de Aucoven, y que Aucoven incurrió en una supuesta conducta engañosa al solicitar la aprobación de Venezuela para la transferencia de acciones.

82. Por último, el Tribunal analizará si los esfuerzos diplomáticos de México podrían afectar la competencia del Tribunal.

2. El Artículo 64 del Contrato: La conformidad de las partes al arbitraje CIADI

83. En la Cláusula 64 del Contrato se establece que las partes acuerdan someter al CIADI cualquier disputa, reclamación, controversia, desacuerdo y/o diferencia relacionada, derivada o en conexión con la Concesión o relacionada en cualquier forma con la interpretación, ejecución, incumplimiento, terminación, resolución de la misma, *si el accionista*

o accionista(s) mayoritario(s) de la Concesionaria, es decir Aucoven, llegara(n) a ser nacional(es) de un país en el que se encuentra vigente el Convenio del CIADI. Reafirmando las condiciones del Artículo 25(2)(b), la Cláusula 64 (penúltimo párrafo) especifica expresamente que, en ese caso, se considerará que Aucoven es una sociedad bajo control extranjero:

“Tanto la REPÚBLICA DE VENEZUELA, actuando a través de EL MINISTERIO, como LA CONCESIONARIA, acuerdan en atribuirle a LA CONCESIONARIA, una persona jurídica venezolana sometida a control extranjero para la fecha de entrada en vigencia de esta cláusula, el carácter de “Nacional de otro Estado Contratante” para todos los fines de la aplicación de esta Cláusula y de las disposiciones del Convenio”. (énfasis añadido).

84. Haciendo referencia nuevamente al criterio relativo a la titularidad de la mayoría de las acciones, en el último párrafo de la Cláusula 64 se estipula que, si por cualquier razón, Venezuela “*y/o el país de la nacionalidad del accionista o accionistas mayoritarios* de LA CONCESIONARIA” (énfasis añadido) denunciaran el Convenio, entonces la Cláusula 63 readquiriría pleno efecto y vigencia.

85. De acuerdo con lo manifestado por Venezuela, la Cláusula 64 no apunta a una transferencia de acciones dentro del grupo ICA. La Cláusula 64 no se aplicaría en tanto ICA Holding retuviera el control final y efectivo de Aucoven (argumentos adicionales de Venezuela sobre la cuestión de la competencia de fecha 22 de mayo de 2001, página 4, transcripción de la Audiencia del 28 de junio de 2001, página 25). En consecuencia, Venezuela no consintió a la jurisdicción del CIADI en las presentes circunstancias.

86. La interpretación de Venezuela no está de acuerdo con el texto de la Cláusula 64. Asimismo, no existe indicación en autos que señale que, al suscribir el Contrato, las partes tuviesen la intención de supeditar su consentimiento a la jurisdicción del CIADI a una condición diferente a la que ellas mismas habían expresado claramente. El Tribunal no ha encontrado ningún elemento que le permita inferir que al utilizar las palabras “*accionista o accionistas mayoritarios de LA CONCESIONARIA*”, las partes no se referían al titular de la mayoría de las acciones, sino a la persona que ejercía el control efectivo de Aucoven. En otras palabras, de

los autos no se desprende que las partes tuviesen la intención de excluir las transferencias de acciones entre las subsidiarias de ICA Holding y el propósito de condicionar el acuerdo a un cambio en el control efectivo o final de Aucoven.

87. En consecuencia y en ausencia de indicación alguna en contrario, el Tribunal considera que no existen razones ni justificaciones para desviarse de la redacción clara de la Cláusula 64, que establece que las partes consienten a la jurisdicción del CIADI si el (los) accionista(s) mayoritario(s) de Aucoven, llegara(n) a ser nacional(es) de otro Estado Contratante.

88. Habiendo establecido el significado de la Cláusula 64, el Tribunal debe determinar si el consentimiento de las partes a la jurisdicción del CIADI cumple los requisitos del Artículo 25 del Convenio del CIADI. Sin embargo, antes de analizar esa cuestión, el Tribunal se referirá brevemente al tema del consentimiento condicional y la vigencia del mismo en el marco de las Cláusulas 7 y 64 del Contrato.

3. La Cláusula 64: Aceptación condicional al arbitraje CIADI

89. El consentimiento de las partes a la jurisdicción del CIADI expresado en la Cláusula 64 está supeditado al cumplimiento de una condición, a saber: la transferencia de la mayoría de las acciones de Aucoven a un nacional de otro Estado Contratante.

90. Es generalmente aceptada la validez de tal acuerdo condicional de arbitraje. En efecto, el Convenio del CIADI no prohíbe que las partes condicionen la entrada en vigor de su acuerdo de arbitraje al cumplimiento posterior de alguna condición:

“The Tribunal is of the opinion that the Convention allows parties to subordinate the entry into force of an arbitration clause to the subsequent fulfillment of certain conditions, such as the adherence of the States concerned to the Convention, or the incorporation of the company envisaged by the agreement. On this assumption, it is the date when the conditions are definitely satisfied, as regards one of the Parties involved, which constitutes in the sense of the Convention the date of consent by that Party. As for the date of consent contemplated by Article

25(2)(b) of the Convention, it will automatically be the date on which the two corresponding consents coincide...” (Pierre Lalive, *The First World Bank Arbitration (Holiday Inns v. Morocco)*—*Some Legal Problems*, 1 ICSID Reports 645 (1993) página 668 (Venezuela, Fuentes documentales, No. 4).

91. En ese caso, el consentimiento de las partes a la jurisdicción del CIADI llega a ser efectivo cuando se cumple la condición estipulada en el acuerdo de arbitraje. Suponiendo que la Cláusula 64 es un acuerdo válido de arbitraje, el consentimiento fue efectivo el 28 de agosto de 1998, fecha de la transferencia de las acciones.

4. La eficacia del acuerdo de las partes al arbitraje CIADI

92. De acuerdo con la Cláusula 7 del Contrato, la transferencia de las acciones de Aucoven estaba supeditada a la aprobación de Venezuela:

“LA CONCESIONARIA se obliga a mantener, durante el plazo de la vigencia de la Concesión, su condición de compañía anónima domiciliada en Venezuela y su nacionalidad venezolana. Queda expresamente entendido que las acciones de LA CONCESIONARIA deberán ser siempre nominativas, no convertibles al portador y no podrán ser enajenadas ni gravadas, directa o indirectamente, sin la previa autorización de EL MINISTERIO. [...]”.

93. Por lo tanto, para que ocurra el hecho establecido por las partes como condición para la jurisdicción del CIADI se requiere la aprobación de Venezuela. No obstante, luego de haberse otorgado la aprobación y efectuada la transferencia de las acciones, la Cláusula 64 es inmediatamente efectiva. No es necesario que las partes otorguen un consentimiento adicional. En otras palabras, la Cláusula 7 no es una oportunidad para reevaluar las condiciones en las que las partes consintieron a la jurisdicción del CIADI en la Cláusula 64.

5. Los requisitos establecidos en el Artículo 25 del Convenio del CIADI

5.1 El consentimiento de las partes: la piedra angular de la jurisdicción del Centro

94. En el Artículo 25(1) del Convenio del CIADI se establece que se requiere el consentimiento de las partes para someter una diferencia a la jurisdicción del CIADI. No se pueden llevar a cabo procedimientos bajo los auspicios del Centro a menos que las partes en la diferencia hayan otorgado su consentimiento por escrito. Específicamente, el sistema del Convenio se basa en dos niveles de consentimiento. En el primero está el consentimiento expresado por los Estados Contratantes que convinieron estar vinculados por el Convenio. Y en el segundo, el consentimiento otorgado por el Estado receptor y el inversionista a través de un acuerdo relativo al arbitraje del CIADI (Bernardo M. Cremades: *Arbitration between States and investors: some jurisdiction issues*, en *Business Law International*, mayo de 2001, página 157 (160-162)).

95. De acuerdo con los Tribunales del CIADI y los comentarios sobre el Convenio del CIADI, debe primar el hecho de que las partes consintieron a la jurisdicción del CIADI; ese consentimiento se suele describir como la piedra angular de la jurisdicción del Centro:

*“The third and in a sense the most important jurisdictional requirement is that of consent, by both parties, to the submission of the dispute to the Centre. In the report of the Executive Directors this requirement is described as “the cornerstone of the jurisdiction of the Centre.” Its paramount importance is underlined by the fact that at least to a certain extent the other two jurisdictional requirements can be conditioned (though not waived) by agreement of the parties that would normally be expressed in the instrument expressing the consent: the characterization of a particular transaction as an “investment,” and the stipulation that a domestic corporation is to be considered as a national of another State because of foreign control.” (P. Szasz, *A Practical Guide to the Convention on Settlement of Investment Disputes*, 1 Cornell Int’l Law Journal (1968), Cl. Auth. 14 ; see also Aron Broches, *The Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States*, 136 Recueil des Cours 331 (1972–II), Venezuela, Fuentes documentales, No. 12)).*

96. Aunque es esencial, el 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:

- Las diferencias entre las partes deben ser “diferencias de naturaleza jurídica”;
- La diferencia debe surgir directamente de una “inversión”, y
- En el caso de que el inversionista sea una persona jurídica constituida de acuerdo con las leyes del Estado receptor, 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 “diferencia de naturaleza jurídica”, “inversión”, “nacionalidad” y “control extranjero”. Ateniéndose a la naturaleza consensual del Convenio, prefirieron otorgar amplias facultades a las partes para que ellas proporcionaran una definición, siempre que los criterios convenidos entre las partes fuesen razonables y no totalmente inconsistentes con los fines del Convenio (Aron Broches: *The Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States*, 136, Recueil des Cours 331 (1972-II) (Venezuela, Fuentes documentales, No. 12); C.F. Amerasinghe: *Jurisdiction Rationae Personae under the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States*, 47 B.Y.I.L. 227 (1974/75), páginas 231-232 (Demandante, Fuentes documentales, No. 9); Christoph Schreuer: *Commentary on the ICSID Convention* (1997), página 82 (Venezuela, Fuentes documentales, No. 11)).

98. En las palabras del Dr. Aron Broches, Consejero Jurídico del Banco Mundial, quien presidió las reuniones consultivas en las que se discutió el anteproyecto del Convenio de fecha 15 de octubre de 1963:

“The World Bank staff in preparing a new draft for the Legal Committee which was to advise the Executive Directors on a final text, drew the conclusion from the Consultative Meetings that attempts at definitions should be abandoned and that instead an attempt should be made, relying on the consensual character of the Convention, to give the greatest possible latitude to the parties to decide under what circumstances a company could be treated as a “national of another Contracting State.” (Aron Broches, *The Convention on the Settlement of Investment*

Disputes Between States and Nationals of Other States, 136 Recueil des Cours 331 (1972–II), p. 360, Ven. Fuentes documentales, No. 12))

“In the end, the effort to devise a generally acceptable definition of the term “investment” was given up “given the essential requirement of consent by the Parties”.

I believe that this was a wise decision, fully consonant with the consensual nature of the Convention, which leaves a large measure of discretion to the parties. It goes without saying, however—and I have made this remark before in another connection—that this discretion is not unlimited and cannot be exercised to the point of being clearly inconsistent with the purposes of the Convention.

[...]

It was impossible to reconcile the different points of view, quite apart from the fact that some of the proposals would have unduly limited the Centre’s jurisdiction. In the end, a large majority was in favour of dropping the definition but to retain the term “legal dispute.” (Aron Broches: The Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States, 136, Recueil des Cours 331 (1972-II), páginas 362-363 (Venezuela, Fuentes documentales, No. 12))

99. En consecuencia, para establecer si esos requisitos objetivos se cumplen en un determinado caso, es necesario remitirse al entendimiento o la definición de las partes. En tanto los criterios elegidos por las partes para definir esos requisitos sean razonables, es decir, en tanto no se prive a los requisitos de su importancia objetiva, no existen motivos para descartar la opción elegida por las partes.

5.2 Los requisitos objetivos establecidos en el Artículo 25 del Convenio del CIADI

a) Artículo 25(1): una diferencia de naturaleza jurídica que surja directamente de una inversión.

100. Las condiciones del Artículo 25(1) del Convenio del CIADI, que las partes no cuestionan, se cumplen claramente. La diferencia entre

Aucoven y Venezuela es una diferencia de naturaleza jurídica debido a que está vinculada con las obligaciones convenidas por las partes en el Contrato.

101. Además, de acuerdo con el Contrato, Aucoven debía proyectar, construir, explotar, conservar y mantener el Sistema Vial Autopista Caracas—La Guaira y la carretera vieja Caracas—La Guaira. En virtud de la Cláusula 64, las partes convinieron expresamente en considerar esas obras como una inversión, lo cual parece razonable. En efecto, el cumplimiento del Contrato, que implica comprometer recursos importantes durante períodos prolongados, califica claramente como una inversión en el sentido del Artículo 25 del Convenio del CIADI.

b) Artículo 25(2)(b): toda persona jurídica constituida localmente que las partes hubieren acordado atribuirle carácter de nacional de otro Estado Contratante por estar sometida a control extranjero.

102. En el Artículo 25(2)(b) se establece una excepción a la regla que dispone que un nacional no puede incoar procedimientos ante el CIADI contra su propio Estado. Esta excepción se justifica por el hecho que los Estados receptores suelen exigir que los inversionistas extranjeros operen a través de una sociedad constituida localmente, sin la intención de impedirles acceder al arbitraje del CIADI.

103. En el Artículo 25(2)(b) (segunda parte) se define a un “nacional de otro Estado Contratante” como cualquier persona jurídica que teniendo la nacionalidad del Estado parte en la diferencia, las partes hubieren acordado atribuirle el carácter de nacional de otro Estado Contratante, a los efectos de este Convenio, por estar sometida a control extranjero.

104. Por lo tanto, las sociedades constituidas localmente pueden consentir al arbitraje del CIADI siempre que se cumplan los siguientes dos requisitos:

- Que las partes hayan convenido en atribuirle a dicha sociedad el carácter de nacional de otro Estado Contratante a los efectos de este Convenio, y
- Que dicha sociedad esté sometida a control extranjero.

c) *El acuerdo de atribuirle a una persona jurídica el carácter de nacional de otro Estado Contratante*

105. En el Convenio no se requiere que el acuerdo por el cual se atribuye a una persona jurídica constituida en el Estado receptor la nacionalidad de otro Estado Contratante por estar sometida a control extranjero, se lleve a cabo de una forma específica.

106. En el Artículo 25(2)(b) tampoco se define el término “nacionalidad”. Como se desprende de los trabajos preparatorios, los redactores se abstuvieron intencionalmente de incluir una definición de nacionalidad en el Convenio del CIADI:

*“The subsequent First Draft is silent on the possible criteria for corporate nationality and merely refers to a possible agreement on nationality between the parties (History, Vol. I, p. 124). Although there was some reference to the fact that the criteria for the nationality of a juridical person remained to be determined (History, Vol. II, pp. 669,671), no serious effort to do so was made. A United States attempt to reintroduce the criterion of a “controlling interest” in the definition of “national of another Contracting State” was defeated by a large majority (at pp. 837, 871). The Revised Draft and the Convention are silent on the method to be employed for the determination of a juridical person’s nationality.” (Christoph Schreuer, *Commentary on the ICSID Convention*, 12 ICSID Review—FILJ 59 (1997) (Segunda entrega de comentarios sobre el Artículo 25), página 81 (Venezuela, Anexo No. 11))*

107. De acuerdo con el derecho y la práctica internacionales, existen varios criterios para determinar la nacionalidad de una persona jurídica. El más utilizado es el lugar de constitución o domicilio social pero también se puede tomar en cuenta el lugar donde está situada la administración central o sede efectiva (Christoph Schreuer: *Commentary on the ICSID Convention*, Artículo 25, página 81 (Venezuela, Fuentes documentales, No. 11); Aron Broches: *The Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States*, 136, *Recueil des Cours* 331 (1972–II), página 360 (Venezuela, Fuentes documentales, No. 12)).

108. Los Tribunales del CIADI se han adoptado ampliamente el criterio del lugar de constitución o de la sede; se cita como ejemplo el caso *SOABI*:

“The Tribunal has observed that the Convention does not define the term “nationality”, thus leaving to each State the power to determine whether or not a company is possessed of its nationality. As a general rule, States apply either the head office or the place of incorporation criteria in order to determine nationality. By contrast, neither the nationality of the company’s shareholders nor foreign control, other than over capital, normally govern the nationality of a company, although a legislature may invoke these criteria in exceptional circumstances. Thus “a juridical person which had the nationality of the Contracting State, party to the dispute”, the phrase used in Article 25(2)(b) of the Convention, is a juridical person which, in accordance with the laws of the State in question, has its head office or has been incorporated in that State.” (*SOABI*, página 181 (Venezuela, Fuentes documentales, No.8)

“Such a reasoning is, in law, not in accord with the Convention. Indeed, the concept of nationality is there a classical one, based on the law under which the juridical person has been incorporated, the place of incorporation and the place of the social seat. An exception is brought to this concept in respect of juridical persons having the nationality, thus defined, of the Contracting State Party to the dispute, where said juridical persons are under foreign control. [...]” (*Amco*, página 396 (Venezuela, Fuentes documentales, No. 1)

109. Aron Broches manifiesta, sin embargo, que puesto que el Artículo 25(2)(b) tiene por objeto indicar “los límites dentro de los cuales se pueden someter las diferencias a conciliación o arbitraje bajo los auspicios del Centro”, se deben otorgar a las partes “amplias facultades” para que ellas lleguen a un acuerdo respecto del significado del término “nacionalidad”. Se deberá aceptar toda definición de nacionalidad basada en un “criterio razonable” (véase Aron Broches: *The Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States*, 136, *Recueil des Cours* 331 (1972-II), página 361 (Venezuela, Fuentes documentales, No. 12)).

d) Control extranjero

110. Al igual que los otros requisitos objetivos estipulados en el Artículo 25 del Convenio del CIADI, el control extranjero no está definido. En el Artículo 25(2)(b) no se especifica la naturaleza, directa, indirecta, final o efectiva, del control extranjero.

111. En distintas decisiones sobre competencia, los tribunales arbitrales han analizado qué tan lejos debería llegar un tribunal para determinar si existe o no control extranjero. En el caso *Amco*, el tribunal consideró que debía llegar hasta el nivel siguiente al de la nacionalidad del Estado receptor; en el caso *SOABI*, el tribunal buscó el control efectivo y avanzó otro paso hasta llegar al control intermedio es decir, hasta los accionistas mayoritarios de la sociedad que poseía las acciones de la entidad constituida localmente.

112. De acuerdo con Venezuela, el término “control extranjero”, como se utiliza en el Artículo 25(2)(b), significa control efectivo. Sin embargo, esa interpretación carece de respaldo convincente. En efecto, el término “control efectivo” no figura en el Convenio del CIADI. Además, en los trabajos preparatorios y en los comentarios sobre el Artículo 25(2)(b) no existe indicación alguna respecto a considerar el “control efectivo” como el nivel mínimo al que se debe llegar antes de que las partes puedan convenir en atribuir a una persona jurídica local el carácter de nacional extranjero dentro del significado del Artículo 25(2)(b).

113. Del análisis de los trabajos preparatorios se desprende que, debido a las críticas formuladas a los intentos por definir control extranjero, los redactores del Convenio consideraron que definir la expresión “control extranjero” (como también “nacionalidad”, “inversión” o “diferencia de naturaleza jurídica”) era una empresa imposible. Por otra parte, las definiciones de esos términos serían difíciles de aplicar en la práctica, y ocasionarían con frecuencia investigaciones prolongadas con respecto a la titularidad de las acciones, los representantes, los fideicomisos, las disposiciones relativas a la votación, etc. En consecuencia, los redactores decidieron otorgar a las partes amplia discreción para determinar las circunstancias en las que se atribuiría a una sociedad el carácter de nacional de otro Estado Contratante por estar sometida a control extranjero. Siendo el concepto de control extranjero amplio y flexible, se pueden

tomar en cuenta distintos criterios, como por ejemplo la titularidad de las acciones, los derechos de voto, etc. (véase Aron Broches: *The Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States*, 136, Recueil des Cours 331 (1972-II), página 361 (Venezuela, Fuentes documentales, No. 12)).

114. En virtud de la autonomía otorgada a las partes en el Convenio del CIADI, un Tribunal de Arbitraje no puede adoptar una definición más restrictiva del término “control extranjero” a menos que las partes hayan ejercido sus facultades discrecionales de un modo inconsistente con los fines del Convenio:

“The Convention does not specify what constitutes “control” for this purpose (i.e. must there be a majority of foreign shareholders), and thus it would be difficult to challenge later such a stipulation agreed to by the Contracting State concerned, regardless of the objective situation.” (Paul C. Szasz, *a Practical Guide to the Convention on Settlement of Investment Disputes*, página 20 (Demandante, Fuentes documentales No. 14))

115. Algunos comentaristas opinan, inclusive, que el Tribunal de Arbitraje debería ser menos riguroso al evaluar el nivel de control y la razonabilidad del criterio o los criterios elegidos por las partes cuando existe un acuerdo expreso en ese sentido (Amerasinghe: *Interpretation of Article 25(2)(b) of the ICSID Convention*, en R.B. Lillich, C.N. Brower (editores): *International Arbitration in the 21st Century: Towards “Judicialization” and Uniformity?*, 223 (1993), página 242 (Demandante, Fuentes documentales, No. 8)).

116. Basándose en los desarrollos mencionados previamente, el Tribunal debe determinar si las partes han ejercido su autonomía dentro de los límites del Convenio del CIADI, es decir, si han definido el control extranjero empleando criterios razonables. Con ese fin, el Tribunal debe analizar las circunstancias concretas del caso sin que esté limitado por formalidades. Sin embargo, en tanto la definición de control extranjero elegida por las partes sea razonable y no se haya desvirtuado el objeto del Convenio (por ejemplo en los casos de fraude o declaración engañosa), el Tribunal de Arbitraje debe hacer cumplir la elección de las partes.

5.3 El acuerdo de las partes manifestado en la Cláusula 64 está dentro de los límites del Convenio del CIADI

117. Como se establece anteriormente, las partes decidieron que su consentimiento a la jurisdicción del CIADI estaría supeditado a que ocurriera la transferencia de la mayoría de las acciones de Aucoven a un nacional de otro Estado Contratante. Por lo tanto, Aucoven y Venezuela optaron por definir el término “control extranjero” tomando en cuenta únicamente la titularidad directa de las acciones de Aucoven. No consideraron otros criterios, como, por ejemplo, la nacionalidad de los directores o el control efectivo o final sobre Aucoven.

118. De acuerdo con Venezuela, esa definición de control extranjero, que se basa simplemente en un criterio formal, es decir, la titularidad directa de las acciones no cumple los requisitos del Artículo 25(2)(b) del Convenio del CIADI. En efecto, independientemente de la transferencia de acciones, ICA Holding mantuvo el control final de Aucoven: el Dr. Guerrero, Vicepresidente Ejecutivo del grupo ICA, continuó asistiendo a las reuniones con los funcionarios de Venezuela; el Consejo de Administración de Aucoven siguió estando integrado en su mayoría por nacionales mexicanos e ICA Holding continuó prestando asistencia financiera a Aucoven e Icatech.

119. En general, el Tribunal de Arbitraje acepta que los criterios económicos suelen reflejar mejor la realidad que los jurídicos. En este caso, sin embargo, los argumentos de naturaleza económica son improcedentes. De hecho, al ejercer las facultades discrecionales que se otorgan en el Convenio, las partes han señalado específicamente que el criterio a aplicar sería la titularidad de la mayoría de las acciones. No optaron por subordinar su consentimiento al arbitraje del CIADI a otros criterios.

120. En consecuencia, el Tribunal debe respetar la autonomía de las partes y no puede descartar el criterio de la titularidad directa de las acciones, a menos que pueda demostrar que es inaceptable.

121. La titularidad directa de las acciones confiere derechos de voto y, por consiguiente, la posibilidad de participar en el proceso de toma de decisiones de la sociedad. En consecuencia, aunque no es el único criterio para definir el “control extranjero”, la titularidad directa es un criterio razonable para determinar el control.

122. Las circunstancias reales de este caso confirman esa conclusión. En efecto, el Tribunal no ha encontrado indicio alguno que sustente los argumentos de Venezuela en el sentido de que Icatech sería una sociedad de conveniencia que ejerce un control puramente ficticio a los efectos de la competencia o que la conducta de Aucoven en el marco de la transferencia de las acciones hubiese sido engañosa.

a) Icatech no es una sociedad de conveniencia que ejerce un control puramente ficticio sobre Aucoven

123. Icatech se constituyó como sociedad en Florida el 2 de noviembre de 1989, mucho antes de la suscripción del Contrato, de la transferencia de las acciones y del nacimiento de la actual diferencia. Icatech, que tiene alrededor de 20 subsidiarias en varios países, está sujeta a las reglamentaciones económicas, tributarias y sociales vigentes en los Estados Unidos, un país que no está considerado como un paraíso fiscal o normativo.

124. Como se estableció anteriormente (véase el párrafo 18), Aucoven solicitó a Venezuela que aprobara la transferencia de las acciones al comienzo del proyecto. Aucoven alegó, sin que su argumento fuese objetado, que en ese momento las empresas mexicanas tenían dificultades para financiar proyectos debido a la crisis del peso. En razón de que una vinculación con los Estados Unidos aumentaría la capacidad para obtener financiamiento (un argumento al que tampoco se opusieron objeciones), ICA Holding decidió que Icatech establecería o adquiriría varias empresas internacionales de proyectos, entre las que se incluía Aucoven. Esa explicación, que Aucoven incluye en el marco de estos procedimientos (Audiencia del 28 de junio de 2001, transcripción, página 175), concuerda con la expresada en la solicitud de aprobación de la transferencia de acciones:

“Por otra parte, debo indicar, ciudadano Ministro, que la autorización aquí solicitada tiene como finalidad crear una nueva estructura de participación en el capital de la sociedad concesionaria encargada del proyecto, construcción, explotación, conservación y mantenimiento del Sistema Vial Autopista Caracas—La Guaira y Carretera vieja Caracas—La Guaira y de sus servicios conexos”. (Carta de E. Pérez Alfonso al Ministro M. Orozco Graterol de fecha 11 de julio de 1997 (Venezuela, Anexo No. 25))

125. Por otra parte, en lo que concierne a la toma de decisiones en la sociedad, el hecho de que Icatech ejerce sus derechos de voto (como mínimo con respecto a las cuestiones importantes) de acuerdo con la estrategia de ICA Holding demuestra la coherencia del grupo. Esto no basta, por cierto, para inferir que Icatech es una sociedad de conveniencia.

126. Basándose en estos hechos, el Tribunal ha llegado a la conclusión de que no se puede considerar que Icatech es una sociedad de conveniencia. En consecuencia, afirmar que el CIADI tiene jurisdicción basándose en el hecho de que Icatech posee el 75% de las acciones de Aucoven no constituye un abuso de los fines del Convenio.

b) La conducta de Aucoven no indujo a engaños

127. Según Venezuela, cuando solicitó la aprobación de la transferencia de las acciones, Aucoven omitió intencionalmente mencionar las consecuencias de esa transferencia. De acuerdo con el razonamiento de Venezuela, Aucoven sabía que Venezuela no hubiera dado su aprobación en virtud de la Cláusula 7 del Contrato si hubiese comprendido que tal aprobación significaría consentir a la jurisdicción del CIADI. Venezuela no fue informada de las consecuencias jurisdiccionales de su aprobación y sólo se le comunicó que la transferencia de una subsidiaria a otra no afectaría ningún aspecto material de la Concesión. ICA Holding aceptó garantizar las obligaciones de Icatech en su calidad de accionista de Aucoven, confirmando de ese modo su intención de continuar prestando asistencia financiera a Aucoven.

128. Basándose en los hechos mencionados anteriormente, el Tribunal ha llegado a la conclusión de que la conducta de Aucoven no indujo a engaños. Aucoven declaró, sin dejar lugar a equívocos, que las acciones serían transferidas a una empresa estadounidense. Junto con su solicitud, Aucoven presentó el Acta Constitutiva y otros documentos de Icatech, entre ellos, un certificado de buenos antecedentes y los estados financieros consolidados (Demandante, Anexos No. 11, 15; Venezuela, Anexo No. 25). Con esos antecedentes, Venezuela estaba en posición de evaluar las consecuencias jurisdiccionales de la transferencia de acciones prevista.

129. Venezuela aprobó la transferencia de acciones 15 meses después de la primera solicitud presentada por Aucoven en ese sentido. Durante ese período, Venezuela analizó, aparentemente con cuidado, las conse-

cuencias de la transferencia. De los autos se desprende que la principal (y justificada) preocupación de Venezuela fue determinar si ICA Holding continuaría prestando a Aucoven la asistencia financiera necesaria para cumplir con sus obligaciones y si el nuevo accionista mayoritario tendría los conocimientos técnicos para ejecutar el proyecto. En el memorando enviado por el Sr. F. Salas y la carta del Procurador General de la República se expresan claramente esas inquietudes:

“En virtud de lo antes expuesto podemos concluir que tanto Ingenieros Civiles Asociados, S.A. de C.V. como ICATECH Corporation, son poseídas y controladas en forma indirecta por la empresa mexicana ICA Sociedad Controladora, S.A. de C.V., en virtud de lo cual la operación cuya autorización se ha solicitado implica, en primer lugar la transferencia de acciones entre empresas asociadas y afines que conservan y mantienen la experiencia constructiva, situación financiera, infraestructura y equipos necesarios para acometer el alcance de la concesión del Sistema Vial, ya antes acreditadas”. (Memorando enviado por F. Salas a C. Carrillo con fecha 7 de agosto de 1997 (Venezuela, Anexo No. 26))

“[...] Por lo demás, es importante destacar que, del oficio de la consulta se evidencia claramente que el Ministro de Transporte y Comunicaciones está consciente que es de su responsabilidad autorizar o no el traspaso de acciones de la Concesionaria, y que se pronuncia en términos favorables después de analizar ampliamente la solicitud desde el punto de vista económico-financiero y jurídico; y por eso no requiere la opinión del Procurador General de la República sobre el fondo del asunto. [...]” (Carta de J.N. Garrido Mendoza, Procurador General de la República, al Ministro M. Orozco Graterol de fecha 29 de junio de 1998 (Demandante, Anexo No. 16))

130. Del análisis de esos documentos no se desprende que Venezuela fue engañada respecto de las consecuencias jurisdiccionales de la transferencia de las acciones. Sólo queda demostrado que Venezuela estaba sumamente preocupada por la continuidad de la viabilidad del proyecto y, específicamente, por los conocimientos técnicos de Icatech en el ramo de la construcción y por su situación financiera. Las consecuencias de la transferencia respecto de la Cláusula 64 no figuran como un motivo de

preocupación. Significativamente, en cuanto ICA Holding garantizó las obligaciones de Icatech, Venezuela otorgó prontamente la aprobación el 30 de junio de 1998, sin plantear algún otro punto.

131. Esa interpretación de los hechos quedó confirmada por la conducta de las partes durante los siguientes meses. En efecto, en los meses de octubre y noviembre de 1998, las partes discutieron varias disposiciones del Contrato. Como resultado de esas discusiones, se introdujeron aclaraciones o modificaciones en once de sus cláusulas y en su Anexo A (Demandante, Anexo No. 20). La Cláusula 64 no fue modificada y su validez, inclusive, fue confirmada por el Ministerio el 13 de enero de 1999 (J. Martí, Ministro de Infraestructura, Resolución No. 003 de fecha 13 de enero de 1999 (Venezuela, Anexo No. 45)).

132. Basándose en las consideraciones antes mencionadas, el Tribunal considera que Aucoven no indujo a engaño a Venezuela al omitir señalar las consecuencias jurisdiccionales de la transferencia de las acciones.

6. La aceptación por las partes del arbitraje del CIADI es válida y está en pleno vigor

133. De acuerdo con las consideraciones expuestas anteriormente, la Cláusula 64 que condiciona el consentimiento de las partes a la jurisdicción del CIADI a la transferencia de la mayoría de las acciones de Aucoven a un nacional de otro Estado Contratante cumple los requisitos del Artículo 25 del Convenio del CIADI.

134. La mayoría de las acciones de Aucoven, es decir el 75%, fueron transferidas a Icatech el 28 de agosto de 1998. De acuerdo con el criterio relativo a la constitución que se utiliza comúnmente para determinar la nacionalidad de una sociedad, Icatech es un nacional de otro Estado Contratante (los Estados Unidos), de conformidad con el Artículo 25(2)(b) del Convenio del CIADI. En consecuencia, la Cláusula 64 entró en vigor en esa fecha.

7. La importancia de la intervención de los funcionarios mexicanos

135. En el Artículo 27 se prohíbe que un Estado Contratante promueva una reclamación respecto de cualquier diferencia que uno de

sus nacionales y otro Estado Contratante hayan consentido someter a arbitraje conforme al Convenio del CIADI.

136. México no es un Estado Contratante. En consecuencia, no está vinculado por el Artículo 27 del Convenio del CIADI. Por otra parte, Venezuela alega que si el Tribunal acepta tener competencia, Venezuela debería hacer frente a múltiples reclamaciones. En efecto, ninguna disposición de un tratado podría impedir que México interviniera en la diferencia entre Venezuela y Aucoven. De acuerdo con lo manifestado por Venezuela, México ya ha apoyado la reclamación de Aucoven con el fin de proteger los intereses financieros de ICA Holding, que es uno de sus nacionales.

137. El Tribunal concuerda con Venezuela en que el interés de México en el resultado de esta diferencia plantea cierta preocupación si se tiene en cuenta el objeto del Convenio del CIADI. No obstante, no puede asignar a ese interés el peso que le atribuye Venezuela, por dos razones.

138. En primer lugar, el Artículo 27 del Convenio del CIADI hace una clara distinción entre la protección diplomática y las gestiones tendientes al arreglo de diferencias. El Convenio del CIADI proporciona un foro para resolver las diferencias pero no pretende obligar a las partes a recurrir al arbitraje cuando existe la posibilidad de llegar a una solución amistosa. En consecuencia, las diligencias realizadas con el fin de resolver una diferencia no constituyen medidas prohibidas de protección diplomática conforme al Artículo 27.

139. De los antecedentes se desprende que la intención de México al intervenir, fue facilitar la resolución de la diferencia entre Aucoven y Venezuela (véase Venezuela, Anexos Nos. 36, 37, 38, 39). No existen indicios de que México haya patrocinado la reclamación de Aucoven.

140. En segundo lugar, aun cuando las intervenciones de México constituyesen intervenciones diplomáticas prohibidas conforme al Artículo 27 del Convenio del CIADI, ello no tendría efecto alguno en la competencia de este Tribunal de Arbitraje que se constituyó correctamente en virtud del Artículo 25(2)(b). En efecto, la declinación de la competencia no es un recurso disponible en el contexto del Artículo 27.

VI. CONCLUSIÓN

141. Las condiciones establecidas en el Artículo 25 del Convenio del CIADI y en la Cláusula 64 del Contrato se cumplen claramente en este caso. En consecuencia, la Cláusula 63 que establece que el arbitraje se llevará a cabo en Caracas fue sustituida por la Cláusula 64. Los argumentos de Venezuela respecto a la conveniencia de llevar a cabo el procedimiento de arbitraje en Caracas son, por lo tanto, improcedentes.

142. Como resultado de las consideraciones prácticas y jurídicas estipuladas en esta decisión, el Tribunal ha llegado a la conclusión de que tiene competencia respecto de la diferencia sometida a su consideración en este procedimiento. No se deberá entender que esta conclusión constituye una declaración general a favor de una definición de control extranjero en el marco del Artículo 25(2)(b) en desmedro de otra. Esta decisión no refleja esa declaración u opinión. Se aplica a las disposiciones pertinentes a esta diferencia, es decir, a la Cláusula 64 del Contrato y el Artículo 25 del Convenio del CIADI. Al hacerlo, aplica el criterio de control extranjero establecido por las partes, el cual, en opinión del Tribunal, se encuentra dentro de los límites fijados en el Artículo 25 del Convenio del CIADI.

143. Finalmente, el Tribunal no desconoce que el laudo del CIADI en el caso *Banro (Banro American Resources, Inc. y Société Aurifère du Kivu et du Maniema, S.A.R.L. contra la República Democrática del Congo (Caso No. ARB/98/7))* llegó a una conclusión diferente. Sin embargo, las circunstancias del caso *Banro* también eran diferentes. En el caso *Banro* la transferencia de las acciones no estaba supeditada a la aprobación del Gobierno y, lo que es más importante, las partes no habían definido contractualmente la prueba relativa al control extranjero. Como resultado de esas diferencias, el Tribunal Arbitral opina que no corresponde efectuar una analogía entre el caso *Banro* y este caso.

144. El Tribunal se reserva la decisión relativa a las costas, honorarios legales y otros gastos correspondientes a esta etapa del arbitraje, la que será incluida en el laudo definitivo.

VII. DECISION SOBRE COMPETENCIA

El Tribunal de Arbitraje dicta, por la presente, la siguiente decisión:

- a) El Tribunal de Arbitraje tiene competencia para conocer de la diferencia sometida a su consideración en este arbitraje.
- b) Las costas del arbitraje, los honorarios legales y los otros gastos relativos a la cuestión de la competencia se abordarán en el Laudo Definitivo.

Firmado el 27 de septiembre de 2001, siendo el lugar del Arbitraje la ciudad de Washington, D.C., Estados Unidos de América.

EL TRIBUNAL ARBITRAL

Prof. Karl-Heinz Böckstiegel

Prof. Bernardo M. Cremades

Prof. Gabrielle Kaufmann-Kohler