

CONSENTIMIENTO ESTATAL AL ARBITRAJE DEL CIADI

YARITZA PÉREZ PACHECO*

Resumen: El arbitraje en materia de inversión extranjera con especial atención a la jurisdicción del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, conocido como CIADI, es parte del Derecho Internacional de las Inversiones. El CIADI creado en el Convenio de Washington de 1965 se ha constituido en el foro natural para conocer de las controversias entre un Estado receptor y un inversor nacional de otro Estado. En este contexto se cuestionan varios aspectos vinculados a la formación del consentimiento para someterse al arbitraje internacional, en particular las modalidades (contrato, legislación y tratados) y efectos de la manifestación del consentimiento por parte del Estado receptor de la inversión. En este trabajo se ha empleado el método de análisis de casos para extraer parámetros generales en la materia. En la actualidad el arbitraje internacional es una garantía ofrecida por el Estado, lo cual ha generado un clima de mayor seguridad para los inversores extranjeros en el trato con los Estados receptores de inversión y ha incentivado el crecimiento del comercio internacional.

Palabras clave: arbitraje internacional – inversión extranjera – CIADI – tratados de inversión.

Summary: Arbitration in foreign investment with special attention to the jurisdiction of International Centre for the Settlement of Investment Disputes, known as ICSID, is part of the International Law of Investment. ICSID was established during the Washington Convention of 1965 and has become the natural forum to hear investment disputes between States and nationals of other States. In this context, there have been doubts over various aspects linked to the formation of consent to submit to international arbitration, including the modalities (contract, laws and treaties), in particular the methods and effects of the manifestation of consent by the host State. It has been used in this work the method of case analysis to extract general parameters in this area of knowledge. At present, international arbitration is a guarantee offered by the State, which has generated a climate of greater security for foreign investors in dealing with recipient and investment has encouraged the growth of international trade.

* Doctora en Derecho (UNAM), Magister Scientiarum en Derecho Internacional Privado y Comparado y Abogada (UCV), Directora de la Escuela de Derecho de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas (UCV), Investigador-Docente, Profesora categoría Agregada, pregrado y posgrado (UCV).

Keywords: international arbitration – foreign investment – ICSID – investment treaties.

I. INTRODUCCIÓN

En el clásico arbitraje internacional entre partes privadas el consentimiento, por lo general, se manifiesta en una cláusula arbitral incluida en un contrato principal, pero también puede ser accesorio. En el arbitraje mixto, entre un Estado y un particular, no siempre el consentimiento se expresa de esta manera, ya que es muy frecuente encontrar una oferta de consentimiento del Estado receptor sometiendo determinadas controversias al arbitraje del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (en adelante, CIADI o el Centro), para cuyo perfeccionamiento se requiere de la posterior “aceptación” del inversionista, con lo cual se produce una disociación en la emisión y recepción del consentimiento.¹ En estos casos nos encontramos en presencia de lo que el árbitro Jan Paulsson (1995) ha denominado *arbitration without privity*, para referirse a las cláusulas arbitrales sin el efecto relativo de los contratos. Esta práctica ha permitido multiplicar de manera exponencial el número de arbitrajes administrados por el CIADI.

Sin embargo, no hay duda, que al igual que en el arbitraje privado, en el arbitraje de inversión juega un papel de suma importancia la autonomía de la voluntad de las partes, tanto para establecer el método de solución de controversias, como el derecho aplicable. Pero, dicha autonomía tiene características especiales, las cuales hacen necesario un análisis particular dada la naturaleza mixta de las relaciones que se presentan en este ámbito y los intereses en juego: el interés del comercio internacional, los del Estado receptor de la inversión, los del inversor extranjero y los del Estado del cual es nacional dicho inversor. Esto es, el convenio arbitral es la base del arbitraje de inversión que como todo contrato se sustenta en el consentimiento, el cual en el caso de una oferta que ha sido otorgada por el Estado debe ser aceptada por el inversionista.

Aun cuando, aparentemente la determinación del consentimiento de las partes de someterse a la jurisdicción arbitral del Centro resulta un aspecto sencillo de abordar, en función del art. 25(1) del Convenio para el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, adoptado en Washington el 18 de marzo de 1965 (en adelante, Convenio de Washington), las dificultades se

1. CHILLÓN MEDINA, J. M., *El arbitraje internacional de inversiones: su tratamiento singular reciente a partir del derecho convencional y de la jurisprudencia arbitral*, consultado en [<http://www.cmanicaragua.com.ni/media/docs/1248705412.pdf>] el 30/05/2011.

asoman dada la amplia libertad que se le otorga a las partes para elegir el momento y la modalidades de dicho consentimiento.

En efecto, la práctica arbitral ha evidenciado infinidad de problemas a la hora de verificar cuáles son los extremos comprendidos por el consentimiento otorgado por un Estado al someterse al arbitraje internacional administrado por el CIADI. Además, la jurisdicción del CIADI se rige también por las condiciones del instrumento mediante el cual las partes deciden someter determinadas controversias al arbitraje internacional. Esto es, el consentimiento expresado al ratificar el Convenio de Washington no es el consentimiento exigido por este último para llevar una controversia al CIADI, el que requiere de una expresión separada mediante uno o más actos a través de los cuales conste inequívocamente.² Como se afirma en el caso *Cemex Caracas Investments B.V. y Cemex Caracas II Investments B.V. vs. República Bolivariana de Venezuela* (en adelante, caso *Cemex*), ese consentimiento entre el Estado receptor y el inversor extranjero debe darse a través de un acuerdo directo, el cual puede surgir de una oferta unilateral formulada por el Estado receptor en su legislación o en un tratado, subsiguientemente aceptada por el inversionista.³

El Informe Anual del CIADI correspondiente al ejercicio 2012 (julio 2011 - junio 2012), muestra como treinta y muchos de los casos registrados en ese año, se iniciaron en el marco del Convenio de Washington y dos casos en el marco de las Reglas del Mecanismo Complementario, el mayor número de casos registrados en un mismo ejercicio fiscal.⁴ En muchos de los casos administrados por el Centro durante este último ejercicio, se interpusieron objeciones a la jurisdicción

2. En el caso *Goetz* el tribunal señaló que “(...) no es suficiente, sin embargo, que el Estado nacional del inversor y el Estado de recepción sean partes en el convenio CIADI, hace falta además que las partes en la diferencia, es decir el inversor y el Estado receptor, hayan consentido a la jurisdicción del Centro”. *Antoine Goetz y otros vs. Burundi* (Caso CIADI nro. ARB/95/3), laudo final del 10/02/1999, párr. 80 [<http://www.worldbank.org/icsid>]. En el caso *Olguín*, el Tribunal destacó el contenido del Preámbulo de la Convención de Washington, al señalar: “(...) para estar sujeto a la jurisdicción del CIADI un Estado debe aceptar expresamente esa jurisdicción pues (...) la mera ratificación, aceptación o aprobación de este Convenio por parte del Estado Contratante, no se reputará que constituye una obligación de someter ninguna diferencia determinada a conciliación o arbitraje, a no ser que medie el consentimiento de dicho Estado”. *Eudoro A. Olguín vs. Paraguay* (Caso CIADI nro. ARB/98/5), decisión sobre jurisdicción del 08/08/2000, laudo del 26/07/2001, párr. 20, consultado en [<http://www.worldbank.org/icsid>].

3. Caso *CEMEX* (Caso CIADI, nro. ARB/08/15), decisión sobre jurisdicción del 30/12/2010, párr. 58, consultado en [<http://www.worldbank.org/icsid>].

4. Informe CIADI 2012, consultado en [<http://icsid.worldbank.org>]. El CIADI publica semestralmente sus estadísticas a través de un reporte denominado Casos del CIADI-Estadísticas. En la Edición 2013-I, se informa que para el año calendario 2012 se registraron cuarenta casos bajo el Convenio de Washington y ocho bajo el Reglamento del Mecanismo Complementario.

del CIADI para conocer de las controversias, vinculadas con el consentimiento del Estado receptor.

Ante este panorama, hemos considerado importante partir de la distinción entre el consentimiento expresado por los Estados Contratantes vinculados por el Convenio de Washington y el consentimiento otorgado por el Estado receptor y el inversionista, para someter determinadas controversias en materia de inversión al arbitraje CIADI. Para ello, se analizan cada uno de los mecanismos a través de los cuales el Estado manifiesta su consentimiento, tomando en cuenta las particularidades presentes en cada uno de ellos. Así, se plantea realizar un análisis de las características y los efectos que derivan del perfeccionamiento del consentimiento estatal según su modalidad, para luego ahondar en ellas (contratos, legislación interna y tratados). En definitiva, se abordan aspectos ampliamente discutidos en la práctica arbitral vinculados con el consentimiento y la problemática en torno a la interpretación de las expresiones del consentimiento estatal que emanan de la práctica arbitral.

II. CARACTERÍSTICAS DEL CONSENTIMIENTO ARBITRAL CIADI

En términos generales el arbitraje es el resultado del acuerdo de voluntades de las partes quienes deciden a través de un convenio cuál o cuáles serán los mecanismos a los que acudirán para resolver sus controversias. El arbitraje en materia de inversión no es la excepción al principio que acabamos de señalar, los tribunales arbitrales CIADI han admitido a través de sus laudos que es indiscutible que son las partes las que, a través de su consentimiento, deciden qué clase de controversias se someterán a arbitraje.⁵ En todo caso, el análisis sobre la jurisdicción debe realizarse con meticuloso cuidado, sin partir de presunciones a favor o en contra de la jurisdicción del Centro. Sin embargo, le corresponde al tribunal ante el cual se somete la controversia determinar cuál es el alcance del consentimiento que han otorgado las partes.⁶

En definitiva, el consentimiento de las partes es de suma importancia en el arbitraje CIADI, de él depende la completa eficacia de esta institución.⁷ Por ello, se

5. Sociedad Anónima Eduardo Vieira vs. Chile (Caso CIADI nro. ARB/04/7), laudo del 21/08/2007, párr. 189, consultado en [<http://www.worldbank.org/icsid>].

6. Ver casos Tokios Tokeles vs. Ucrania (Caso CIADI, nro. ARB/02/18), decisión sobre jurisdicción, 29/04/2004, consultado en [<http://www.worldbank.org/icsid>]; SPP Middle East vs. Egipto (Caso CIADI nro. ARB/84/3), decisión sobre competencia del 14/04/1988, ver texto en *ICSID Reports*, v. 3, 1995, p. 156; y Sociedad Anónima Eduardo Vieira vs. Chile (Caso CIADI nro. ARB/04/7), laudo del 21/08/2007, consultado en [<http://www.worldbank.org/icsid>].

7. Antoine Goetz y otros vs. Burundi, *op. cit.*, párr. 16.

suele afirmar que “el consentimiento de las partes es la piedra angular de la jurisdicción del Centro”.⁸ La razón de esta afirmación radica en el hecho de que el consentimiento de las partes contiene esencialmente el compromiso de éstas de recurrir a los procedimientos previstos por el Centro (Rodríguez, 2006:378).

En virtud del art. 25 del Convenio de Washington la jurisdicción del Centro descansa sobre una base consensual, con lo cual un procedimiento ante el CIADI sólo puede llevarse a cabo con el previo consentimiento voluntario de las partes. Sonia Rodríguez Jiménez (2006:382) de la anterior afirmación, resalta tres rasgos importantes del consentimiento: la necesidad, la reciprocidad y la voluntariedad de su otorgamiento. Además, no debe perderse de vista el requisito formal según el cual el consentimiento debe constar por escrito, dada la función probatoria de la existencia de dicho consentimiento.

II.A. Necesidad

En primer lugar, el consentimiento es una condición necesaria, pero no suficiente para la iniciación de un procedimiento arbitral ante el CIADI. Esto es, aun cuando el consentimiento *per se* no es suficiente, sí es necesario para determinar incondicionalmente la jurisdicción del Centro. En consecuencia, su ausencia acarrea que el Secretario General del Centro no registre la demanda, actuando dentro de su *screening power* y, en consecuencia, la negación de la jurisdicción del CIADI (art. 36.3 Convenio de Washington).

Se afirma que el consentimiento no es suficiente, ya que una vez verificada la existencia del consentimiento deberán analizarse los demás extremos del art. 25 del Convenio de Washington, en el cual se establecen otros requisitos que deben cumplirse, los cuales son:

- 1) las partes en la diferencia deben ser un Estado Contratante y un nacional “inversor” de otro Estado Contratante. En el caso de un inversionista persona jurídica constituida de acuerdo con el derecho del Estado receptor, las partes deben convenir en que atribuirán a ésta, en razón del “control extranjero”, el carácter de “nacional” de otro Estado Contratante a los efectos del Convenio;
- 2) las diferencias entre las partes deben ser “diferencias de naturaleza jurídica”;
- 3) la diferencia debe surgir directamente de una “inversión”.

8. BANCO MUNDIAL, *Informe de los Directores Ejecutivos del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento acerca del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados* [en línea] párr. 23, consultado en [<http://icsid.worldbank.org>], el 10/01/2011.

El Convenio de Washington no contiene ninguna definición de estos requisitos, los redactores se abstuvieron deliberadamente de definir las expresiones “inversor”, “diferencia de naturaleza jurídica”, “inversión”, “nacionalidad” y “control extranjero”. Ateniéndose a la naturaleza consensual de la Convención, prefirieron otorgar amplias facultades a las partes para que ellas proporcionaran una definición, siempre que los criterios convenidos entre ellas fuesen razonables y no inconsistentes con los fines del Convenio. En consecuencia, para establecer si esos requisitos 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.⁹ Sin embargo, la falta de definición a la que aludimos constituye la principal fundamentación en los casos en los cuales se discute la jurisdicción arbitral CIADI.

II.B. Reciprocidad

El consentimiento es un acto bilateral y recíproco; es decir, se requiere que ambas partes en la controversia hubieren expresado libremente su voluntad de someterse al procedimiento arbitral CIADI. Lo que no quiere decir que el consentimiento debe ser otorgado de manera simultánea, ya que al amparo del sistema CIADI se admite que el Estado pueda realizar una oferta al inversionista y sólo en el caso de que éste efectivamente decida someter una controversia jurídica en materia de inversión al CIADI, el consentimiento queda perfeccionado. Esta oferta unilateral del Estado receptor de la inversión puede encontrarse en su legislación interna o en un tratado.

Si el consentimiento no es otorgado por ambas partes en un mismo momento, resulta necesario determinar el concreto momento en que el consentimiento debe ser prestado por las partes, aspecto sobre el cual el Convenio de Washington guarda silencio. Esto es ¿cuál es la fecha a considerar para verificar si existe consentimiento de ambas partes para someterse al arbitraje CIADI? La fecha permitirá fijar el momento a partir del cual ha quedado perfeccionado el consentimiento y, en consecuencia, podrán las partes acceder al arbitraje CIADI.

Si del concreto momento en que el consentimiento debe ser otorgado se trata, la Regla 2.3 de las Reglas Procesales Aplicables a los Procedimientos de Arbitraje CIADI (en adelante, Reglas Procesales) contemplan una definición de “fecha del otorgamiento del consentimiento” al señalar que se entiende por tal “la fecha en que

9. *Aucoven vs. Venezuela* (Caso CIADI nro. ARB/00/5), decisión sobre jurisdicción del 27/09/2001, consultado en [<http://www.worldbank.org/icsid>].

las partes en la diferencia hayan consentido por escrito en someterla al Centro; y si ambas partes no lo hubieran hecho el mismo día, contará la fecha en que la última lo haya hecho”. Tal definición comprende tanto la posibilidad del consentimiento otorgado en un único documento, y el consentimiento otorgado en dos tiempos, mediante una oferta estatal, ya sea en su legislación interna o en un TBI, el cual sólo se entenderá perfeccionado una vez que el inversor acepte la oferta realizada por el Estado receptor. En este último caso, la fecha de otorgamiento del consentimiento será la fecha en que se haya producido la aceptación por parte del inversor.

II.C. Voluntariedad

Se requiere el consentimiento por parte de los dos Estados contratantes, mediante el cual se atan a los términos del Convenio de Washington, y el consentimiento por escrito del inversionista y del Estado receptor para someter la disputa en materia de inversiones al arbitraje CIADI (Cremades, 2001:157). Esto es, dado que los procedimientos del CIADI tienen carácter voluntario, la ratificación o adhesión del Convenio no obliga a los Estados Parte a manifestar su consentimiento de someter sus diferencias en materia de inversiones a dichos procedimientos, por lo cual debe quedar claro que el consentimiento debe ser libremente otorgado por las partes y debe darse caso por caso, una vez llevado a cabo el sometimiento siempre será obligatorio para las partes continuar con las actuaciones correspondientes. El sistema CIADI cuenta con mecanismos eficaces para impedir que una de las partes pueda entorpecer el funcionamiento del proceso una vez iniciado.

En efecto, en el preámbulo del Convenio de Washington, se hace mención a esta distinción, ya que “la mera ratificación, aceptación o aprobación de este Convenio por parte del Estado Contratante, constituye una obligación de someter ninguna diferencia determinada a conciliación o arbitraje, a no ser que medie el consentimiento de dicho Estado”. El consentimiento del Estado receptor es una decisión libre y, en todo momento, será éste quien decida cuáles son las controversias que serán sometidas a la jurisdicción del CIADI y cuáles quedan excluidas.

Los Estados pueden informar al CIADI cuáles son estas controversias, sin que esto signifique una reserva al texto del tratado. Tal notificación no impide un posterior consentimiento del Estado sobre un tipo de diferencia excluida por aquella. Asimismo, esta notificación no tiene ninguna incidencia sobre el consentimiento otorgado con anterioridad por parte del Estado receptor de acudir a los procedimientos del CIADI, el cual seguirá manteniendo su efecto vinculante. Son pocos los Estados Parte que han realizado notificaciones al CIADI de acuerdo con el art. 25(4).¹⁰

10. China (someterá al CIADI únicamente las controversias en relación con las compensaciones

II.D. Por escrito

El único requisito formal exigido para el consentimiento es que el mismo conste por escrito (formalidad *ad solemnitatem*, art. 25.1, Convenio de Washington). Este requisito se incluyó con el fin de dotar de seguridad jurídica a este criterio atributivo de jurisdicción. El consentimiento escrito de ambas partes al arbitraje debe existir al momento de presentar la solicitud de arbitraje al Centro (art. 36.2, Convenio de Washington). Sin embargo, el Convenio no precisa la fecha en la que tiene que otorgarse dicho consentimiento.

En efecto, el Informe de los Directores Ejecutivos indica que el consentimiento puede contenerse en un tratado de inversión, señalando que las diferencias a las que pueda dar lugar dicho tratado podrán someterse al Centro; o bien en un compromiso arbitral entre las partes relativo a una diferencia ya existente.¹¹ El Informe indica también que el consentimiento no debe necesariamente expresarse en el mismo acto jurídico. Así, un Estado puede ofrecer, en su legislación sobre promoción de inversiones la opción de recurrir al arbitraje CIADI para dirimir diferencias relativas a cierta clase de inversiones, y el inversionista puede consentir por escrito aceptando dicha oferta. No existe ninguna obligación de notificar al Centro que se ha producido el consentimiento por escrito, aunque en el momento de iniciación del procedimiento arbitral será necesario presentar prueba de su existencia (Regla 2.1.c de las Reglas Procesales).

Es aconsejable que la cláusula arbitral CIADI aclare de forma explícita cuál es el procedimiento al cual se someten las partes. La mera referencia general a la “jurisdicción del Centro” o al “arreglo de controversias del Centro” puede plantear graves problemas entre las partes, si las mismas no están de acuerdo respecto a cuál de los procedimientos contemplados en el Convenio de Washington se han sometido (Fernández Masiá, 2003:123). En los trabajos preparatorios del Convenio ya se había puesto de manifiesto que era posible que las partes pudiesen llegar a un acuerdo para someter, en primer lugar, su controversia al procedimiento de conciliación

resultantes de expropiaciones y nacionalizaciones); Jamaica (no someterá las diferencias con relación a inversiones en minerales y otros recursos naturales); Papua Nueva Guinea (únicamente aquellas diferencias que sean fundamentales para la propia inversión); Arabia Saudita (excluye todas las cuestiones vinculadas con inversiones petrolíferas y actos de soberanía); Turquía (notificó que acepta someter al CIADI las diferencias que surjan directamente de las actividades de una inversión que hayan obtenido el permiso necesario, de conformidad con la legislación turca sobre inversión extranjera, y que efectivamente se haya iniciado. Sin embargo, las controversias en relación con la propiedad y derechos reales sobre los bienes inmuebles serán de competencia exclusiva de la jurisdicción turca).

11. Amco vs. Indonesia, decisión sobre jurisdicción del 25/09/1983. Ver texto en *ICSID Report*, 1993, pp. 389 y ss.

y, con posterioridad, tras transcurrir el período de acuerdo o desacuerdo con la resolución del asunto por tal vía, sería posible acudir al procedimiento arbitral.

En el caso *Southern Pacific Properties (Middle East) Limited vs. Egipto* (en adelante, caso SPP Middle East) la competencia del CIADI se basó en el art. 8 de la Ley egipcia 43 de 1974, según la cual se establecía el arreglo de las diferencias “dentro del marco de la Convención”. Egipto alegó que los términos de la Ley eran insuficientes para sostener que existía un consentimiento expreso al arbitraje CIADI, ya que no se refería al arbitraje en forma explícita, por lo cual incluía tanto la conciliación como el arbitraje. El tribunal arbitral rechazó los alegatos de Egipto señalando que:

(...) en ninguna parte de la Convención de Washington dice que el consentimiento a la jurisdicción del Centro deba especificar si el consentimiento es a los fines del arbitraje o de la conciliación. Una vez que el consentimiento ha sido dado a la “jurisdicción del Centro”, la Convención y los Reglamentos proporcionan los medios para hacer tal elección entre los métodos de solución de controversias. La Convención deja tal elección a la parte que inicia el procedimiento (destacado nuestro).¹²

En el caso *Banro American Resources, Inc. and Société Aurifère du Kivu et du Maniema S.A.R.L. vs. Congo*, ante un alegato similar, se señaló que los tribunales no aceptan el punto de vista según el cual su competencia está limitada por formalidades, sino que más bien fundamentan sus decisiones en una evaluación realista.¹³ Sin embargo, los tribunales se orientan en esa dirección cuando el consentimiento ha sido otorgado en cumplimiento de los requisitos del Convenio y cuando la naturaleza y lógica del sistema CIADI no se ve afectada.

III. EFECTOS DEL PERFECCIONAMIENTO DEL CONSENTIMIENTO

El perfeccionamiento del consentimiento para someterse al procedimiento arbitral CIADI produce tres efectos básicos, los cuales se encuentran contemplados en el Convenio de Washington. En primer lugar, el consentimiento del Estado para someterse al arbitraje CIADI es una obligación jurídica internacional de carácter irrevocable. En segundo lugar, tal consentimiento supone el otorgamiento de una competencia exclusiva y, en consecuencia, excluyente de cualquier otra, para conocer del asunto por parte de los tribunales CIADI. Por último, se prohíbe a cualquier

12. SPP Middle East vs. Egipto, decisión sobre competencia, *op. cit.*

13. *Banro American Resources, Inc. and Société Aurifère du Kivu et du Maniema S.A.R.L. vs. Congo* (Caso CIADI nro. ARB/98/7), laudo del 01/09/2000, consultado en [<http://www.worldbank.org/icsid>].

Estado contratante conceder protección diplomática ni promover ninguna reclamación internacional respecto de cualquier diferencia que uno de sus nacionales y otro Estado Contratante hayan consentido en someter a arbitraje conforme al Convenio de Washington, a no ser que este otro Estado “no haya acatado el laudo dictado en tal diferencia o haya dejado de cumplirlo” (Fernández Masiá, 2003:146-147).

III.A. Carácter irrevocable

El principio de irrevocabilidad del consentimiento se encuentra consagrado en el art. 25(1) del Convenio de Washington al señalar que “el consentimiento dado por las partes no podrá ser unilateralmente retirado”. El carácter irrevocable del consentimiento se predica a partir de la fecha de otorgamiento del mismo. En consecuencia, hasta que no se produzca la aceptación por parte del inversor en aquellos supuestos en que se haya realizado una oferta de consentimiento estatal por medio de una legislación interna o un TBI, tal “oferta” puede ser retirada por parte del Estado receptor, ya que sobre ella no recaería este efecto de irrevocabilidad (Fernández Masiá, 2003:147).

Este carácter irrevocable del consentimiento únicamente surtirá sus efectos a partir del momento en que se cumplan los requisitos de jurisdicción subjetiva, si alguno de ellos faltare en el momento de la aceptación por parte del inversor, no se producirá dicho efecto.

En el caso *Holiday Inns vs. Marruecos* ninguno de los dos Estados eran Estados contratantes del Convenio de Washington al momento de realizarse el acuerdo de inversión contenido de la cláusula de sometimiento al procedimiento arbitral CIADI. El Tribunal, una vez conocidas las fechas de las posteriores ratificaciones del texto convencional por parte de ambos Estados, señaló que fue en la última de estas fechas cuando el consentimiento se otorgó y que desde ese momento ninguna de las partes podía retirar unilateralmente su consentimiento.

La irrevocabilidad del consentimiento se predica tanto para aquellos intentos unilaterales de retirada del mismo, realizados de forma directa por cualquiera de las partes, como de aquellos otros que buscan esa misma consecuencia mediante la eliminación o transformación de algunos de los requisitos exigidos para la jurisdicción tanto objetiva como subjetiva del Centro (Fernández Masiá, 2003:148). Esto es, dado el carácter irrevocable del consentimiento, los trámites iniciados ante el CIADI continuarán su curso aun ante la eventual falta de cooperación de una de las partes, una vez verificado el consentimiento de ambas. En efecto, en el Convenio de Washington varias disposiciones coadyuvan a alcanzar estos efectos (arts. 37 sobre la constitución del tribunal arbitral; 38 sobre nombramiento de árbitros; y 54 sobre reconocimiento obligatorio del laudo dictado por el tribunal arbitral).

Entre las formas de retirada indirecta del consentimiento se incluyen la denuncia del Convenio de Washington por un Estado contratante, la retirada de

la designación realizada por parte de un Estado de acuerdo con el art. 25(1) del Convenio o la retirada de la aprobación del consentimiento otorgado por una de las entidades públicas, la derogación de la legislación nacional que contiene la oferta de consentimiento estatal o la terminación del TBI con una cláusula de este tipo (Fernández Masiá, 2003:148-149).

Un caso reciente de retirada indirecta es el caso de Ecuador, cuyo gobierno envió una comunicación al CIADI mediante la cual informa que “no consentirá en someter a la jurisdicción del Centro (...) las diferencias que surjan en materias relativas al tratamiento de una inversión, que se deriven de actividades económicas relativas al aprovechamiento de recursos naturales como petróleo, gas, minerales u otros”.

Dadas las características del flujo de inversiones extranjeras en Ecuador esta declaración, en opinión de Sonia Rodríguez Jiménez, no es más que “una retirada encubierta”, ya que “retirarse de estas materias es retirarse del CIADI”.¹⁴ Sin embargo, en virtud del principio bajo análisis, según el cual el consentimiento es irrevocable, la declaración de Ecuador no afecta los casos en los cuales el consentimiento se hubiere perfeccionado con anterioridad a la fecha de presentación de la notificación, la cual surte efectos de manera inmediata a partir de la fecha de emisión (4 de diciembre de 2007). Las primeras declaraciones de este tipo fueron presentadas por Egipto y Jamaica.

III.B. Carácter exclusivo y excluyente

El consentimiento de las partes de someter sus diferencias al procedimiento arbitral del CIADI supone, por un lado, considerar al tribunal arbitral como el exclusivamente competente para conocer de la controversia y, por otra parte, conlleva a que la actividad del tribunal arbitral quede aislada por completo de cualquier actuación que pueda proceder de los tribunales internos. Las partes se obligan a no acudir a otro foro, ya sea nacional o internacional, para que resuelva su diferencia, teniendo además los tribunales nacionales un deber de abstenerse de conocer de la controversia sometida a arbitraje (Fernández Masiá, 2003:150-151).¹⁵

14. RODRÍGUEZ JIMÉNEZ, S., “El CIADI frente a Argentina, México, Ecuador y Bolivia. Una actualización”, en RODRÍGUEZ JIMÉNEZ, S. y WÖSS, H. (Coords.), *Arbitraje en materia de inversiones*, México, UNAM, 2010, p. 39, consultado en [<http://www.bibliojuridica.org/libros/6/2815/13.pdf>] el 20/03/2011.

15. Art. 26 del Convenio del Washington: Salvo estipulación en contrario, el consentimiento de las partes al procedimiento de arbitraje conforme a este Convenio *se considerará como consentimiento a dicho arbitraje con exclusión de cualquier otro recurso*. Un Estado Contratante podrá exigir el agotamiento previo de sus vías administrativas o judiciales, como condición a su consentimiento al arbitraje conforme a este Convenio (resaltado nuestro).

La primera frase del art. 26 del Convenio de Washington establece una presunción a favor del carácter exclusivo del arbitraje como método de solución de controversias. Esta lectura se confirma con algunas decisiones CIADI. Así, por ejemplo, en el caso SPP Middle East se sostuvo que “[e]l Artículo 26 dice que la aceptación de la jurisdicción del CIADI, a menos que se señale de otra manera, debe ser considerada como excluyente de otros recursos. Por tanto, la ausencia de renuncia a otros recursos no menoscaba la aceptación de la jurisdicción del CIADI”.¹⁶ Esta regla de interpretación se consagra en el Informe de los Directores, según el cual “se puede presumir que cuando un Estado y un inversionista acuerdan recurrir al arbitraje, y no se reservan el derecho de acudir a otras vías, o de elegir el agotamiento previos de los recursos internos, la intención de las partes es acudir al arbitraje con exclusión de cualquier otro procedimiento”.¹⁷

En todo caso, la estipulación en contrario sólo produciría la quiebra de la presunción de la exclusividad del arbitraje CIADI, dando lugar a la existencia de otro foro en el cual resolver la controversia. Esto es, el carácter exclusivo del procedimiento arbitral CIADI tiene una incidencia directa sobre la actuación de los tribunales nacionales. Así, los tribunales nacionales tienen el deber de abstenerse mientras que la diferencia está sometida al Centro por acuerdo de las partes. Este principio de abstención (*rule of judicial abstention*), se encuentra firmemente asentado en la práctica de los tribunales arbitrales.¹⁸

III.C. Carácter internacionalmente vinculante

El consentimiento de las partes de someterse al arbitraje CIADI, con relación al Estado contratante del que es nacional el inversor, excluye la posibilidad de poder promover una reclamación internacional (art. 26 Convenio de Washington). Sin embargo, esta prohibición no cubre aquellos supuestos en los cuales existe un TBI entre el Estado receptor y el Estado del cuál es nacional el inversor, en el cual se incluye una cláusula de solución de controversias interestatales sobre la interpretación y aplicación de tal acuerdo.

16. SPP Middle East vs. Egipto, decisión sobre competencia, *op. cit.*

17. BANCO MUNDIAL, *Informe de los Directores Ejecutivos*, *op. cit.*, párr. 32.

18. Véanse, por ejemplo, los casos: Maritime International Nominees Establishment vs. República de Guinea (CIADI Caso nro. ARB/84/4, laudo del 06/01/1988. S.A.R.L. Benvenuti & Bonfant vs. Congo (Caso CIADI nro. ARB/77/2), laudo del 08/08/1980, traducción inglesa del original en francés en *International Legal Materials*, núm. 21, 1982. Mobil Oil Corporation y Otros vs. Nueva Zelandia (CIADI Caso nro. ARB/87/2), interpretación sobre responsabilidad del 04/05/1989, consultado en [<http://www.worldbank.org/icsid>].

Es posible que una misma reclamación fundada en la violación de algunas de las obligaciones estatales contempladas en el acuerdo, en relación con las inversiones extranjeras, pudiera dar lugar a la iniciación de dos procedimientos arbitrales diferentes: un arbitraje CIADI que resolvería la controversia mixta, surgida entre el inversor particular y el Estado receptor de la inversión, y por otra parte, un arbitraje interestatal, entre los Estados Parte del tratado (Fernández Masiá, 2003:171-172), controversias estas que se encuentran diferenciadas en virtud de las partes involucradas.

IV. MODALIDADES DE MANIFESTACIÓN DEL CONSENTIMIENTO POR PARTE DEL ESTADO

Si bien el Convenio de Washington exige que el consentimiento deba ser otorgado por escrito por las partes en disputa, no hay indicación sobre el mecanismo que debe ser utilizado para estos efectos. En la práctica, el Convenio se interpreta como la expresión de una extensa libertad sobre las modalidades y condiciones *sui generis* para su perfeccionamiento.

El consentimiento de las partes para someterse al procedimiento arbitral CIADI tradicionalmente se ha otorgado en un acuerdo único. Este acuerdo puede adoptar la forma de una cláusula compromisoria, si las partes lo adoptan en el contrato de inversión, con el objetivo de prever el método de solución de sus controversias futuras, o de un compromiso, si tal manifestación de voluntad no se realiza hasta que la diferencia se produce.¹⁹ En efecto, en el Informe de los Directores Ejecutivos se declara que “[e]l consentimiento puede darse, por ejemplo, en las cláusulas de un contrato de inversión, que disponga la sumisión al Centro de las diferencias futuras que puedan surgir de ese contrato, o en un procedimiento respecto a una diferencia que haya surgido”.²⁰

19. Suele diferenciarse entre «cláusula arbitral» y «compromiso». Se afirma que la cláusula arbitral constituye una condición anexa al contrato, la cual se establece con el objeto de someter todas o algunas diferencias que se susciten con relación al contrato, mientras que el compromiso se celebra después de iniciado el proceso, pero siempre antes de haberse dictado la sentencia de primera instancia. Esto es, la cláusula arbitral se refiere a un conflicto que eventualmente puede surgir, mientras que el compromiso se refiere a una controversia actual. También se ha dicho que la cláusula arbitral es un pre-contrato que fija genéricamente el objeto del arbitraje, mientras que el compromiso constituye un contrato que determina el objeto del arbitraje específicamente. En el presente análisis utilizamos la expresión acuerdo o convenio arbitral para abarcar ambas expresiones indistintamente.

20. BANCO MUNDIAL, *Informe de los Directores Ejecutivos*, op. cit., párr. 24.

El CIADI ofrece a los Estados y a los inversores modelos de cláusulas, las cuales se clasifican en generales y especiales.²¹ Sin embargo, en la práctica, el arbitraje en materia de inversiones extranjeras no encuentra su fundamento en las tradicionales cláusulas arbitrales incorporadas en un contrato. El mayor número de casos se fundamentan en disposiciones sobre resolución de controversias contenidas en un tratado de inversión, en los cuales los Estados receptores han otorgado su “consentimiento de manera anticipada”, para someter las controversias que pudieren suscitarse en materia de inversión al arbitraje internacional (Fernández Masiá, 2003:22).

De esta manera, independientemente del instrumento a través del cual el Estado manifieste su consentimiento, si éste no es simultáneo, es decir, no es otorgado por el Estado y el inversor en un mismo instrumento, como suele suceder en los casos de contratos de inversión, estamos ante una oferta unilateral de consentimiento realizada por el Estado, para someterse a la jurisdicción arbitral CIADI, la cual requerirá de la posterior aceptación del inversor. En todo caso, es el demandante el llamado a probar la existencia del consentimiento como base de la jurisdicción.

A continuación se analizan cada uno de los instrumentos mediante los cuales los Estados manifiestan su consentimiento al arbitraje CIADI, ya sea a través de un contrato de inversión o de una oferta realizada por el Estado, en la legislación interna o en un tratado de inversión.

IV.A. Consentimiento otorgado por el Estado receptor en un contrato de inversión

Los contratos de inversión por lo general son acuerdos de Estado, esto es, una convención celebrada entre el Estado o una entidad estatal y un nacional extranjero (persona física o jurídica), mediante el cual se crea una organización de conformidad con el derecho del Estado receptor, en la cual se le confiere el control de una actividad económica. Estos contratos tienen especial importancia en los países en desarrollo con altos flujos de inversión extranjera directa. Una de las formas más habituales de contratos de Estados son los denominados “contratos de concesión”,²² en los cuales pueden incluirse una cláusula mediante la cual las partes manifiestan su consentimiento de someter sus controversias, presentes o futuras, a un arbitraje internacional administrado por el CIADI, ya sea que la cláusula se incluya en

21. Consultado en [<http://icsid.worldbank.org>].

22. UNCTAD, “Contratos de estado”, en *Colección de publicaciones de la UNCTAD sobre temas relacionados con los acuerdos internacionales de inversión*, Nueva York y Ginebra, Naciones Unidas, 2004, p. 3, consultado en [http://www.unctad.org/sp/docs/iteiit200411_sp.pdf] el 30/03/2011.

el mismo documento, en documentos separados o a través de un intercambio de comunicaciones.

Varios problemas suscitan la coexistencia de contratos de Estados y tratados de inversión, ya sea que se trate de determinar cómo están contemplados los primeros en los tratados de inversión y en qué medida estos últimos pueden regular la actuación de los Estados en la negociación, conclusión y funcionamiento de estos contratos.²³ No es habitual que un tratado de inversión haga referencia directa a los contratos de Estado. Sin embargo, ciertos aspectos vinculados con éstos figuran en los tratados de inversión: la extensión de la protección de los tratados de inversión a los contratos de Estado; la preservación de las facultades discrecionales del Estado receptor en la negociación, la conclusión y el funcionamiento de los contratos de Estado; obligaciones del Estado respecto de los inversores privados; elaboración de regímenes sustantivos para estos contratos en los tratados de inversión,²⁴ entre otros.

En general, los sistemas jurídicos nacionales consideran que los contratos de Estado constituyen una categoría especial de contratos, por lo cual establecen una reglamentación especializada para aquellos concluidos con el Estado o con entidades estatales.²⁵ Cuando el convenio arbitral es suscrito por una “subdivisión política u organismo público” del Estado, el Convenio de Washington exige la aprobación expresa del Estado receptor de la inversión, salvo que éste notifique al CIADI que tal aprobación no es necesaria (art. 25.3).

En varios casos se ha discutido si el consentimiento otorgado a través de un contrato de inversión es capaz de atribuir jurisdicción a un tribunal CIADI. En el caso *Československa obchodní banka, a.s. vs. República Eslovaca* (en adelante, caso ČSOB), el Acuerdo de Consolidación firmado entre las partes, preveía en su art. 7 que el mismo “deberá estar regido por el Derecho de la República Checa y el Tratado sobre Promoción y Mutua Protección de Inversiones entre la República Checa y la República Eslovaca del 23 de noviembre de 1992”. El TBI en referencia nunca entró en vigor, por lo cual el tribunal arbitral tuvo que pasar a considerar si la referencia a un TBI, realizada en un contrato, que no está en vigor en el plano internacional, constituye y equivale a la prestación del consentimiento requerido por el Convenio de Washington. El Tribunal al efecto consideró:

(...) la eliminación de la frase (después de su ratificación) puede juzgarse como indicativo bien de que las partes estaban convencidas de que el TBI ya estaba en vigor (...) o, lo que es más probable, de que *ellos deseaban que la referencia al TBI fuera una expresión válida del consentimiento para los fines de su contrato, incluyendo la*

23. *Ibid.*

24. *Ibid.*, pp. 13-29.

25. *Ibid.*, p. 4.

provisión para el arreglo de disputas, independientemente de que el TBI entrara en vigor en el plano internacional (destacado nuestro).²⁶

Así, el Tribunal llegó a la conclusión que el consentimiento puede ser otorgado en un contrato mediante la incorporación de las disposiciones de un TBI por referencia, aunque el tratado no esté vigente en el plano internacional y, en todo caso, la voluntad de las partes debe ser honrada. En consecuencia, al referirse al TBI las partes tuvieron la intención de incorporar sus disposiciones al contrato, con la finalidad de hacer del arbitraje internacional el método elegido para el arreglo de disputas.²⁷ En la segunda decisión sobre objeciones a la jurisdicción en el caso ČSOB,²⁸ el Tribunal confirmó su jurisdicción en relación con la disputa sometida a su consideración por el demandante, en la medida en que la misma hubiese surgido de un contrato relativo a una obligación de segundo grado. En consecuencia, la jurisdicción del Centro no se podía extender más allá del límite fijado por el consentimiento de las partes y no podía alcanzar al contrato principal. El Tribunal fundamentó el laudo en el principio del efecto relativo de los contratos,²⁹ en virtud de la ausencia de disposiciones sobre arbitraje en el contrato principal y en el principio de la efectividad y finalidad de la jurisdicción.

También es posible que las partes otorguen su consentimiento a través de un intercambio de comunicaciones, como sucediera en el caso AMCO, en el cual el convenio arbitral se había generado a partir de una comunicación del inversionista, mediante la cual le solicitaba a la autoridad estatal responsable de la inversión extranjera someterse a la jurisdicción del CIADI.³⁰

Las partes además pueden manifestar su consentimiento en un contrato de manera condicionada. Esta posibilidad se presentó en el caso AUCOVEN, en donde la jurisdicción del CIADI se encontraba en una cláusula del contrato de concesión celebrado entre las partes, en la cual se establecía que el CIADI no tenía jurisdicción hasta tanto no se cumpliera una condición posterior. Las partes, a través de un contrato habían establecido la condición y los criterios para determinar su

26. Československa obchodní banka, a.s. vs. República Eslovaca (Caso CIADI nro. ARB/97/4), decisión sobre jurisdicción del 24/05/1999. Véase texto en *ICSID Review-Foreign Investment Law Journal*, n° 14, 1999.

27. *Ibid.*

28. *Ibid.*, decisión adicional sobre jurisdicción del 01/12/2000.

29. El contrato sólo surte efecto entre las partes que lo han otorgado. No afecta, por consiguiente, a terceras personas ajenas a la relación contractual y que no han concurrido con su voluntad a su otorgamiento. El fundamento de esta relatividad está en la misma esencia del principio de la autonomía de la voluntad. Por regla general, se necesita siempre la voluntad expresa o tácita de una persona para que le alcancen los efectos de un acto jurídico.

30. Caso Amco, laudo del 25/09/1983, párr. 14. Véase texto en *ICSID Reports*, n° 1, p. 389.

cumplimiento: que el inversionista estuviera sujeto a control extranjero. El Tribunal decidió a favor de esta posibilidad según la cual las partes habían definido el control extranjero como la propiedad de la mayoría de las acciones de la compañía local del inversionista por parte de nacionales de un Estado contratante del Convenio.³¹

En el caso *World Duty Free Company Limited vs. Kenya* (en adelante, caso *Duty Free*), el Tribunal arbitral se atribuyó jurisdicción sobre la base del consentimiento expresado por las partes en disputa en un contrato de manera clara e inequívoca,³² cuya cláusula era del siguiente tenor:

9 Arbitraje: (1) *Las partes por la presente consienten en someterse a la jurisdicción del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones ("El Centro") todas las disputas que provienen de este Acuerdo o relacionando con cualquier inversión hecha bajo el mismo para el establecimiento del arbitraje de conformidad con el Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativas a las inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados ("El Convenio")* (2) Por la presente se estipula (a) que la compañía es nacional de Emiratos Árabes Unidos (b) que la transacción con la cual este Acuerdo se relaciona es "una inversión" dentro del significado de El Convenio; (c) que cualquier tribunal arbitral constituido de conformidad con este Acuerdo aplicará la ley inglesa; (d) que cualquier procedimiento del arbitraje de conformidad con este Acuerdo será conducido conforme a las Reglas de Procedimiento para los Procedimientos del arbitraje del Centro en vigor para el momento en que el procedimiento se inicie (...) (destacado nuestro).

En otro caso, *Duke Energy Electroquil Partners and Electroquil S.A. vs. Ecuador*,³³ el demandante fundamentó la jurisdicción del CIADI tanto en el convenio arbitral contenido en un contrato celebrado con el Estado como en el TBI Ecuador-EE.UU., de manera subsidiaria. Lo cual llevó al Tribunal a establecer una revisión de la metodología para el análisis de la jurisdicción. Al efecto estableció:

Habida cuenta que la principal base de jurisdicción invocada por las Demandantes es el Convenio Arbitral, el Tribunal analizará su competencia en virtud del Convenio y determinará cuáles de las reclamaciones están comprendidas en él (2.1.1). Una

31. *Autopista Concesionada de Venezuela, C.A. vs. Venezuela*, (Caso CIADI nro. ARB/00/5), laudo del 23/09/2003, consultado en [<http://www.worldbank.org/icsid>].

32. *World Duty Free Company Limited vs. Kenya* (Caso CIADI nro. ARB/00/7), laudo del 04/10/2006, consultado en [<http://www.worldbank.org/icsid>].

33. *Duke Energy Electroquil Partners and Electroquil S.A. vs. Ecuador* (Caso CIADI nro. ARB/04/19). La temática de este caso es la generación de energía. La fecha de registro es de 07/10/2004; la fecha de constitución del Tribunal arbitral el 18/05/2005, el laudo del 18/08/2008, consultado en [<http://www.worldbank.org/icsid>].

vez hecho esto, procederá a verificar si se cumplen las condiciones impuestas por el Convenio CIADI respecto de estas reclamaciones (2.1.2). *El Tribunal examinará seguidamente si las Demandantes pueden invocar al TBI como base adicional para determinar la competencia* respecto de las reclamaciones no comprendidas en el Convenio Arbitral (si existiese alguna) y, en caso afirmativo, si se cumple con los requisitos relativos a la competencia establecidos en el Convenio CIADI y el TBI (destacado nuestro).³⁴

Por último, es importante destacar los modelos de cláusulas propuestas por el CIADI para los supuestos de manifestación de consentimiento con respecto a diferencias futuras o existentes, ya que de acuerdo con el Convenio de Washington el consentimiento puede darse por anticipado respecto de un tipo determinado de diferencias. Estas cláusulas son características de los acuerdos de inversión celebrados entre Estados Contratantes e inversionistas nacionales de otros Estados Contratantes. Las partes (Inversor-Estado) pueden incorporar a sus contratos estos modelos de cláusulas y adaptarlos a sus necesidades. Es recomendable delimitar los términos bajo los cuales las partes desean someter sus controversias al arbitraje CIADI, con el objeto de cerrar, en lo posible, la interpretación del ámbito de aplicación de dicha cláusula, sobre todo en cuanto a la materia que desean someter a arbitraje. Todo ello, a fin de evitar extensiones no deseadas con respecto a extremos no queridos, pero no especificados, en los acuerdos de las partes.

IV.B. Consentimiento otorgado por el Estado receptor en su legislación interna

La incorporación del arbitraje CIADI en la legislación sobre promoción y protección de inversiones de los Estados, se ha constituido en una práctica habitual admitida por el Centro.³⁵ Esta modalidad, en la mayoría de los casos, constituye una

34. *Ibid.*, párr. 119.

35. Sin embargo, la promoción de inversiones no siempre tiene el mismo perfil, ya que esto depende de la economía política o de la política de Estado que se adopte y, en consecuencia, se manifiestan diferentes modos de promover o desincentivar la inversión extranjera. Así, el liberalismo económico ha sido normalmente separado del nacionalismo proteccionista y del marxismo, y aun cuando estas no son las únicas corrientes de pensamiento que permitirían distinguir entre las diferentes políticas de Estado frente a la economía internacional, estas tres perspectivas sí muestran diferentes parámetros a partir de los cuales es posible decir a qué perfil político-económico tiende una política de promoción de inversiones.

En primer lugar, el nacionalismo proteccionista supone que la política económica de un Estado debe estar alienada con la política pública del mismo. Es decir, el Estado preserva y controla su posición en la comunidad internacional mediante la protección de los recursos disponibles para el Estado. En materia de inversión, entonces, el nacionalismo interviene en la movilidad de los flujos de capital e inversión

oferta de consentimiento por parte del Estado para someter sus diferencias en materia de inversión a la jurisdicción del Centro. Esta oferta no produce ningún efecto hasta que la misma no es aceptada por escrito por el inversor, de acuerdo con las particularidades que disponga cada legislación o simplemente se cumplirá con este requisito iniciando un procedimiento arbitral ante el CIADI, mientras la legislación se encuentre vigente. Esto último resulta de suma importancia, ya que encontrándonos ante una oferta unilateral del Estado receptor, ésta podrá ser modificada en cualquier momento mediante un cambio legislativo. A menos que, el inversionista hubiere aceptado la oferta de consentimiento antes del cambio legislativo, en cuyo caso el Estado estará obligado a arbitrar la controversia.³⁶

El primer caso en el cual se planteó este problema fue en el caso SPP Middle East. En efecto, el art. 8 de la Ley egipcia N° 43 de 1974 establece:

sectorial en orden a controlar la entrada y salida de capital conforme con los intereses nacionales. Por otro lado, las teorías económicas marxistas y neo-marxistas se fundamentan en la crítica al liberalismo, y su punto de partida es la imposibilidad de igualdad en el desarrollo de las relaciones económicas internacionales. Además, consideran que la inversión extranjera genera una dependencia injustificada y unos lazos de relación que llevan al llamado neo-colonialismo. Así, en materia de flujos de capital, la única posibilidad para que se permita la inversión directa es mediante la aprobación *ex ante* de inversiones en sectores donde la rentabilidad y estructura del proceso de inversión no creará ni repartición inequitativa de recursos ni lazos irrompibles de interdependencia (para ello, los Estados con dichos perfiles político-económicos estilaban mantener la expropiación sin indemnización o compensación). Por último, los aportes del liberalismo clásico se fundamentan en la especialización, desde el punto de vista del comercio internacional, de manera que un Estado ha de enfocarse en aquellos bienes que pueda producir con mayor eficiencia debido a la existencia de ventajas comparativas. Desde el punto de vista de la inversión extranjera, la política económica del liberalismo rehúye la intervención injustificada en los equilibrios del mercado: el Estado debe permitir el libre flujo del capital eliminando las barreras de entrada al mercado de capitales pues ello lleva a (1) eliminar las barreras al comercio internacional, (2) permite el acceso a factores de producción escasos en el país de origen –en este caso capital–, y (3) disminuye los costos de transacción en orden a adquirir factores en el extranjero. *Cfr.* MÁRQUEZ ESCOBAR, C. P., “Expropiación mediante regulación: inversión extranjera, tratados de promoción de inversiones y el poder de policía de la administración”, en *International Law Revista Colombiana de Derecho Internacional*, Colombia, nro. 11, mayo de 2008, pp. 13-68, especialmente, pp. 20-23.

36. Este último supuesto se planteó en el caso SPP Middle East vs. Egipto (Caso CIADI nro. ARB/84/3), laudo del 12/04/2002. En efecto, el art. 8 de la Ley egipcia sobre Inversión Extranjera 43 de 1974 disponía que las controversias referidas a su implementación debían resolverse de conformidad con el Convenio de Washington mediante un arbitraje CIADI. Esta redacción fue considerada por el tribunal arbitral como una oferta de consentimiento por parte del Estado egipcio la cual había sido aceptada por el inversionista cuando un año antes del conflicto le informo al Ministerio de Turismo egipcio que aceptaba la jurisdicción del CIADI. También, en el asunto *Manufacturers Hanover Trust Company vs. Egipto* (Caso CIADI nro. ARB/89/1; procedimiento discontinuado de conformidad con la Regla de Arbitraje 44). El demandante amparó su solicitud en la misma disposición, pero finalmente el conflicto fue resuelto mediante transacción. Luego de estas experiencias Egipto modificó su legislación exigiendo que se requiera suscribir un convenio arbitral expreso Inversor-Estado para someterse a la jurisdicción CIADI.

Las diferencias sobre inversiones al respecto de la ejecución de las disposiciones de esta Ley serán resueltas de la manera en que sea acordado con el inversor, o dentro del marco de los tratados en vigor entre la República Árabe de Egipto y el Estado del que es nacional el inversor, o dentro del marco de la Convención sobre arreglo de diferencias relativas a inversores entre Estados y nacionales de otros Estados a la que Egipto se adhirió en virtud de la Ley número 90 de 1971, cuando tal Convención se aplique (...)(destacado nuestro).

El Tribunal arbitral partiendo de un análisis gramatical de la Ley egipcia llegó a la conclusión que establecía una secuencia obligatoria y jerárquica de procedimientos de solución de controversias ya que las partes no habían pactado ningún método específico, no existía ningún tratado bilateral aplicable, los términos del mismo conducían a que no existiesen dudas sobre la competencia del tribunal arbitral CIADI para resolver la diferencia surgida entre las partes.³⁷ Esto es, en presencia de una expresión como la de la Ley egipcia, la manifestación de voluntad del inversor aceptando la oferta perfecciona el consentimiento para someter las diferencias a los procedimientos del Centro (Fernández Masiá, 2003:136).

Varios ejemplos de “oferta unilateral” por parte del Estado los encontramos en las legislaciones sobre inversión extranjera, invocados algunos de ellos en la práctica arbitral. En estas legislaciones es posible diferenciar dos grandes grupos de ofertas por parte del Estado: un primer grupo en el cual las expresiones de voluntad del Estado constituyen un consentimiento “avanzado” por parte del Estado receptor y, un segundo grupo, en el cual los términos de dicha legislación no permiten considerarla como una oferta de consentimiento.

IV.B.1. Aquellas expresiones de voluntad de las cuales se deriva una “oferta” de consentimiento del Estado receptor

En este grupo se ubican aquellas legislaciones que, de manera inequívoca, contemplan el sometimiento a los procedimientos del Centro, ya sea de manera exclusiva o conjuntamente con otros métodos de solución de controversias. Así como, aquellas legislaciones que, a pesar de ser menos claras en su redacción, permiten interpretar la existencia de dicha oferta de consentimiento por parte del Estado y, en consecuencia, derivar los respectivos efectos de sometimiento al arbitraje CIADI.

Un ejemplo de cómo el Estado de manera expresa e inequívoca manifiesta su consentimiento de someterse al arbitraje CIADI lo encontramos en la Ley de Inversión Extranjera de Albania (1993), según la cual “[e]l inversionista extranjero

37. Caso SPP Middle East, laudo, *op. cit.*

puede someter la disputa para su resolución y la República de Albania da su consentimiento expreso a tal sometimiento, ante el Centro (...)” (art. 8.2).³⁸ Así, lo reconoció el Tribunal CIADI en el caso *ČSOB Tradex Hellas, S.A. vs. Albania* (en adelante, caso Tradex).³⁹

Por lo que el Tribunal arbitral considera que si se incluyen disputas originadas en inversiones contrarias a las leyes salvadoreñas en la oferta unilateral de jurisdicción CIADI formulada por El Salvador en la Ley, equivaldría a contradecir el texto de la Constitución y demás leyes de esta nación; se trataría de una violación al orden público, por aceptar la jurisdicción para actos ilegales, lo cual crearía inseguridad jurídica y el enriquecimiento ilícito por parte del inversor. El Tribunal comparte el argumento de El Salvador aclarando que, en todo caso, el CIADI tendría jurisdicción si el reclamo está fundado sustantivamente en dicha Ley, sobre las diferencias derivadas de la aplicación de la propia Ley, por lo que no puede conocer de las controversias derivadas del contrato.

También es importante destacar la claridad en la manifestación de consentimiento contenida en la Ley de Inversiones Extranjeras de Kazajstán, la cual fue invocada en el caso *Rumeli Telekom vs. Kazajstán*.⁴⁰ El Tribunal amparado en una interpretación literal del art. 27 de la Ley de Inversión Extranjera, mediante la cual se permitía la resolución de controversias entre la República de Kazajstán e inversores extranjeros a través del arbitraje CIADI, pero condicionada a la elección por parte del inversor, ya que el consentimiento por parte del Estado ya se había manifestado a través de la Ley. Si bien el Tribunal arbitral se atribuye jurisdicción en atención a la legislación interna, se observa que la Ley de Inversiones es invocada por los demandantes como una base alternativa de jurisdicción. En este sentido, el Tribunal llega a la conclusión de que, dado que la protección concedida a los inversores extranjeros por la Ley comprende las disposiciones previstas en los TBIs, no es necesario referirse a este último para decidir las reclamaciones presentadas por las partes en este caso.⁴¹

Finalmente, vale la pena destacar las consideraciones realizadas por el Tribunal arbitral que conoció del caso *Zhinvali vs. Georgia*, en el cual se analiza

38. Sobre la base de este art. el Tribunal CIADI se atribuyó jurisdicción en el caso *Tradex Hellas S.A. vs. Albania* (Caso CIADI nro. ARB/94/2), decisión sobre jurisdicción 24/12/1996, consultado en [<http://www.worldbank.org/icsid>]. Disposiciones similares se encuentran en las legislaciones de África Central (1988); Costa de Marfil (1984); Mauritania (1989); entre otras.

39. *Tradex Hellas S.A. vs. Albania* (Caso CIADI nro. ARB/94/2), decisión sobre jurisdicción 24/12/1996, párr. 79, consultado en [<http://www.worldbank.org/icsid>].

40. *Rumeli Telekom A.S. y Telsim Mobil Telekomunikasyon Hizmetleri A.S. vs. República de Kazajstán* (Caso CIADI nro. ARB/05/16), Laudo del 29/07/2008, párr. 333-335, consultado en [<http://www.worldbank.org/icsid>].

41. Caso *Rumelli*, *op. cit.*, párr. 336.

la Ley de Inversiones de Georgia, respecto a la cual se afirma que la misma está “en consonancia con los principios de derecho internacional aplicables” y, en consecuencia, Georgia había dado su consentimiento para someter las diferencias en materia de inversión a la jurisdicción del CIADI.⁴²

En todo caso, la aceptación del inversor debe hacerse por escrito, ya sea antes de la iniciación del procedimiento arbitral CIADI o con la interposición de la solicitud de iniciación del procedimiento. A menos que la ley nacional estableciera alguna forma específica o condición especial para el otorgamiento de tal aceptación por parte del inversor, supuesto en el cual tal forma o condición deberá cumplirse para que sea considerado como vinculante el consentimiento para ambas partes.

Otra forma mediante la cual puede expresar el inversor su aceptación de someterse al procedimiento arbitral del Centro, podría ser a través de una notificación al gobierno del Estado receptor o de una solicitud de autorización de una inversión.⁴³ En fin, lo que se trata es de verificar la expresión del consentimiento de ambas partes.

IV.B.2. Aquellas legislaciones nacionales que no constituyen una oferta de consentimiento del Estado

No hay duda que, en algunos casos, puede resultar muy difícil identificar la verdadera naturaleza de una oferta de consentimiento realizada por el Estado para someterse al arbitraje CIADI, a través de su legislación interna.

En este apartado realizaremos un análisis de aquellas legislaciones donde es necesario, para que pueda existir consentimiento, un acuerdo posterior específico entre el Estado receptor y el inversor extranjero, o aquellas en las que se prevé que únicamente será mediante la autorización de la inversión por parte del Estado receptor cuando se produzca el consentimiento del mismo, o cuyas formulaciones son tan oscuras o ambiguas que requiera de un análisis más cuidadoso por parte del tribunal arbitral ante el cual se invocan como fuente de jurisdicción CIADI. Ejemplo de estas formulaciones las encontramos en las legislaciones de Egipto (1989), Madagascar (1989), Malawi (1991), Paraguay (1991), Mozambique (1993), Ecuador (1997), Guatemala (1998), Venezuela (1999), Nicaragua (2000), entre otras.

En el ámbito latinoamericano, encontramos algunos ejemplos de legislación interna, como la Ley de Promoción y Garantía de Inversiones de Ecuador, en la cual se establece la posibilidad para el Estado y los inversionistas extranjeros de someter las controversias que se suscitaren, por la aplicación de dicha Ley, a un

42. Zhinvali Development Ltd. vs. República de Georgia (Caso CIADI nro. ARB/00/1), Laudo del 24/01/ 2003, párr. 339, consultado en [<http://www.worldbank.org/icsid>].

43. Caso Mobil Venezuela, *op. cit.*, párr. 139-140, *cit.* nota 349; y Caso CEMEX, *op. cit.*, párr. 136-137.

tribunal arbitral constituido en virtud de tratados de inversión de los cuales sea parte Ecuador (art. 32).⁴⁴ Por su parte, la Ley de Inversión Extranjera de Guatemala, también admite la posibilidad de someter a arbitraje internacional “las diferencias que pudieren surgir en materia de inversiones entre un inversionista extranjero y el Estado de Guatemala, sus dependencias y otras entidades estatales”, si un tratado en vigor para Guatemala así lo permite (art. 11).⁴⁵

Otro ejemplo, lo encontramos en la Ley de Inversiones de Paraguay, según la cual todos los “inversionistas nacionales y extranjeros, así como las entidades del Estado, incluyendo los entes autárquicos y las demás entidades de derecho público, que contrataren con el inversor extranjero”, podrán consentir en someter sus diferencias a “tribunales arbitrales nacionales o internacionales, de conformidad con las normas legales nacionales e internacionales pertinentes” (art. 9).⁴⁶ Por su parte, en la Ley de Inversiones de Nicaragua (2000),⁴⁷ en concordancia con su Reglamento, se admite el “arbitraje internacional de conformidad con lo dispuesto en los convenios internacionales aprobados y ratificados por la República de Nicaragua” (art. 8).

En la práctica arbitral destaca el caso *Biwater Gauff vs. República Unida de Tanzania* (en adelante, caso *Biwater*),⁴⁸ en el cual se analizó la Ley de Inversiones de la República Unida de Tanzania, llegándose a la conclusión que el art. 23 no podía ser considerado como una oferta unilateral del Estado para someterse a un procedimiento de arbitraje CIADI, ya que en dicho art. se hace evidente la necesidad del acuerdo entre las partes para llegar a tal determinación. Esto es, no existe expresión alguna de la voluntad del Estado, sino una enumeración de las vías a través de las cuales pueden llegar a resolverse las controversias Inversor-Estado, al condicionar la selección del método de resolución de conflictos a la coincidencia de voluntades de ambas partes, por lo que no es posible hablar de oferta unilateral.

Para el Tribunal la enumeración del art. 23 de la Ley de Inversiones es poco funcional, ya que el elemento crítico o fundamental en la disposición es el acuerdo de voluntades de las partes, por lo que bien podrían acordar un método de resolución distinto a los allí señalados. En esta disposición no existe una expresión del consentimiento de la República de Tanzania, sino la eventual obligación por parte del Estado de expresar su consentimiento respecto al medio de resolución de conflicto a utilizar.

44. Ley 46. RO/219 del 19/12/1997.

45. Decreto 9-98, del 20/02/1998.

46. Ley 117/91 del 06/12/1991.

47. Ley 344 del 22/05/2000 y su Reglamento del 22/8/2000. En el mismo sentido, las legislaciones de Camerún (1990); Kazakstán (1995), Somalia (1991) y Zambia (1991).

48. *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd vs. República Unida de Tanzania* (Caso CIADI nro. ARB/05/22), laudo del 24/07/2008, consultado en [<http://www.worldbank.org/icsid>].

Para este análisis el Tribunal se encuentra con la dificultad de que las opciones de resolución de conflictos prevista en los literales (a), (b) y (c) del art. 23 están condicionados por las palabras “que puedan ser de mutuo acuerdo por las partes”. En este contexto, se debe interpretar que una controversia podrá ser sometida a cualquiera de las tres opciones, pero sólo en función del acuerdo de las partes. En otras palabras, es necesario un acuerdo posterior entre las partes, lo cual es muy diferente a una oferta unilateral la cual sólo requiere de la aceptación por parte de un inversionista.⁴⁹

Por otro lado, el compromiso de un Estado a proporcionar condiciones más favorables a los inversores extranjeros, en el contexto de un TBI tampoco pueden considerarse como una oferta unilateral del arbitraje, ya que para ello se requiere de la expresión clara por parte del Estado en cuanto a su consentimiento a someterse a la jurisdicción arbitral. Mal podría llegarse a concluir la expresión de la voluntad del Estado en esta materia a través de la interpretación libre del contenido del TBI. En este caso, el Tribunal termina admitiendo su jurisdicción sobre la base del TBI vigente para el momento de la controversia, en el cual sí existe una oferta unilateral de arbitraje por parte de los Estados firmantes respecto a los inversores extranjeros, en su art. 8, cuya comparación con el art. 23 de la Ley de Inversiones de Tanzania fue recomendada por el tribunal.

Finalmente, otro asunto considerado recientemente por tribunales arbitrales CIADI es la Ley de Promoción y Protección de Inversiones venezolana (1999),⁵⁰ cuyo art. 22, dispone lo siguiente:

Las controversias que surjan entre un inversionista internacional, cuyo país de origen tenga vigente con Venezuela un tratado, o acuerdo sobre promoción y protección de inversiones, o las controversias respecto de las cuales sean aplicables las disposiciones del Convenio Constitutivo del Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones (OMGI-MIGA) o del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados (CIADI), serán sometidas al arbitraje internacional en los términos del respectivo tratado o acuerdo, si así éste lo establece, sin perjuicio de la posibilidad de hacer uso, cuando proceda, de las vías contenciosas contempladas en la legislación venezolana vigente (resaltado nuestro).

La interpretación tanto en el caso *Mobil Corporation, Venezuela Holdings, B.V. y otros vs. Venezuela* (en adelante, caso *Mobil Venezuela*), como en el caso *CEMEX* consistió en considerar que el texto del art. 22 es “oscuro” y “ambiguo” y, en consecuencia, no puede concluirse que Venezuela otorgó unilateralmente

49. Caso *Biwater*, *op. cit.*, párr. 329.

50. Decreto 356, de fecha 03/10/1999.

consentimiento al arbitraje del CIADI de manera general. Por lo cual, “ese artículo no sirve de base para determinar la competencia del Tribunal”, en los casos antes mencionados.⁵¹ En efecto, en ambos casos se cuestiona el análisis según el cual “no puede llegarse a la conclusión de que debe interpretarse que lo dispuesto en el artículo 22 entraña el consentimiento de Venezuela a someter a arbitraje todas las posibles controversias que encuadren en el ámbito del Convenio del CIADI”.⁵²

En fin, estas disposiciones permiten presumir un clima favorable al arbitraje internacional pero en ningún caso constituyen una “oferta unilateral” del Estado para someter determinadas controversias al arbitraje CIADI, ya que, exigen que dicho arbitraje se constituirá de acuerdo con los tratados de inversión en vigor en dicho Estado receptor.

IV.C. Consentimiento otorgado por el Estado receptor a través de un tratado

El Estado puede manifestar su voluntad de someter las diferencias en materia de inversión a los procedimientos del CIADI a través de un tratado ya sea bilateral o multilateral.⁵³ En la actualidad, la mayoría de estos tratados son TBIs con cláusulas de resolución de controversias Inversor-Estado en las cuales el Estado receptor de la inversión realiza una “oferta” de consentimiento o un consentimiento “avanzado”. Dicha oferta deberá ser aceptada por parte del inversor extranjero para que pueda existir un consentimiento bilateral (Fernández Masiá, 2008:551-552). Esta manera de otorgar el consentimiento por parte del Estado receptor ha sido considerada como parte del conjunto de garantías que los TBIs ofrecen a los inversores (Fernández Masiá, 2008:25).

El consentimiento que un Estado otorga en un tratado, para resolver las diferencias futuras que pudieren surgir con el inversor nacional de otro Estado Contratante,

51. Caso Mobil Venezuela, párr. 139-140; y Caso CEMEX, párr. 137-138.

52. Mobil Corporation, Venezuela Holdings, B.V. y otros vs. Venezuela (Caso CIADI nro. ARB/07/27), decisión sobre jurisdicción del 10/06/2010, párr. 123, consultado en [<http://www.worldbank.org/icsid>]; y Caso CEMEX, párr. 120.

53. En el Derecho Internacional se reconoce la libertad de elección y la igualdad entre todas las formas de expresión del consentimiento. Esta norma ha sido codificada por la Convención de Viena, cuyo art. 11 consagra: “El consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado podrá manifestarse mediante la firma, el canje de instrumentos que constituyan un tratado, la ratificación, la aceptación, la aprobación o la adhesión, o en cualquier otra forma que se hubiere convenido”. Por su parte, el tratado se entiende perfeccionado cuando se deja constancia en el plano internacional del consentimiento del sujeto de obligarse, ya sea mediante el canje de instrumentos donde consta la manifestación del consentimiento entre los contratantes (tratados bilaterales) o el depósito de los mismos que consiste en la entrega del instrumento que contiene la manifestación del consentimiento a una persona que recibe el nombre de depositario (tratados multilaterales). Cfr., REMIRO BROTONS, A., *Derecho Internacional Público*, II. *Derecho de los Tratados*, Madrid, Tecnos, 1997, pp. 97-145.

mediante el arbitraje CIADI, cubre perfectamente el requisito del inciso final del art. 25(1) del Convenio de Washington: manifestación de su consentimiento por escrito. Sólo habrá que analizar el alcance de dicho consentimiento, para determinar si la oferta realizada por el Estado, le otorga al inversor el derecho a acceder a arbitraje, con la sola aceptación de la oferta, o por el contrario se exige que las partes deban celebrar un pacto arbitral de manera expresa, una vez nacida la controversia.

El primer caso, en el que un tribunal CIADI asumió jurisdicción conforme a un TBI, es *Asian Agricultural Products Limited vs. Sri Lanka* (TBI Reino Unido-Sri Lanka), registrado en 1987, el cual culminó con un laudo final en 1990.⁵⁴ A partir de este momento, el tratado es fuente de la jurisdicción arbitral para la resolución de los conflictos en materia de inversión entre un Estado receptor y un inversor extranjero y se produce una “revolución sobrevenida” en el régimen del arbitraje de inversiones al incorporar el tratado al método tradicional de generación de consentimiento a través del convenio arbitral, esto es a través de un compromiso o cláusula compromisoria vinculada a un contrato de inversión.⁵⁵

También, debemos hacer referencia a las cláusulas sobre solución de controversias incluidas en los capítulos de inversiones de los Tratados de Libre Comercio (en adelante, TLCs). La más utilizada hasta los momentos es la contenida en el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (en TLCAN o NAFTA en sus siglas en inglés), y el CIADI se ha atribuido jurisdicción en el marco del Tratado de Libre Comercio entre República Dominicana, Centro América y Estados Unidos (en adelante, DR-CAFTA).⁵⁶

Este tipo de consentimiento “avanzado”, “anticipado” u “oferta” mediante el cual, de manera general y prospectiva se obligan los Estados receptores en los tratados de inversiones, se ha comparado con un cheque en blanco (Redfern, 2004:60-62), ya que representa promesas o compromisos de duración indefinida que pueden

54. En este caso la parte demandante inició el procedimiento basándose en el consentimiento otorgado por Sri Lanka en el art. 8 del TBI según el cual “cada Estado contratante desde aquí consiente en someter al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativa a Inversiones para el arreglo mediante conciliación o arbitraje de acuerdo a la Convención (...) las diferencias que surjan entre ese Estado contratante y un nacional o empresa de otro Estado contratante en relación con una inversión de este último en el territorio del primero”. *Asian Agricultural Products Limited vs. Sri Lanka*, (Caso CIADI nro. ARB/87/3), laudo final del 27/06/1990, ver texto en *ICSID Reports*, v. 4, 1997, pp. 245 y ss.

55. CHILLÓN MEDINA, J. M., *El arbitraje internacional*, op. cit., p. 8.

56. *Railroad Development Corporation vs. Guatemala* (Caso CIADI nro. ARB/07/23), decisión sobre medidas preventivas del 15/10/2008, decisión sobre jurisdicción del 17/1/2008, consultado en [<http://www.worldbank.org/icsid>]; *TCW vs. República Dominicana* (Caso UNCITRAL, administrado por Corte Permanente de Arbitraje), terminado por acuerdo de las partes 16/07/2009; *Commerce Group Corp. and San Sebastian Gold Mines, Inc. vs. El Salvador* (Caso CIADI nro. ARB/09/17), consultado en [<http://www.worldbank.org/icsid>]; *Pac Rim Cayman LLC vs. El Salvador* (Caso CIADI nro. ARB/09/12), registrado el 15/06/2009, consultado en [<http://www.worldbank.org/icsid>].

inhibir la acción del gobierno y paralizan las políticas regulatorias del Estado receptor. Esto es, los gobiernos se muestran cautelosos en la toma de decisiones sobre reformas e implementación de nuevas normas regulatorias por temor a los procesos judiciales que puedan iniciar los inversionistas extranjeros. En todo caso, el Estado receptor deberá evaluar los riesgos que implica asumir el compromiso de someterse al arbitraje internacional Inversor-Estado.⁵⁷

Pero ¿qué forma debe revestir el consentimiento para someterse a un arbitraje CIADI con arreglo a un tratado? La respuesta dependerá de la redacción de la cláusula de resolución de controversias del propio tratado, lo cual varía considerablemente, tanto en función del mecanismo de perfeccionamiento de la oferta de consentimiento realizada por el Estado como de las condiciones o requisitos que deben cumplirse antes de acceder al arbitraje.

IV.C.1. Modelos de tratados en función del mecanismo de perfeccionamiento del consentimiento

Dada la naturaleza mixta del sistema CIADI, en virtud de los sujetos intervinientes, el perfeccionamiento del consentimiento tiene características especiales. Así, generalmente, el consentimiento debe otorgarse *a posteriori*, cuando el inversor notifica al Estado su decisión de someter la controversia a arbitraje. Desde esta perspectiva cuando el Estado manifiesta su consentimiento de someterse al arbitraje CIADI a través de un tratado, es posible a su vez distinguir tres modelos de tratados en función del mecanismo exigido por el Estado en su oferta de consentimiento: aquellos tratados que contienen oferta de consentimiento al CIADI en forma clara e inequívoca, obligatoria y vinculante para los Estados Parte; aquellos donde se realiza una promesa por parte del Estado receptor de que a solicitud del inversor extranjero ha de otorgarse el consentimiento de someterse al arbitraje CIADI; y, por último, aquellos donde la referencia al arbitraje CIADI, como un método de solución de controversias, constituye una mera declaración de que los Estados Parte, de forma general, tendrán una consideración favorable hacia el arbitraje. A continuación se abordarán cada uno de estos modelos.

57. MORTIMORE, M., *Arbitraje internacional basado en cláusulas de solución de controversias entre los inversionistas y el Estado en acuerdos internacionales de inversión: desafíos para América Latina y el Caribe* [en línea] Santiago de Chile, CEPAL, 2009, pp. 43-44, consultado en [<http://www.eclac.org/ddpe/publicaciones/xml/2/38272/LCL3049e.pdf>].

a. Aquellos tratados que contienen “oferta” de consentimiento al CIADI en forma clara e inequívocamente para los Estados Parte

En estos casos la sola aceptación del inversor nacional del otro Estado contratante, será suficiente para perfeccionar el consentimiento de someter las diferencias a los procedimientos del Centro. En estos supuestos se suele dejar al inversor la opción de elegir el método de solución de controversias. Un gran número de Estados han decidido incorporar este tipo de oferta de arbitraje CIADI en TBIs o en tratados multilaterales. Por ejemplo, la cláusula de solución de controversias prevista en el art. 8 del TBI República Checa-Venezuela (1995), según el cual:

(...) 2. Si una controversia entre un inversor y la otra Parte contratante no puede ser resuelta en un período de seis meses, y a menos que las partes en disputa acuerden otro procedimiento, *el inversor podrá* someter el caso al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI) de conformidad con las disposiciones de la Convención sobre Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados (...) (destacado nuestro).⁵⁸

En el mismo sentido, los arts. 11 y 8 de los TBIs celebrados por Venezuela con Costa Rica (1997) y Francia (2001), respectivamente, en los cuales se contempla que el “inversionista *podrá* someter la controversia a los Tribunales competentes de la Parte Contratante en cuyo territorio se realizó la inversión, o a un procedimiento arbitral de acuerdo con las siguientes disposiciones” (destacado nuestro).⁵⁹ Otra expresión de consentimiento se refiere a que “la controversia, *a solicitud de cualquiera de las dos partes y siempre que el inversor consienta*, será sometida al Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI)” (resaltado nuestro), como es el caso del art. 7(2) del TBI Lituania-Venezuela (1995).

Este tipo de arbitraje es denominado *arbitration without privity* (Paulsson, 1995:232-257; Alexandrov, 2005:390), lo que equivaldría a una oferta pública de arbitraje por parte del Estado, ya sea que se encuentre en un TBI o en la legislación interna, ya que en ambos casos esta oferta debe ser aceptada con posterioridad por el inversor (Fernández Masiá, 2003:128). En este sentido, la práctica arbitral CIADI ha dejado ver que el TBI se basta a sí mismo para que el inversionista pueda recurrir

58. En el mismo sentido, con redacciones muy similares. Ver, TBIs firmados por Venezuela con Alemania (1996); Barbados (1994); Dinamarca (1994); Reino Unido (1995); Reino de los Países Bajos (1991); República Checa (1995); Suecia (1996); Suiza (1993).

59. En el mismo sentido, con redacciones iguales o similares. Ver, TBIs firmados por Venezuela con Argentina (1993); Chile (1993); Ecuador (1993); España (1995); Paraguay (1996); Perú (1996); Portugal (1994); Uruguay (1997).

al mecanismo de solución de disputas previsto en el mismo, en virtud de que el Estado ha manifestado de manera anticipada su consentimiento y sólo “basta con que el inversionista manifieste su voluntad en ese sentido”.⁶⁰

Con una formulación más detallada encontramos el TBI Canadá-Venezuela (1996), según el cual:

- (3) *Un inversor puede someter una de las controversias* de las señaladas en el párrafo (1) *a arbitraje* de acuerdo con el párrafo (4) *sólo si:*
 - (a) *el inversor ha consentido por escrito en ello; (...)*
- (4) La controversia podrá ser sometida a arbitraje, por el inversor de que se trate, ante:
 - (a) El Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias sobre Inversiones (CIADI) (...)
- (5) Cada Estado contratante da en virtud del presente Acuerdo su consentimiento incondicional para el sometimiento de las controversias a arbitraje internacional de conformidad con las disposiciones de este artículo.
- (6) (a) Tanto el consentimiento otorgado en el párrafo (5), como el consentimiento otorgado conforme al párrafo (3), o los consentimientos otorgados al párrafo (12), satisfarán los requisitos de:
 - (i) el consentimiento escrito de las partes en la controversia a los fines del Capítulo II (Jurisdicción del Centro) de CIADI y a los fines del Mecanismo Complementario; y (...)
- (12) (a) Cuando un inversor someta una reclamación conforme a este Artículo en relación con el daño o la pérdida sufrida por una empresa de su propiedad o que controle directa o indirectamente, se aplicaran las siguientes disposiciones:
 - (i) tanto el inversor como la empresa deberán dar el consentimiento referido en el subpárrafo (3) (a) (...) (destacado nuestro).

Esta práctica también ha hecho que el número de procedimientos de arbitraje ante el Centro se multiplique de manera exponencial. Por ejemplo, en los casos Eudoro Armando Olguín vs. Paraguay (en adelante, caso Olguín),⁶¹ y Tradex,⁶² los tribunales se refirieron a la posibilidad de otorgar el consentimiento estatal en un TBI. Sin embargo, esto, *per se*, no se traduciría en jurisdicción del CIADI, por cuanto faltaba el consentimiento del inversionista. Pero, una vez que el inversionista registrara su demanda en el Centro, se consideraría que las dos partes han consentido en someter la disputa al arbitraje CIADI. En efecto, en el caso Sempra Energy

60. Camuzzi vs. Argentina (Caso CIADI nro. ARB/03/7), decisión sobre jurisdicción del 11/05/2005, párr. 130 y ss., consultado en [<http://www.worldbank.org/icsid>].

61. Caso Olguín, *op. cit.*

62. Caso Tradex, *op. cit.*

International vs. Argentina se analizó la naturaleza de la oferta de consentimiento realizada por el Estado receptor a través de un TBI, en concreto se consideró que:

El Tribunal no puede desconocer, sin embargo, el hecho de que la República Argentina suscribió el Tratado con los Estados Unidos. Este instrumento es el que contiene la expresión del consentimiento para recurrir al arbitraje en caso de que se suscite una controversia entre el inversionista y el Estado en función de las garantías que allí se establecen. *El Tratado es auto-suficiente para este efecto y la opción de recurrir a la solución de controversias la ejerce el inversionista con el sólo hecho de manifestar su propio consentimiento.* El concepto de un compromiso arbitral adicional al acuerdo arbitral, que en algún momento se discutió en el arbitraje privado, no se contiene en la mecánica del Tratado ni tiene mayor vigencia hoy día (destacado nuestro).⁶³

En la práctica, la aceptación por parte del inversor se plantea de forma flexible. En la mayoría de los casos se exige que deba realizarse con anterioridad a la iniciación del procedimiento arbitral. Sin embargo, en algunos TBIs se establece la posibilidad para que cualquiera de las partes en la diferencia pueda acudir directamente al Centro sobre la única base de la oferta estatal realizada en el propio tratado. Así, el inversor mediante la solicitud de iniciación de un procedimiento arbitral manifestaría su aceptación.⁶⁴ Esto es, la forma de dar cumplimiento al requisito de la existencia de un consentimiento por escrito exigido en el Convenio de Washington, al igual que en el caso de la oferta incluida en una ley de inversiones, es a través de la notificación que el inversionista deberá dirigir al Estado, en señal de aceptación de la oferta realizada, o iniciar un procedimiento arbitral ante el CIADI, a menos que de la cláusula en cuestión se desprenda algún otro requisito.

b. Aquellos tratados donde se realiza una promesa por parte del Estado receptor

Esta modalidad no constituye una oferta de consentimiento, por lo que a diferencia del supuesto anterior se requiere de una acción posterior del Estado receptor mediante la cual, en última instancia, se constituiría ese consentimiento. Estos

63. *Sempra Energy International vs. Argentina* (Caso CIADI nro. ARB/02/16), decisión sobre jurisdicción del 11/05/2005, párr. 140, consultado en [<http://www.worldbank.org/icsid>].

64. Un ejemplo, lo encontramos en el caso *American Manufacturing & Trading, Inc. vs. Congo* (Caso CIADI nro. ARB/93/1), laudo del 21/02/1997, en donde el tribunal arbitral señaló que la solicitud de iniciación del procedimiento ante el CIADI por parte del inversor debía considerarse como la aceptación a la oferta previa realizada por Zaire en el TBI EE.UU.-Congo (1984), con lo cual se considera existente el consentimiento de ambas partes al procedimiento arbitral del Centro. En el mismo sentido, *Caso Generation Ukraine*, párr. 12.2 y 12.3.

tratados si bien tienen cláusulas que se refieren al arbitraje CIADI y se realiza una promesa por parte de los Estados Contratantes, es necesaria una concreta solicitud del inversor para acceder a este mecanismo alternativo de resolución de controversias. Esto es, se trata únicamente de una mera promesa por parte del Estado de concederle al inversor la posibilidad de acudir al arbitraje si, llegado el momento en que éste lo solicite, se celebre un acuerdo entre las partes. En consecuencia, si ante la solicitud del inversor, el Estado receptor se niega a dar su consentimiento, el inversor no podrá obligar a ese Estado a que lo otorgue. Sin embargo, el otro Estado contratante del tratado de inversión, Estado del cual es nacional el inversor, podría reclamar el incumplimiento del Estado receptor de las obligaciones derivadas del tratado y, en consecuencia, generarse una controversia interestatal (Fernández Masiá, 2008:27).

c. Aquellos tratados donde la referencia al arbitraje CIADI, como un método de solución de controversias, constituye una mera declaración de principio del Estado parte

Estos tratados constituyen simplemente una declaración de principio, mediante la cual el Estado se presenta como favorable al arbitraje CIADI, pero deberá concretarse un acuerdo posterior entre las partes para en definitiva atribuir o no jurisdicción al CIADI. En consecuencia, se descarta que estas cláusulas puedan de alguna manera considerarse una “oferta” de consentimiento. En todo caso, ante una solicitud del inversor extranjero se espera que el Estado receptor preste su consentimiento y no actúe de manera arbitraria. Un ejemplo de este tipo de cláusulas las encontramos en el TBI Holanda-Kenia (1970), cuyo art. 11 dispone:

(...) una Parte Contratante en el territorio del cual un nacional de la otra Parte Contratante realice o intente realizar una inversión podrá considerar la solicitud de una parte para someter a conciliación o arbitraje del Centro creado por la Convención de Washington del 18 de marzo de 1965, cualquier disputa que esté relacionada con la inversión (...) (destacado nuestro).

Otro ejemplo interesante lo encontramos en el art. 8 del TBI Perú-China (1994), según el cual:

3. Si una controversia que involucra el monto de compensación por la expropiación no puede ser resuelta dentro de un plazo de seis meses después de recurrir a negociaciones según se especifica en el párrafo 1 de este artículo, ésta puede ser sometida, a solicitud de cualquiera de las partes, al arbitraje internacional del Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), establecido por la Convención sobre Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre

Estados y Nacionales de Otros Estados, suscrita en Washington D.C. el 18 de marzo de 1965. *Cualquier controversia relativa a otros asuntos entre un inversionista de cualquier Parte Contratante y la otra Parte Contratante puede ser sometida al Centro si las partes en la controversia así lo acuerdan*. Las disposiciones del presente párrafo no se aplicarán si el inversionista implicado ha recurrido al procedimiento especificado en el párrafo 2 de este artículo (...) (destacado nuestro).

Así, como se observa en los ejemplos anteriores, debe mediar una previa solicitud para luego considerar si se presta o no el consentimiento para someter la disputa en materia de inversión al arbitraje CIADI. En consecuencia, no existe un consentimiento estatal anticipado. Sin embargo, se duda sobre cuál es la actitud esperada del Estado Parte.

En conclusión, la única cláusula que constituye una verdadera “oferta” de consentimiento del Estado receptor al arbitraje CIADI es la señalada en el inciso “a”. Así, lo han dejado claro las decisiones CIADI, entre las cuales destacamos las publicadas en el siglo XXI. Por ejemplo, en el caso Olguín, el Tribunal arbitral llegó a la convicción que el consentimiento de Paraguay otorgado en el TBI fue claro, ya que el mismo dispone que el inversor “puede someter la disputa, entre otros, al arbitraje” CIADI.⁶⁵ En el año 2004, en el caso SGS Société Générale de Surveillance S.A. vs. Filipinas, el Tribunal arbitral seal   que el demandante había aceptado la oferta de consentimiento realizada por Filipinas en el TBI con el registro de su solicitud de arbitraje, por lo cual consideró cumplido el requisito de “consentimiento escrito” previsto en el Convenio de Washington.⁶⁶

IV.C.2. Condiciones para acceder al arbitraje como mecanismo de solución de diferencias en materia de inversión

Los tratados de inversión en general y, en especial, los TBIs tienen entre sus objetivos principales el permitir el recurso al arbitraje internacional frente a la competencia de los tribunales nacionales del Estado receptor de la inversión, para resolver las controversias entre las partes. Sin embargo, esta oferta de consentimiento realizada por el Estado en un tratado de inversión generalmente va acompañada de una serie de condiciones que hay que cumplir previamente al inicio del arbitraje. Por lo general, los tratados establecen tres condiciones, o escalones en relación jerárquica, para acceder al arbitraje: un período de negociaciones para la solución

65. Caso Olguín, *op. cit.*

66. SGS Société Générale de Surveillance S.A. vs. Filipinas (Caso CIADI nro. ARB/02/6), decisión sobre jurisdicción del 29/01/2004, consultado en [<http://www.worldbank.org/icsid>].

amistosa, agotamiento de los recursos jurisdiccionales ante los tribunales nacionales del Estado receptor y, finalmente, arbitraje.

La mayoría de los tratados de inversión establecen que antes de someter la resolución de la controversia a un procedimiento contencioso, las partes deben intentar un arreglo amigable para lo cual deberán transitar por un período de negociación o consulta. Este período varía de un tratado a otro, en ocasiones es de tres meses, en otras de seis meses e inclusive hasta de un año.

Sin embargo, los tribunales CIADI normalmente han considerado que este período de negociación o consulta no afecta su jurisdicción. Así, en el caso *SGS Société Générale de Surveillance S.A. vs. Pakistán*,⁶⁷ el Estado pakistaní alegó que el demandante no había cumplido con el plazo de doce meses de negociaciones amigables que exigía el TBI en cuestión, frente a lo cual el tribunal consideró que este era un requisito meramente procesal. Además, dado que el Estado había llevado un caso ante los tribunales locales contra el demandante, y se había dictado una orden judicial prohibiéndole a las partes recurrir al CIADI, no resultaba lógico prolongar el inicio del arbitraje por el agotamiento de una etapa que a todas luces resultaba manifiestamente innecesaria.

En el caso *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. vs. Pakistán*,⁶⁸ el Estado pakistaní amparado en el texto del TBI Turquía-Pakistán alegó que el demandante no había cumplido con la espera de seis meses de la etapa de negociación. El Tribunal arbitral estimó que este período no podía ser considerado un requisito para asumir jurisdicción, sino que debía ser interpretado a la luz del objeto y propósito del tratado según el cual se trata de posibilitar un arreglo entre las partes. En este caso, a pesar de la notificación que hiciera el demandante a Pakistán de su interés de iniciar un arbitraje ante el CIADI, el Estado nunca respondió, por lo cual el Tribunal consideró que era innecesario esperar la terminación del período de negociación. En el mismo sentido, en el caso *Víctor Pey Casado y Fundación Presidente Allende vs. Chile* (en adelante, caso *Pey Casado*) se ha reconocido que el agotamiento del período de consultas tiene “el carácter de una simple recomendación procesal”.⁶⁹

Una interpretación, en función del principio *favor inversionis* de las decisiones antes señaladas, nos permiten concluir que la fase de negociación previa al arbitraje, en ningún caso, debe institucionalizarse como una rígida política convencional, ya

67. *SGS Société Générale de Surveillance S.A. vs. Pakistán* (Caso CIADI nro. ARB/01/13), decisión sobre jurisdicción 16/08/2003, consultado en [<http://www.worldbank.org/icsid>].

68. *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. vs. Pakistán* (Caso CIADI nro. ARB/03/29), decisión sobre jurisdicción 14/11/2005, consultado en [<http://www.worldbank.org/icsid>].

69. *Víctor Pey Casado y Fundación Presidente Allende vs. Chile* (Caso CIADI nro. ARB/98/2), laudo del 08/05/2008, párr. 573, consultado en [<http://www.worldbank.org/icsid>].

que semejante posición podría poner en peligro su finalidad última: permitir que las partes alcancen un acuerdo extrajudicial.⁷⁰

Los TBIs tradicionales, en contraposición con los modelos que comenzaron a negociarse a partir de 2004, exigen el agotamiento de los recursos internos antes de acudir al arbitraje. Esta condición no siempre tiene el mismo significado por lo cual es necesario distinguir las diversas fórmulas que adoptan los tratados de inversión.

En algunos casos, encontramos tratados donde se concede la opción al inversor de poder acudir o bien a los tribunales nacionales o bien al procedimiento arbitral CIADI y cuya elección, de uno de los dos métodos de solución de controversias, cierra la posibilidad de acudir al otro (*fork in the road*), lo cual no refleja el ejercicio de una opción a favor de la jurisdicción local; por el contrario, refleja la opción por la jurisdicción arbitral. En tales casos, el acudir a los tribunales internos no es un presupuesto para poder acceder con posterioridad al arbitraje CIADI sino que constituye su renuncia. Por ejemplo, obsérvese, la fórmula utilizada en el art. 10.3 del TBI Venezuela-Perú (1996), en el cual se establece que “una vez que se haya sometido la controversia el tribunal competente de la Parte Contratante en cuyo territorio se hubiera efectuado la inversión o a arbitraje internacional, la elección de uno u otro procedimiento será definitiva”. En el mismo sentido, el art. 8 del TBI Perú-Rumania (1994), según el cual:

(2) Si esta controversia no puede ser solucionada mediante un acuerdo amistoso en un término de seis meses contados a partir de la fecha de la petición de diferencia, *el inversionista la remitirá a su elección; o*

- *Bien a los tribunales competentes de la parte contratante en cuyo territorio se realizó la inversión; o,*

- *Bien al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (C.I.A.D.I.) creado por el “convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados”, abierto a la firma en Washington el 18 de marzo de 1965; o,*

- *Bien a un tribunal de arbitraje “ad-hoc” establecido de acuerdo con las reglas de arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Comercial Internacional (C.N.U.D.M.I.).*

(3) *La elección de uno u otro procedimiento será definitiva (...)* (destacado nuestro).

En otros tratados se incluyen cláusulas mediante las cuales se declara lo innecesario del previo agotamiento de los recursos internos, con lo cual sólo repiten lo establecido en el art. 26 del Convenio de Washington. Otros tratados, por

70. PASCUAL VIVES, F. J., “El arbitraje de inversiones en los recientes APPRI españoles”, en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, n° 18, 2009, p. 16, consultado en [www.reei.org].

su parte, contienen cláusulas en las cuales se consagra la obligatoriedad de agotar los recursos internos, pero únicamente durante un plazo de tiempo determinado. Si transcurrido ese plazo no se hubiere dado solución a la diferencia, la vía del arbitraje CIADI queda abierta al inversor extranjero. Por ejemplo, en el art. 8 del TBI Perú-Corea (1993).

Por último, nos encontramos con aquellos tratados cuyas cláusulas de resolución de controversias Inversor-Estado inequívocamente establecen la obligación del agotamiento de los recursos internos, aunque para un sólo tipo de controversias: aquellas que involucren un monto de compensación por expropiación.

Sin embargo, la mayoría de los TBIs dejan al inversor elegir entre someter la disputa a los tribunales del Estado receptor de la inversión y/o el arbitraje *ad hoc* o institucional con preferencia al arbitraje CIADI. La tendencia actual es que dicho agotamiento no es obligatorio y sólo debe el inversor elegir una de las dos vías, y una vez realizada dicha elección se considera como definitiva cerrándose la otra vía.

A través de las distintas fórmulas que se utilizan en los tratados de inversión para referirse al arbitraje se abren nuevas posibilidades. Lo habitual es que los Estados que no son parte del Convenio de Washington dispongan el arbitraje *ad hoc*, con aplicación de las reglas de la CNUDMI (como por ejemplo los TBIs firmados por Venezuela con Cuba, Irán, Rusia y Vietnam), el arbitraje CIADI conforme al Mecanismo Complementario, como por ejemplo México (Rodríguez Jiménez, 2010:423-483; González de Cossío, 2006:651-677) y, en algunos casos, el arbitraje CCI o la Cámara de Arbitraje de Estocolmo. En otros tratados se le da entrada a un arbitraje de conformidad con las reglas del TLCAN.

Así, una vez aceptado el arbitraje como el mecanismo idóneo de resolución de conflictos entre las partes debe elegirse entre el arbitraje *ad hoc* o el arbitraje institucional. La diferencia entre ellos se encuentra en el grado de control que las partes tienen sobre el procedimiento arbitral. En el primero, las partes eligen los árbitros, el lugar donde tendrá lugar el arbitraje, qué derechos se aplicará por los árbitros y qué normas procesales serán utilizadas, en fin, deben establecerse todas las reglas que regirán el arbitraje. En cambio, en el arbitraje institucional se dispone de una regulación propia y de una infraestructura que facilita la celebración del arbitraje, incluso auxiliando a las partes con la aportación de documentos, designación de sustitutos de los árbitros y supervisión para que estos actúen correctamente sin que esto signifique que las partes, en uso de su autonomía, no pueden establecer las reglas que mejor consideren para la ejecución del procedimiento arbitral.⁷¹

Los tratados de inversión en sus disposiciones sobre solución de controversias no suelen incluir reglas procesales detalladas para el arbitraje. Más bien, tienden a referirse a reglas de arbitraje preexistentes o a la posibilidad de recurrir al

71. *Ibid*, pp. 254-255.

denominado arbitraje especial clásico amparado por reglas acordadas por ambas partes litigantes. La dinámica de las relaciones comerciales revela que algunas reglas arbitrales preexistentes son preferidas con frecuencia en los tratados y contratos de inversión. Pueden dividirse en reglas institucionales (conforme a las cuales una institución supervisora administra el arbitraje), y reglas de arbitraje especial (que comprenden un conjunto de reglas aplicables pero no una institución supervisora). Aun cuando, la dinámica de las controversias decididas en los últimos años ha llevado a reformular esta tendencia al incluirse reglas procesales específicas llamadas a resolver algunos problemas puntuales, que al no encontrarse amparados por el Convenio de Washington, ni el tratado de inversión, llevaron a los tribunales arbitrales a su interpretación.

La mayoría de los tratados de inversión hacen referencia a las Reglas de Arbitraje CIADI, las cuales son aplicables si ambas partes son Estados Contratantes del Convenio de Washington (o, en el caso del inversionista, si éste es nacional de un Estado Contratante), mientras que las Reglas del Mecanismo Complementario son aplicables si una parte no reúne los requisitos para acceder al arbitraje bajo el amparo de las reglas regulares del CIADI. Otras reglas son las del Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo (Shaughnessy, 2010:337-360), las cuales tienden a incluirse en los tratados entre países occidentales y de Europa oriental o Asia, las reglas de la Corte de Arbitraje Internacional de Londres y las reglas de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional que aparecen en algunos tratados concluidos por países como el Reino Unido y Cuba, y se propuso su inclusión en las fallidas negociaciones del Organismo de Cooperación y Desarrollo Económico (en adelante, OCDE) para establecer un Acuerdo Multilateral de Inversiones (en adelante, AMI). Por su parte, la referencia a estas reglas es mucho menos frecuente. Por otra parte, las Reglas de la Comisión de las Naciones Unidas para el Desarrollo del Derecho Mercantil Internacional (en adelante, CNUDMI) son las más utilizadas para los procedimientos de arbitraje *ad hoc*.

En el caso de los TBIs celebrados por Venezuela se establece que el inversor y la Parte Contratante puedan convenir en someter la controversia al arbitraje CIADI o a un tribunal de arbitraje *ad hoc* de conformidad con las reglas de la CNUDMI. Ver por ejemplo, los TBIs firmados con Argentina (art. 11.3); Canadá (art. XII.4); Costa Rica (art. 11.2); Bolivia (art. 9.3); Paraguay (art. 9.3); Perú (art. 10.2). En otros casos, sólo se prevé el arbitraje CIADI como mecanismo alternativo de resolución de controversias en materia de inversión. Así, por ejemplo, obsérvense los TBIs concluidos con Barbados (art. 8.1); Brasil (art. 8.3); y Chile (art. 8.2); entre otros. En los últimos tiempos, se excluye el arbitraje CIADI y se prefiere el arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo (Rusia, 2009), o sólo el arbitraje *ad-hoc* bajo las Reglas UNCITRAL (Belarús, 2008; Vietnam, 2009).

V. A MANERA DE CONCLUSIÓN

El arbitraje administrado por el CIADI se ha convertido en el mecanismo más solicitado para resolver las controversias planteadas entre los Estados receptores de inversión e inversores extranjeros, por lo cual podría considerarse el “juez natural” de las inversiones extranjeras. El arbitraje Inversor-Estado le proporciona a un inversor negativamente afectado por los actos del Estado receptor de la inversión, un medio razonable de resolución de este tipo de controversias, en el cual se le garantiza a los litigantes el respeto de los elementos más importantes de derecho sustantivo y de procedimiento acordado por ellos y subsidiariamente protegido por las reglas del cual se sustenta el Centro.

El sistema CIADI se sustenta en el consentimiento de las partes como piedra angular. Esto es, se requiere del común acuerdo del Estado receptor y del inversor extranjero para someter una diferencia a su resolución. El Convenio de Washington no consideró a los tratados como instrumentos capaces de habilitar la instancia arbitral al inversor extranjero. Por el contrario, sus disposiciones reflejan que la jurisdicción del Centro presupone un compromiso arbitral de naturaleza contractual, concluido entre el Estado y el inversor extranjero, para someter una diferencia a su resolución. Sin embargo, la dinámica del sistema de solución de controversias Inversor-Estado demuestra que estas cláusulas, a través de las cuales es posible acceder al arbitraje CIADI, pueden estar incluidas en un tratado de inversión, como lo son los TBIs, e incluso en la legislación interna del Estado receptor, pudiendo incluso configurarse en un oferta de consentimiento por parte del Estado receptor, la cual sólo requiere de la aceptación posterior del inversor para su perfeccionamiento. Sin lugar a dudas, hoy el arbitraje al que remiten las legislaciones internas y los tratados de inversión de manera unilateral es un mecanismo más de garantía y protección de las inversiones.⁷²

La admisión de un consentimiento avanzado o una oferta unilateral del Estado acogiendo el arbitraje internacional en materia de inversión, ha dado lugar al llamado “arbitraje unilateral”, término acuñado por Ben Hamida (2004), con el cual pretende aludir a: (i) la forma de emitir *prima facie* el consentimiento de una de las partes en el arbitraje, ya que el Estado receptor a través de una oferta unilateral, general y abstracta (*erga omnes*) acepta someter determinadas controversias al arbitraje internacional; (ii) la forma en que se desarrolla el arbitraje, siempre a iniciativa de una de las partes, el inversor, y frente al Estado receptor que asume la posición de demandado.

Desde esta perspectiva, el arbitraje internacional como garantía general del Estado a los inversionistas extranjeros coloca a estos últimos en una situación

72. CHILLÓN MEDINA, J. M., “El Arbitraje internacional...”, *op. cit.*, p. 7.

general y abstracta propias de los efectos de una norma y no en una posición subjetiva e individualizada, propia de un contrato.⁷³

El sistema no se encuentra exento de críticas, más debemos tener en consideración que el mismo está en plena formación y, como todo sistema, no es perfecto. Sin embargo, los esfuerzos por equilibrar los valores en juego en el Derecho Internacional de las Inversiones deben constituirse en el norte de los árbitros a quienes se les encomienda la resolución de controversias en materia de inversión.

El sistema CIADI, en algunos casos, ha desbordado las legítimas expectativas de las partes, las cuales de mutuo acuerdo se someten al arbitraje internacional administrado por dicho Centro. En efecto, en algunos casos se ha considerado aplicable la cláusula de la nación más favorecida a los aspectos jurisdiccionales, con lo cual cualquier inversor nacional de un tercer Estado con el Estado receptor hubiere firmado un TBI con condiciones menos favorable, amparado en el estándar internacional de la nación más favorecida, podría pretender la aplicación de dicha cláusula y considerarse legitimado para iniciar un arbitraje ante el CIADI. Así como la interpretación amplia de las nociones de inversor e inversión contenidas en los TBIs, ha degenerado en la ampliación de los derechos y garantías otorgadas a los inversores extranjeros, en desmedro de los Estados receptores de inversión.

BIBLIOGRAFÍA

- ALEXANDROV, Stanimir A., “The Baby Boom of Treaty-Based Arbitrations and the Jurisdiction of ICSID Tribunals. Shareholders as Investors under Investment Treaties”, en *The Journal of World Investment & Trade*, v. 6, n° 3, June 2005.
- BANCO MUNDIAL, *Informe de los Directores Ejecutivos del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento acerca del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados*, consultado en [<http://icsid.worldbank.org>].
- BEN HAMIDA, Walid, *L'arbitrage transnacional unilateral. Réflexions sur une procédure réservée à l'initiative d'une personne privée contre une personne publique*, Bruylant, 2004.
- CREMADES, Bernardo M., “Arbitration between States and investors: some jurisdiction issues”, en *Business Law International*, mayo 2001.
- FERNÁNDEZ MASÍÁ, Enrique, *Arbitraje en inversiones extranjeras: el procedimiento arbitral en el CIADI*, Valencia, España, Editorial Tirant Lo Blanch, 2003.
- *Tribunales nacionales, arbitraje internacional y protección de inversiones extranjeras*, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, Marcial Pons, 2008.

73. *Ibid.*, p. 13.

- GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, “Aportación de México al arbitraje de inversión”, en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, v. VI, 2006.
- KUNDMÜLLER CAMINITI, Franz y LOREDO ROMERO, Álvaro, “Las sorpresas de la Decisión sobre competencia en el procedimiento de arbitraje entre Duke Energy Internacional Peru Investments n° 1 LTD (demandante) y la República del Perú (demandado)”, en *Revista Peruana de Arbitraje*, n° 5, 2007.
- MÁRQUEZ ESCOBAR, Carlos Pablo, “Expropiación mediante regulación: inversión extranjera, tratados de promoción de inversiones y el poder de policía de la administración”, en *International Law Revista Colombiana de Derecho Internacional*, Colombia, n° 11, mayo de 2008.
- MORTIMORE, Michael, *Arbitraje internacional basado en cláusulas de solución de controversias entre los inversionistas y el Estado en acuerdos internacionales de inversión: desafíos para América Latina y el Caribe* [en línea] Santiago de Chile, CEPAL, 2009, consultado en [<http://www.eclac.org/ddpe/publicaciones/xml/2/38272/LCL3049e.pdf>].
- PASCUAL VIVES, Francisco José, “El arbitraje de inversiones en los recientes APPRI españoles”, en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, n° 18, 2009, p. 16, consultado en [www.reei.org].
- PAULSSON, Jan, “Arbitration without Privity”, en *ICSID Review-Foreign Investment Law Journal*, v. 10, n° 2, Washington, 1995.
- REDFERN, Allan y HUNTER, Martin, *Law and practice of international commercial arbitration*, Thomson, 4ta edición, 2004.
- REMIRO BROTONS, Antonio, *Derecho Internacional Público, II. Derecho de los Tratados*, Madrid, Tecnos, 1997.
- RODRÍGUEZ JIMÉNEZ, Sonia, *El Sistema Arbitral del CIADI*, México, UNAM-Porrúa, 2006.
- “El Arbitraje del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones en Latinoamérica. Nuevas tendencias: México, Argentina, Ecuador y Bolivia”, en Méndez-Silva, Ricardo (coord.), *Contratación y Arbitraje Internacionales*, México, IIJ-UNAM, 2010.
- SHAUGHNESSY, Patricia, “Pre-arbitral urgent relief: the new SCC emergency arbitrator rules”, en *Journal of International Arbitration*, v. 27, n° 4, August 2010.