

Concepto de inversión del Convenio de Washington y el requisito de la contribución al desarrollo económico del Estado receptor

(Malaysian Historical Salvors, SDN, BHD v. Malaysia, Caso CIADI No. ARB/05/10)

Iñigo IRURETAGOIENA AGIRREZABALAGA
Euskal Herriko Unibertsitatea / Universidad del País Vasco

1. El concepto de inversión del art. 25 del Convenio de Washington es un elemento clave en la operatividad del arbitraje del CIADI; no en vano el del CIADI es un arbitraje especializado para disputas que surgen directamente de una inversión. El concepto de inversión, desde las negociaciones previas al Convenio hasta la actualidad, ha sido y es objeto de debates y de puntos de vista encontrados, lo que refleja la dificultad de alcanzar, entre las distintas sensibilidades existentes, un consenso en torno a un concepto compartido de inversión¹.

El asunto *Malaysian Historical Salvors, SDN, BHD c. Malasia*, tanto en la decisión sobre jurisdicción, de 17 de mayo de 2007, como en la reciente decisión del Comité de anulación, de 16 de abril de 2009, y la opinión disidente adjunta a esta última, trata justamente sobre el concepto de inversión del art. 25 del Convenio CIADI. Ésta no es la primera decisión del CIADI que se ocupa de la noción de inversión; sin embargo, las distintas decisiones y la opinión disidente en el asunto *Malaysian Historical Salvors, SDN, BHD c. Malasia* plasman de forma clarificadora el choque entre dos formas de entender este concepto, dos visiones lejanas y aparentemente irreconciliables que tienen efectos prácticos importantes en el éxito o el fracaso de las reclamaciones sometidas al Centro.

2. En 1817 un barco británico llamado Diana se hundió en aguas que actualmente forman parte de las aguas territoriales de Malasia. En el momento

¹ Sobre los debates que precedieron al Convenio en torno al concepto de inversión C.H. Schreuer, *The ICSID Convention: A Commentary*, Cambridge, 2001, pp. 121 ss. Respecto al concepto de inversión del Convenio de Washington *vid.*, también, S. Manciaux, *Investissements étrangers et arbitrage entre États et ressortissants d'autres États*, Dijon, 2004, pp. 43 ss; F. Yala, "La notion d'investissement dans la jurisprudence du CIRDI: actualité d'un critère de compétence controversé (les affaires *Salini, SGS et Mihaly*)", *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement* (C. Leben dir.), Louvain-la-Neuve, LGDJ – Anthemis, 2006, pp. 281–283; C.F. Amerasinghe, "The Jurisdiction of the International Centre for the Settlement of Investment Disputes", *Indian J. In'l L.*, 1979, pp. 177–181; G. Delaume, "Le Centre International pour le Règlement des Différends relatives aux Investissements (CIRDI)", *Journ. dr. int.*, 1982, 4, pp. 800 ss; M.R. Mauro, "Nuove questioni in tema di arbitrato tra stato e investitore straniero nella recente giurisprudenza dei tribunali dell'ICSID", *Riv. dir. int. pr. proc.*, 2006, pp. 75–80. G.R. Delaume, "How to Draft an ICSID Arbitration Clause", *ICSID Review-Foreign Investment Law Journal*, vol. 7, 1992, p. 182; y D.H. Bliesener, "La compétence du CIRDI dans la pratique arbitrale", *Rev. dr. int. dr. comp.*, 1991, p. 100.

del naufragio el barco transportaba un gran cargamento de antigua porcelana china.

En 1991 se celebró un contrato entre *Malaysian Historical Salvors, SDN, BHD* (una empresa de salvamento marino incorporada a las leyes de Malasia y cuya mayoría de acciones pertenece a un nacional británico) y el Gobierno malasio, con el fin de encontrar el pecio y salvar el cargamento del *Diana*. Según el contrato, a la empresa le correspondía “inspeccionar, identificar, clasificar, investigar, restaurar, conservar, tasar, comercializar, vender/subastar y llevar a cabo un estudio científico y salvamento de los restos del naufragio y contenidos” en el *Diana*; el contrato también disponía que estos trabajos sólo eran para “objetivos de interés arqueológico y para el estudio del patrimonio histórico”; el Gobierno y la empresa comparten “la propiedad de la publicación y de los derechos intelectuales”; sin embargo, el Gobierno malasio no debía “explotar comercialmente tales derechos salvo para propagar la educación, el turismo, los museos, la cultura y la historia”; la empresa debía asegurar que “al menos el 50% del total de su personal estuviera compuesto por personal malasio” con el fin de llevar a cabo los trabajos previstos en el contrato. El contrato se basaba en el principio de “*no finds no pay*”, según el cual todos los gastos del salvamento corrían a cargo de la empresa y en caso de hallazgos éstos pertenecerían al Gobierno, debiendo éste pagar a la empresa una parte del valor de los hallazgos. De este modo, la titularidad del cargamento rescatado era del Gobierno de Malasia y por el valor del cargamento rescatado el Gobierno debía pagar una *service fee* a la empresa. En un contrato posterior, la empresa adquiría el encargo de organizar la subasta, en Europa, de los bienes recuperados a través de una empresa de subasta internacional (*Christie's*). El Gobierno se reservaba el derecho de retirar de la subasta los objetos que fueran de interés para el Museo Nacional para su estudio y exposición, debiendo en este caso pagar a la empresa una parte del mejor valor alcanzable de los objetos retirados.

Después de cuatro años de búsqueda, *Malaysian Historical Salvors, SDN, BHD* encontró el pecio; extrajo cerca de 24.000 piezas de porcelana. Algunas de estas piezas fueron retiradas de la subasta y fueron expuestas en el Museo Nacional de Malasia. Las demás piezas de porcelana fueron subastadas.

El litigio surgió con ocasión de las cantidades pagadas por el Gobierno de Malasia a *Malaysian Historical Salvors, SDN, BHD*. Según la empresa, estas cantidades no alcanzaban los porcentajes previstos en el contrato.

3. Argumentando que el Gobierno de Malasia había incumplido el contrato, el 30 de septiembre de 2004, *Malaysian Historical Salvors, SDN, BHD* sometió una solicitud de arbitraje al CIADI. Para fundar la competencia del CIADI hizo referencia al consentimiento arbitral incorporado en el BIT (*bilateral investment treaty*) de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y Malasia. El demandante sostuvo que la operación de salvamento y rescate del pecio y su contenido era una inversión conforme al BIT y que el Gobierno había violado varios preceptos sustantivos del mismo. No obstante, el demandado objetó que el CIADI no tenía jurisdicción para conocer del asunto litigioso.

El Tribunal del CIADI fue constituido por un único árbitro, Michael Hwang, S.C.. Éste, en su decisión de 17 de mayo de 2007, rechazó la jurisdicción del CIADI por considerar que la operación de salvamento y rescate no podía considerarse inversión a efectos del art. 25 del Convenio de Washington. Además, no entró a valorar si dicha operación económica podía considerarse o no inversión conforme al BIT, por apreciar que este análisis sólo tenía sentido una vez confirmada que entraba dentro del concepto previsto en el art. 25².

En opinión del Tribunal, el requisito de que la operación económica en cuestión sea una “inversión” es una condición objetiva de la jurisdicción del Centro. Sin embargo, el Convenio de Washington no recoge una definición del concepto de inversión; tampoco existe una doctrina de *stare decisis* en la jurisprudencia del CIADI.

Con el fin de establecer el alcance del concepto de inversión del art. 25, el Tribunal tiene presente las pautas hermenéuticas del art. 31 de la Convención de Viena, guiándose del espíritu del Convenio CIADI y sus objetivos. El tribunal considera que,

“66. (...) *taking a teleological approach to the interpretation of the ICSID Convention, a tribunal ought to interpret the word “investment” so as to encourage, facilitate and to promote crossborder economic cooperation and development. Support for such an approach can be found in the Preamble to the ICSID Convention (“Considering the need for international cooperation for economic development...”) and the Report of the Executive Directors on the Convention on Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of other States (“the Report of the Executive Directors”) dated March 18, 1965, at Paragraph 9, which points out that the idea of ICSID was “prompted by the desire to strengthen the partnership between countries in the cause of economic development.” The ICSID Tribunal in CSOB considered that the phrase found in the Preamble to the ICSID Convention “permits an inference that an international transaction which contributes to cooperation designed to promote the economic development of a Contracting State may be deemed to be an investment as that term is understood in the Convention.”*”

El árbitro único analiza si la operación de salvamento y rescate cumple o no las características atribuidas por la “jurisprudencia” del CIADI al concepto de inversión del art. 25. El Tribunal distingue dos enfoques existentes en la jurisprudencia arbitral en el modo de tratar las características de la inversión: “*typical characteristic approach*” y “*jurisdictional approach*”³. El tri-

² *Malaysian Historical Salvors, SDN, BHD c. Malasia*, decisión sobre jurisdicción, párrs. 147–148.

³ *Ibid.*, párr. 70: “*The differences between the Typical Characteristics Approach and the Jurisdictional Approach may only be the expression of the conclusion formed by a tribunal on the strength of the particular facts of a case on the issue of “investment.” While the Jurisdictional Approach, strictly defined, requires that all the established hallmarks of “investment” must be present before a contract can even be considered as an “investment,” the Typical Characteristics Approach does not necessarily mean that a tribunal would find that there is an “investment,” even if one or more of the established hallmarks of “investment” were missing. Where the evidence in support of one or more of the hallmarks of “investment” is weak, a tribunal may approach the issue from a holistic perspective and determine whether there is other evidence in support of the other hallmarks of “investment” which is so strong as to off-set the weakness in the other hallmarks of “investment.” However, even under the Typical Characteristics Approach, it would probably be exceptional for a tribunal to conclude that there was an “investment” where one or more of the hallmarks of “investment” were completely missing.*”

bunal analiza siete casos relevantes del CIADI para determinar cuales son estas características que deben tomarse en consideración para decidir si se encuentra ante una inversión⁴. El Tribunal identifica y valora en su caso concreto las siguientes características: la “regularidad de beneficios y rendimientos”, la “contribución” realizada por el demandante, la “duración” de la operación económica, los “riesgos asumidos” por parte del inversor y la “contribución al desarrollo económico del Estado receptor”. Considerando que algunas de estas características, si bien se cumplen en su dimensión cuantitativa, dejan mucho que desear en la cualitativa, el Tribunal cree necesario probar la existencia una contribución significativa al desarrollo económico del Estado receptor para poder hablar de inversión a efectos del Convenio CIADI. Después de analizar decisiones anteriores del CIADI el Tribunal llega a la conclusión de que el contrato no supone ninguna contribución significativa para el desarrollo económico de Malasia. Sostiene que los beneficios derivados del contrato no son distintos a los beneficios que produce cualquier contrato de servicio normal en el lugar de su ejecución. Los beneficios no son duraderos, como son en el caso de infraestructuras públicas o proyectos de infraestructuras bancarias.

4. Ante esta decisión que rechaza la jurisdicción del CIADI, la empresa *Malaysian Historical Salvors*, sobre la base del art. 52.1º.b) del Convenio de Washington, interpuso un recurso de anulación ante el CIADI, argumentando que al rechazar su competencia el Tribunal se extralimitó manifiestamente en sus facultades. La empresa recurre al argumento empleado por el Comité de anulación en el asunto *Vivendi c. Argentina*, según el cual el Tribunal que rechaza ejercer la jurisdicción que sí le corresponde incurre en una extralimitación manifiesta de sus facultades conforme al Convenio CIADI⁵.

El demandante esgrime tres argumentos principales para fundamentar su reclamación: en primer lugar, considera que el Tribunal ha aplicado una definición excesivamente restrictiva del término inversión que no respeta los principios interpretativos de la Convención de Viena y que no se corresponde con los trabajos preparatorios del Convenio CIADI que sugieren un concepto amplio y global; en segundo lugar, en opinión del demandante el Tribunal a elevado el *test* basado en características al nivel de condiciones jurisdiccionales; en tercer lugar, y de forma alternativa, el demandante considera que, si es adecuado adoptar el enfoque basado en las características, resulta inacep-

⁴ Los casos que ha tomado en consideración el Tribunal son: *Salini Construttori S.p. A. y Italstrade S.p. A. c. Marruecos* (ICSID Case No. ARB/00/4) decisión sobre jurisdicción, 23 Julio 2001; *Joy Mining Machinery Limited c. Egipto* (ICSID Case No. ARB/03/11) decisión sobre jurisdicción, 6 Agosto 2004; *Consorzio Groupement L.E.S.I. – DIPENTA c. République algérienne démocratique et populaire*, (ICSID Case No. ARB/03/08) 10 Enero 2005; *Mr. Patrick Mitchell c. República Democrática del Congo* (Case No. ARB/99/7), decisión del Comité *ad hoc* de anulación, 9 Febrero 2004; *CSOB c. Eslovaquia* (ICSID Case No ARB/97/4); *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. c. República Islámica de Pakistán* (ICSID Case No. ARB/03/29) decisión sobre jurisdicción, 14 Noviembre 2005; *Jan de Nul N.V. Dredging International N.V. c. Egipto* (ICSID Case No. ARB/04/13), decisión de jurisdicción, 16 Junio 2006.

⁵ *Malaysian Historical Salvors, SDN, BHD c. Malasia*, decisión del Comité de anulación, párr. 27.

table añadir la exigencia según la cual estas características deben cumplirse tanto en una dimensión cuantitativa como cualitativa.

Por su parte, el Gobierno de Malasia considera que la reclamación queda fuera del mandato del Comité de anulación. Recuerda la naturaleza del recurso de anulación en el marco de los procedimientos CIADI, señalando que éste es un “*extraordinary and narrowly circumscribed remedy*”⁶, y subraya la importancia de la distinción entre anulación y apelación. También defiende las conclusiones de la decisión del árbitro único respecto al concepto de inversión y el análisis de las características realizado por éste.

El Comité de anulación comienza su argumentación afirmando que el caso concierne a la interpretación de los Tratados. Por ello, señala que resultan aplicables las normas de interpretación incorporadas en la Convención de Viena en sus arts. 31 y 32, en tanto que normas internacionales de carácter consuetudinario (el Convenio de Viena no resulta directamente aplicable porque Malasia no llegó a ser parte del mismo hasta 1994). El Comité sostiene que el concepto de inversión del art. 25 puede verse como ambiguo y oscuro lo que justifica acudir a los trabajos preparatorios del Convenio del CIADI con el fin de determinar su significado.

El Comité considera claro que el contrato de salvamento y rescate del peo constituye una inversión a efectos del BIT de Reino Unido y Malasia. Además, subraya que en el marco del BIT el del CIADI es el único recurso “internacional” del que disponen los inversores para resolver las controversias fuera de los tribunales internos del Estado parte en la diferencia. Combinando estos datos, para el Tribunal la intención de los Estados contratantes había sido la de interpretar el art. 25 de forma amplia, de modo que incluyera las operaciones económicas previstas en el BIT, por lo que la decisión del árbitro único es incompatible con las intenciones y especificaciones de los Estados involucrados. El Tribunal señala:

“62. (...) *It cannot be accepted that the Governments of Malaysia and the United Kingdom concluded a treaty providing for arbitration of disputes arising under it in respect of investments so comprehensively described, with the intention that the only arbitral recourse provided between a Contracting State and a national of another Contracting State, that of ICSID, could be rendered nugatory by a restrictive definition of a deliberately undefined term of the ICSID Convention, namely, “investment”, as it is found in the provision of Article 25(1). It follows that the Award of the Sole Arbitrator is incompatible with the intentions and specifications of the States immediately concerned, Malaysia and the United Kingdom*”.

A continuación afirma que la intención de los Estados Parte en el Convenio de Washington había sido la de dejar deliberadamente indefinido el término inversión. Pone de relieve el desarrollo de los trabajos preparatorios, las opciones que se barajaron en la definición del término y la opinión mayoritaria final de los Estados que prefirieron la no inclusión de definición alguna porque ello podría dar pie a dificultades jurisdiccionales. Además, resalta que esta última opción coincide con la posición defendida por

⁶ *Ibid.*, párr. 45.

el abogado general del Banco Mundial, Sr. Broches. Con todo ello, para el Comité *ad hoc*,

“69. (...) the travaux préparatoires do not support the imposition of “outer limits” such as those imposed by the Sole Arbitrator in this case. (...). Judicial or arbitral construction going further in interpretation of the meaning of “investment” by the establishment of criteria or hallmarks may or may not be regarded as plausible, but the intentions of the draftsmen of the ICSID Convention, as the travaux show them to have been, lend those criteria (and still less, conditions) scant support”.

Por su parte, el Informe de los Directores Ejecutivos del Banco Mundial, en opinión del Comité, también lleva a las mismas consideraciones. En definitiva, los trabajos preparatorios del Convenio y el Informe de los Directores Ejecutivos enseñan que:

“71. (...) (a) deliberately no definition of “investment” as that term is found in Article 25(1) was adopted; (b) a floor limit to the value of an investment was rejected; (c) a requirement of indefinite duration of an investment or of a duration of no less than five years was rejected; (d) the critical criterion adopted was the consent of the parties. By the terms of their consent, they could define jurisdiction under the Convention. Paragraph 23 of the Report provides that: “[c]onsent of the parties is the cornerstone of the jurisdiction of the Centre....” Paragraph 27 imports that the term “investment” was left undefined “given the essential requirement of consent by the parties.” It continues that “States can make known in advance... the classes of disputes which they would or would not submit to the Centre,” i.e., they could specify particularities of their consent”.

Para el Comité, la clave de la extensión o definición del concepto de inversión yace en el consentimiento de las partes que se someten a la jurisdicción del Centro. En este sentido, en tanto que expresión de la voluntad de los Estados parte, se resalta la importancia que tienen actualmente los Tratados internacionales de inversión (tanto bilaterales como multilaterales) en la operatividad del arbitraje CIADI:

“73. (...) It is those bilateral and multilateral treaties which today are the engine of ICSID’s effective jurisdiction. To ignore or depreciate the importance of the jurisdiction they bestow upon ICSID, and rather to embroider upon questionable interpretations of the term “investment” as found in Article 25(1) of the Convention, risks crippling the institution”.

“74. In the light of this history of the preparation of the ICSID Convention and of the foregoing analysis of the Report of the Executive Directors in adopting it, the Committee finds that the failure of the Sole Arbitrator even to consider, let alone apply, the definition of investment as it is contained in the Agreement to be a gross error that gave rise to a manifest failure to exercise jurisdiction.”

Por tanto, según el Comité de anulación, el árbitro único incurrió en una extralimitación manifiesta de su facultad de ejercer la jurisdicción porque el hecho de no considerar, y mucho menos aplicar, la definición prevista en el BIT supone un grave error.

El Comité reconoce que el árbitro único actuó guiado por varias decisiones anteriores del CIADI que apoyaban su enfoque, y de forma particular la decisión del asunto *Salini c. Marruecos*. Sin embargo, cree más persuasiva la decisión, de 24 de julio de 2008, de *Biwater c. Tanzania*. En esta decisión, entre otros aspectos, destaca que no existe base para una aplicación rígida en todos los supuestos de los cinco criterios del *Salini Test*. Estos criterios no son fijos ni obligatorios como cuestión de Derecho. Dado que el Convenio de

Washington no ha incorporado una definición de inversión estricta y objetiva, cree dudoso que los tribunales arbitrales, decidiendo en casos concretos, puedan imponer una definición susceptible de ser aplicada en todos los casos. El *Salini Test* es problemático si las “características típicas” de la inversión que se identifican en tal decisión se traducen en un *test* fijo e inflexible, y si las transacciones deben presumirse excluidas del Convenio CIADI cuando no satisfagan estos cinco criterios. Por tanto, para el Tribunal de *Biwater c. Tanzania* es más apropiado una definición del concepto de inversión más flexible y pragmática, que tenga en cuenta las características identificadas en *Salini*, pero junto a todas las circunstancias del caso, incluyendo la naturaleza del instrumento que incorpora el consentimiento de sometimiento al CIADI.

En consonancia con el enfoque adoptado por el Tribunal en el asunto *Biwater c. Tanzania*, el Comité de anulación concluye que el árbitro único se excedió manifiestamente en sus facultades al rechazar ejercer su jurisdicción, que le correspondía conforme al BIT y el Convenio de Washington.

“80. The Committee fully appreciates that the ground for annulment set forth in Article 52(1)(b) of the ICSID Convention specifies that “the Tribunal has manifestly exceeded its powers.” It is its considered conclusion that the Tribunal exceeded its powers by failing to exercise the jurisdiction with which it was endowed by the terms of the Agreement and the Convention, and that it “manifestly” did so, for these reasons:

(a) it altogether failed to take account of and apply the Agreement between Malaysia and the United Kingdom defining “investment” in broad and encompassing terms but rather limited itself to its analysis of criteria which it found to bear upon the interpretation of Article 25(1) of the ICSID Convention;

(b) its analysis of these criteria elevated them to jurisdictional conditions, and exigently interpreted the alleged condition of a contribution to the economic development of the host State so as to exclude small contributions, and contributions of a cultural and historical nature;

(c) it failed to take account of the preparatory work of the ICSID Convention and, in particular, reached conclusions not consonant with the travaux in key respects, notably the decisions of the drafters of the ICSID Convention to reject a monetary floor in the amount of an investment, to reject specification of its duration, to leave ‘investment’ undefined, and to accord great weight to the definition of investment agreed by the Parties in the instrument providing for recourse to ICSID.”

En definitiva, las razones que le llevan a pronunciarse en este sentido son los siguientes: en primer lugar, no haber tenido en cuenta ni haber aplicado el BIT entre Reino Unido y Malasia; en segundo lugar, haber tratado el análisis de los criterios como condiciones de jurisdicción (haber interpretado de manera exigente la condición de la contribución al desarrollo económico del Estado, excluyendo las pequeñas contribuciones y las contribuciones de carácter cultural e histórico); y en tercer y último lugar, no haber tomado en consideración los trabajos preparatorios del Convenio CIADI y, de forma particular, haber llegado a conclusiones contradictorias respecto a tales trabajos preparatorios en aspectos clave.

5. La decisión del Comité de anulación ha ido acompañada de la opinión disidente del árbitro Mohamed Shahabuddeen. Tal y como afirma el propio

árbitro la cuestión que le separa de los otros dos árbitros se refiere al hecho de considerar la contribución al desarrollo económico del Estado receptor como una condición de la "inversión" del CIADI. Mientras que el Comité, coincidiendo con el demandante, considera que no es una condición, M. Shahabuddeen considera que sí.

Según la opinión disidente, el concepto de inversión del art. 25 tiene un significado objetivo. Tiene, a su vez, límites externos (*outer limits*) que reducen el alcance de la autonomía de la voluntad de las partes a la hora de determinar el significado del término inversión. Si bien el art. 25 no impone límites concretos al concepto de inversión ello no quiere decir que no existan límites externos ni que todo dependa de la voluntad de las partes. El silencio del art. 25 se debe, sobre todo, a la incapacidad de alcanzar en los trabajos preparatorios un acuerdo entre las distintas delegaciones respecto a estos límites externos, así como a la voluntad de evitar una excesiva rigidez del concepto.

M. Shahabuddeen considera que, si se acepta que el concepto de inversión tiene un contenido objetivo y, por tanto, se acepta la existencia de límites externos que se escapan de la voluntad de las partes, no puede sostenerse que éstos no incluyan el requisito de la contribución al desarrollo económico del Estado receptor⁷. En su opinión, el contexto del art. 25 es el que muestra que las partes aceptan implícitamente este requisito. M. Shahabuddeen sostiene que la existencia de este requisito es acorde a los trabajos preparatorios del CIADI y la "jurisprudencia" arbitral. Una vez analizados y valorados el preámbulo del Convenio de Washington, el Informe de los Directores Ejecutivos, los trabajos preparatorios y la jurisprudencia arbitral del CIADI declara que "*it has to be stated that such development is a condition of an ICSID investment*"⁸. Además, también coincide con la decisión del árbitro único que la contribución al desarrollo económico del Estado receptor debe ser substancial o significativa.

Con todo ello, el Tribunal que decidió sobre su competencia tenía facultad para decidir que el desembolso de la empresa de salvamento no satisfacía la exigencia del desarrollo "substancial" o "significativo". El Comité de anulación no puede contradecir este resultado sin arrogarse funciones de apelación que le están prohibidas.

Siguiendo con su lógica argumentativa, la opinión disidente rechaza la necesidad de tomar en consideración el BIT para determinar el alcance del concepto de inversión del art. 25. Si bien las partes son libres de acordar el

⁷ En este sentido, el Comité de anulación en el asunto *Patric Mitchell c. República Democrática del Congo*, decisión sobre la solicitud de anulación, de 1 de noviembre de 2006, párr. 31, sostiene que "*it bears noting that Professor Schreuer regards the contribution to the economic development of the host State as "the only possible indication of an objective meaning" of the term "investment."* In other words, the parties to an agreement and the States which conclude an investment treaty cannot open the jurisdiction of the Centre to any operation they might arbitrarily qualify as an investment. It is thus repeated that, before ICSID arbitral tribunals, the Washington Convention has supremacy over an agreement between the parties or a BIT".

⁸ Opinión Disidente, párr. 32.

contenido del concepto de inversión previsto en un BIT, ello no afecta al análisis de si la operación económica entra dentro de la definición del art. 25 del Convenio CIADI y, por tanto, si cumple o no el requisito de la contribución al desarrollo del Estado receptor. Ello es así, porque la extensión del art. 25 no depende exclusivamente de la voluntad de las partes.

Finalmente, M. Shahabuddeen considera que, incluso asumiendo el planteamiento de que el Tribunal se hubiera extralimitado en sus facultades al negar su competencia, ello no significa que tal extralimitación haya sido “manifiesta” conforme al art. 52.1 b) del Convenio de Washington. Al respecto señala que,

“52. This is an arbitral process; a high threshold is required to show that the Tribunal manifestly exceeded its powers. A manifest excess of powers is an excess of powers that is easily perceived or discerned by the mind, without the need for deeper analysis. The annulment Committee in Wena Hotels v. Egypt adopts this approach when it states, “[t]he excess of power must be self-evident rather than the product of elaborate interpretations one way or the other. When the latter happens the excess of power is no longer manifest.”

(...)

“Plainly, then, the Committee is not empowered to intervene if all that it finds is that the Tribunal exceeded its powers; it must go on to find that the Tribunal manifestly exceeded its powers, a manifest error not being necessarily the same thing as a manifest excess of powers, there being an obvious distinction between them. An annulment committee is not a court of appeal. The Award is unimpeachable if all it does is to exceed the Tribunal’s powers.”

En referencia a la jurisprudencia que trata la cuestión del alcance de la competencia de los Comités de anulación, la opinión disidente concluye que en este caso no se llega a satisfacer el umbral exigido por el Convenio CIADI, lo que impide decidir la anulación de la decisión inicial.

6. El asunto *Malaysian Historical Salvors, SDN, BHD c. Malasia* pone de manifiesto las dos tendencias existentes sobre la forma de entender el concepto de inversión del art. 25 del Convenio CIADI. El árbitro M. Shahabuddeen en su opinión disidente diferencia entre la visión subjetivista y objetivista. La división entre estas dos visiones, a su parecer, “*marks a titanic struggle between ideas, and correspondingly between capital exporting countries and capital importing ones*”⁹.

La principal diferencia entre estas dos visiones reside en el peso que se les concede, al uno frente al otro, a la autonomía de la voluntad de las partes que se someten al Centro y el objetivo fundamental del Convenio CIADI de promover el flujo de las inversiones extranjeras con el fin de contribuir al desarrollo económico de los Estados. Ahí está la clave. ¿Cuál es el alcance de la autonomía de la voluntad de las partes en la determinación de las operaciones económicas que pueden someterse al CIADI? En la práctica parece tener mayor aceptación la visión subjetivista, esto es, aquella que deja mayor margen de maniobra a la voluntad de las partes.

Ciertamente, el caso que ha ocupado estas líneas muestra, junto a la cuestión del alcance de las funciones de los Comités de anulación, los efectos

⁹ *Ibid.*, párr. 62.

prácticos extraordinariamente relevantes que pueden derivar de la adopción una u otra visión del concepto de inversión: desde la posibilidad de considerar una decisión sobre la jurisdicción del Centro irreprochable, hasta la apreciación de una extralimitación manifiesta de las facultades del Tribunal arbitral. La inseguridad jurídica que provoca esta situación resulta insoportable.

Finalmente, la cuestión o el debate de fondo de esta división es el siguiente: ¿Es el CIADI un instrumento más o menos aséptico destinado a proporcionar un medio de solución de diferencias alternativo, especializado y neutral para las operaciones de inversión de todo tipo? o ¿se considera un instrumento finalista que pretende favorecer y promocionar el flujo de las inversiones extranjeras, porque éstas resultan beneficiosas para el desarrollo económico de los Estados que reciben dichas inversiones?