

Universidad de Medellín

Oferta estatal de consentimiento en el procedimiento arbitral CIADI*

Yaritza Pérez Pacheco**

Recibido: 9 de agosto de 2012

Aprobado: 27 de agosto de 2012

RESUMEN

La principal característica del arbitraje es su naturaleza convencional. Las partes en uso de su autonomía de la voluntad, deciden libremente someterse a este mecanismo alternativo de resolución de controversias. En el Convenio de Washigton, se reconoce que la jurisdicción del CIADI tiene su fundamento en un compromiso arbitral de naturaleza contractual, concluido entre el Estado receptor y el inversor extranjero. Sin embargo, la dinámica indica que estas cláusulas arbitrales pueden estar incluidas en un tratado de inversión e incluso en la legislación interna del Estado receptor, pudiendo configurarse una “oferta” de con-

sentimiento por parte del Estado receptor, la cual solo requiere de la aceptación posterior del inversor para su perfeccionamiento. En la práctica arbitral se ha presentado infinidad de problemas a la hora de verificar la existencia del consentimiento otorgado por el Estado de manera anticipada, en un tratado o en una ley interna. Hoy, la oferta unilateral de inversiones incluida en las legislaciones internas y los tratados de inversión es una garantía de protección de las inversiones extranjeras.

Palabras clave: Arbitraje internacional, inversión extranjera, CIADI, Tratados de inversión.

* Este trabajo forma parte de la línea de investigación Arbitraje Internacional que se desarrolla bajo la responsabilidad de la autora en la Sección de Legislación y Jurisprudencia del Instituto de Derecho Privado. Universidad Central de Venezuela.

** Abogada, Universidad Central de Venezuela (UCV), Magister Scientiarum en Derecho Internacional Privado y Comparado, UCV, Doctora en Derecho, UNAM, Directora de la Escuela de Derecho de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, UCV investigadora-docente, Sección de Derecho Internacional Privado y Comparado del Instituto de Derecho Privado, UCV. Profesora de pre y postgrado. Universidad Central de Venezuela, Ciudad Universitaria de Caracas, Instituto de Derecho Privado, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Los Chaguaramos, Caracas 1001, Venezuela. Correo electrónico: yaritzap@yahoo.com

State Consent Offer in CIADI* Arbitration Proceeding

ABSTRACT

The main feature of arbitration is its conventional nature. The parties, acting according to their free will make free decisions to comply with this alternative mechanism for solving controversies. The Washington Agreement acknowledges that CIADI jurisdiction is grounded on an arbitration commitment of contractual nature closed between the State and a foreign investor. However, the dynamic indicates that these arbitration clauses can be included in an investment treaty and even in internal regulation of the receiving State, and a consent "offer" can be constituted by the

receiving State, only waiting for future acceptance of the investor for relevant execution. Innumerable difficulties have arisen in arbitral practice at the time of checking existence of the consent granted by the State in advance through a treaty or an internal law. Today, unilateral offer of investment included in internal regulations and investment agreements is a protective warranty for foreign investments.

Key words: International arbitration; foreign investment; CIADI; investment agreements.

Introducción

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 administrados por el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (en adelante, 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.

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 artículo 25(1) del Convenio sobre 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 presentan dada la amplia libertad otorgada 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, esta jurisdicción se rige por las condiciones del instrumento mediante el cual las partes deciden someter determinadas controversias a este tipo de mecanismo de resolución de conflictos. Esto es, el consentimiento expresado al ratificar el Convenio de Washington no es el consentimiento exigido por este último para llevar una controversia al Centro, el que requiere de una expresión separada mediante uno o más actos a través de los cuales conste inequívocamente.

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 plantea realizar un análisis sobre la formación de consentimiento arbitral CIADI, así como de los efectos que se derivan del perfeccionamiento del consentimiento estatal cuando este es otorgado de manera anticipada por el Estado, ya sea a través de un tratado o de su legislación interna, en lo que ha dado en denominarse “oferta unilateral de consentimiento”. Por último, se presenta una revisión de los instrumentos internacionales, las legislaciones internas y la práctica arbitral sobre la oferta unilateral de consentimiento. En definitiva, se abordan aspectos ampliamente discutidos y vinculados con el acuerdo de arbitraje en el Derecho Internacional

de las Inversiones y la problemática en torno al alcance de las expresiones de consentimiento estatal en materia de arbitraje CIADI.

I. Formación del consentimiento arbitral ciadi

En la actualidad, el concepto de arbitraje se ha ampliado extraordinariamente y ha dado nacimiento a diferentes categorías, por imposición de las nuevas condiciones y dimensiones de las relaciones, no solo entre Estados soberanos, sino entre individuos de distintas nacionalidades o domicilios e incluso entre un Estado y una persona natural o jurídica no sujetas a dicho Estado. Tratando de conceptualizar al arbitraje propiamente dicho, nos encontramos con varios criterios para identificar a un arbitraje como internacional, según se atiende a la naturaleza de la disputa, lo que significa que se considera internacional si involucra intereses del comercio internacional; según se atiende a las partes del litigio, cuando estas tienen distintas nacionalidades, residencias, o administración de sus negocios; o cuando las partes en el arbitraje son Estados, o Estados y particulares o entre particulares (Pérez Pacheco, 2008, 361).

En el clásico arbitraje internacional entre partes privadas el consentimiento, por lo general, se manifiesta en una cláusula arbitral incluida en un contrato principal o 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 mediante la cual consiente someter determinadas controversias al arbitraje del CIADI, para cuyo perfeccionamiento se requerirá de la posterior “aceptación” del inversionista. Esta modalidad es también conocida como “consentimiento avanzado”, con lo cual se produce una disociación entre la emisión y la recepción del consentimiento (Chillón Medina). En palabras del árbitro Jan Paulsson (1995) se trata de un *arbitration without privity*, en la medida en que se constituyen en cláusulas arbitrales sin el efecto relativo de los contratos. Sin lugar a dudas, esta práctica ha permitido multiplicar de manera exponencial el número de arbitrajes administrados por el CIADI.

Sin embargo, al igual que en el arbitraje privado, en el arbitraje de inversión juega un papel muy importante 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 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 deba ser otorgado de manera simultánea, ya que al amparo del sistema CIADI se admite que el Estado pueda realizar una “oferta” al inversionista, en cuyo caso el consentimiento queda perfeccionado si este efectivamente decide someter una controversia jurídica en materia de inversión al CIADI. Como se analiza más adelante, esta oferta unilateral del Estado receptor de la inversión puede encontrarse en su legislación interna o en un tratado (Alexandrov, 2005, pp. 387-411).

En definitiva, el consentimiento de las partes es de suma importancia en el arbitraje CIADI; de él depende la completa eficacia de esta institución¹. Por ello, se suele afirmar que “el consentimiento de las partes es la piedra angular de la jurisdicción del Centro”. La razón de esta afirmación radica en el hecho de que el consentimiento de las partes contiene esencialmente el compromiso de estas de recurrir a los procedimientos previstos por el Centro (Rodríguez Jiménez, 2006, p. 378).

Si bien el Convenio de Washington exige que el consentimiento deba ser otorgado por escrito por las partes en disputa (Cremades, 2001, p. 157), 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 géneris* para su perfeccionamiento, con la sola exigencia de que el consentimiento debe existir para el momento de presentar la solicitud de arbitraje al Centro (art. 36.2). Así, el único requisito formal exigido para el consentimiento es que el mismo conste por escrito (formalidad *ad solemnitatem*, art. 25.1 del Convenio de Washington). Este requisito se incluyó con el fin de dotar de seguridad jurídica a este criterio atributivo de jurisdicción. Sin embargo, el Convenio no precisa la fecha en la que debe otorgarse dicho consentimiento.

¿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) prevé una definición de “fecha del otorgamiento del consentimiento” al señalar que se entiende por tal “la fecha en que 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 contempla tanto la posibilidad del consentimiento otorgado en un único documento, como el consentimiento otorgado

¹ Caso *Antoine Goetz y otros contra Burundi* (CIADI N° ARB/95/3), laudo final del 10/02/1999, párrafo 16.

en dos tiempos, mediante una oferta estatal, ya sea en su legislación interna o en un Tratado Bilateral de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (conocidos comúnmente como TBI o en sus siglas en inglés BIT, *Bilateral Investment Treaties*)², el cual solo 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.

Si bien, en el “Informe de los Directores Ejecutivos” no se indica que el consentimiento pueda expresarse en un tratado de inversión, la práctica arbitral ha admitido que las diferencias a las que pueda dar lugar dicho tratado podrán someterse al Centro si así lo hubieren previsto los Estados parte del instrumento internacional. El Informe se limita a ejemplificar que el consentimiento puede darse “*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 compromiso entre las partes respecto a una diferencia que haya surgido*”³. También se señala 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).

El consentimiento del Estado receptor es una decisión libre y, en todo momento, será este quien decida cuáles son las controversias que serán sometidas a la jurisdicción del CIADI y cuáles quedan excluidas. Así, 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 las diferencias excluidas 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 (Pérez Pacheco, 2012, p. 325). Son pocos los Estados Parte que han realizado notificaciones al CIADI de acuerdo con el artículo 25(4)⁴.

² También se utilizan las siglas ABI (Acuerdo Bilateral de Inversiones); CBI (Convenio Bilateral de Inversiones); APPI (Acuerdo para la Promoción y Fomento Recíproco de Inversiones); APPRIS (Acuerdo de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones); TPPI (Tratado de Promoción y Protección de Inversiones), ABI (Acuerdo Bilateral de Inversión), entre otras.

³ *AMCO contra Indonesia*, decisión sobre jurisdicción del 25/09/1983. Ver texto Informe de los Directores Ejecutivos acerca del Convenio, párrafo 24.

⁴ China, Jamaica, Papúa Nueva Guinea, Arabia Saudita y Turquía.

Otro aspecto muy importante en esta materia, dado que los procedimientos del CIADI tienen carácter voluntario, tiene que ver con los efectos que sobre las partes del arbitraje (Estado-inversor nacional de otro Estado) produce la ratificación o adhesión del Convenio de Washington. Esta manifestación de voluntad de los Estados para obligarse a través de un tratado como este no los obliga a manifestar su consentimiento de someter sus diferencias en materia de inversiones a los procedimientos de conciliación y arbitraje allí instaurados. En consecuencia, 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 a arbitraje CIADI siempre será obligatorio para las partes continuar con las actuaciones correspondientes.

Es aconsejable que la cláusula arbitral CIADI aclare de forma explícita cuál es el procedimiento al que 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, p. 123).

II. 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: (i) el consentimiento del Estado para someterse al arbitraje CIADI es una obligación jurídica internacional de carácter irrevocable; (ii) 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; y (iii) se prohíbe a cualquier 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, pp. 146-147).

Así, el principio de irrevocabilidad del consentimiento se encuentra consagrado en el artículo 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, p. 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, este no se producirá.

La irrevocabilidad del consentimiento se predica tanto para aquellos intentos unilaterales de retirada del mismo, realizado 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, p. 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 este efecto (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 artículo 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, pp. 148-149).

Un caso de retirada indirecta es el caso de Ecuador, cuyo Gobierno, en fecha 4 de diciembre de 2007, 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”*⁵⁷. En fecha posterior, el 12 de junio de 2009, el poder legislativo de la República de Ecuador votó a favor de la denuncia del Convenio de Washington. Estas acciones han sido consideradas producto de la “retórica nacionalista” de las elecciones presidenciales del 2009 (González de Cossío, 2009, p. 19), ya que irónicamente Ecuador es el único país latinoamericano que suma un importante número de victorias ante el CIADI, en comparación al número de demandas⁶⁸. El mismo camino se sigue en Bolivia,

⁵ Las primeras declaraciones de este tipo fueron presentadas por Egipto y Jamaica.

⁶ De un total de 14 demandas contra Ecuador, cuatro procedimientos se han descontinuado, un laudo recoge el avenimiento o acuerdo alcanzado entre las partes (caso IBM World Trade Corp., CIADI N.º ARB/02/10), y tres han resultado favorables a Ecuador (véanse, casos *M. C. I. PowerGroup, L.C. and New Turbine, Inc.*, CIADI N.º ARB/03/6; *Empresa Eléctrica del Ecuador, Inc.*, CIADI N.º ARB/05/9; *Murphy Exploration and Production Company International*, CIADI N.º ARB/08/4). Hasta ahora solo a resultado condenado el Estado ecuatoriano

cuya reforma constitucional en 2009 establece en su Disposición transitoria Novena que: “Los tratados internacionales anteriores a la Constitución y que no la contradigan se mantendrán en el ordenamiento jurídico interno, con rango de ley. En el plazo de cuatro años desde la elección del nuevo Órgano Ejecutivo, este denunciará y, en su caso, renegociará los tratados internacionales que sean contrarios a la Constitución”. En concreto se hace referencia a la radicalización de la Cláusula Calvo en materia de hidrocarburos prevista en la nueva Carta Magna Cuomo, 2011, pp. 231-233).

Venezuela, siguiendo los pasos de Ecuador y Bolivia, también denunció el Convenio de Washington, cuando mediante notificación escrita enviada el 24 de enero de 2012 al Banco Mundial, este país se separa del sistema arbitral en materia de inversiones creado por dicho Convenio.

En virtud del principio bajo análisis, el consentimiento es irrevocable; en consecuencia, las denuncias al Convenio de Washington y a los TBI por parte de Ecuador, Bolivia y Venezuela no afectan los casos en los cuales el consentimiento se hubiere perfeccionado previo a la fecha de presentación de la notificación, en cuyo caso esta surte efectos de manera inmediata, hacia el futuro, a partir de la fecha de emisión. Y, en el caso de la denuncia, siguen protegidas las inversiones por un el lapso de tiempo previsto en el propio TBI, el cual por lo general es entre 10 y 20 años, para las inversiones que se hubieren constituido bajo la vigencia del texto internacional en cuestión.

En efecto, esta ha sido la interpretación dada por el Tribunal arbitral en el caso *Murphy Exploration and Production Company International. Ecuador*. En este caso Ecuador, al presentar la objeción a la jurisdicción del Tribunal arbitral, argumenta que, antes de que la Demandante expresara su voluntad de iniciar un arbitraje ante el CIADI, el 29 de febrero de 2008, Ecuador había notificado a esa institución, el 4 de diciembre del 2007, que no daría su consentimiento para someter a arbitraje la clase de controversias dentro de las cuales están incluidas la demanda de Murphy International; en consecuencia, que para la fecha en que *Murphy International* expresó su consentimiento, ya no existía el consentimiento de Ecuador a un arbitraje ante un Tribunal, todo ello, en atención al artículo 25(4) del Convenio de Washington. En su análisis el Tribunal considera:

[...] una notificación hecha conforme al artículo 25(4) del Convenio CIADI no puede modificar unilateralmente el consentimiento dado en otro tratado. El consentimiento del Estado en el presente caso está plasmado en un tratado celebrado entre dos Estados soberanos (el TBI entre Ecuador y los Estados Unidos de América), que genera derechos

en dos casos (casos *Duke Energy Electroquil Partners and Electroquil S. A.*, CIADI N.º ARB/04/19 y *Repsol YPF Ecuador S. A. v. Petroecuador*, CIADI N.º ARB/01/10).

a favor de los inversores de uno y otro Estado. El principio de *pacta sunt servanda* exige la observancia de buena fe de todas las obligaciones contenidas en el TBI⁷⁹.

A lo cual se añade, que en efecto:

[...] la oferta de consentimiento a la jurisdicción arbitral del CIADI efectuada por los Estados signatarios de tratados bilaterales de inversión no puede ser revocada ni retirada sino por los mecanismos expresamente acordados por las partes. Las notificaciones hechas conforme al artículo 25(4) del Convenio únicamente son idóneas para alterar esos mecanismos para el futuro y en ausencia de otro instrumento jurídico como el TBI que los hace obligatorios⁸¹⁰.

Corresponde ahora hacer referencia al carácter exclusivo y excluyente del arbitraje CIADI. Esto es, 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, lleva a que la actividad de este 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 misma (Fernández Masiá, 2003, pp. 150-151). En efecto, el artículo 26 del Convenio del Washington dispone que “[s]alvo 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 regla de interpretación de esta disposición se encuentra 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”⁹¹¹.

En todo caso, la estipulación en contrario solo produciría la quiebra de la presunción de la exclusividad del arbitraje CIADI, dando lugar a la existencia de otro foro donde resolver la controversia. En consecuencia, se generaría una

⁷ Caso *Murphy Exploration and Production Company International contra Ecuador* (CIADI N.º ARB/08/4), laudo sobre jurisdicción del 15/12/2010, párrafo 73.

⁸ *Ibidem*, párrafo 80.

⁹ Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento, *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*, 18 de marzo de 1965, Washington, párrafo 32. Disponible en <http://icsid.worldbank.org>.

conurrencia de foros, que habría de resolverse al tenor de lo dispuesto en la segunda frase del artículo 26. El artículo en comento juega como regla de abstención judicial (“*rule of judicial abstention*”), de forma tal que los tribunales locales a los que el Estado someta una disputa con un inversor extranjero, deberán remitir a las partes al arbitraje CIADI¹⁰¹². Esto es, el carácter exclusivo del procedimiento arbitral tiene una incidencia directa sobre la actuación de los tribunales nacionales; estos tienen el deber de abstenerse mientras que la diferencia está sometida al Centro por acuerdo de las partes. Este principio de abstención se encuentra firmemente asentado en la práctica de los tribunales arbitrales¹¹¹³.

El consentimiento de las partes de someterse al arbitraje CIADI, con relación al Estado contratante del que es nacional el inversor, produce como efecto la imposibilidad de este para poder promover una reclamación internacional (art. 26 Convenio de Washington). Sin embargo, esta prohibición no cubre aquellos supuestos en donde existe un TBI entre el Estado receptor y el Estado del cual es nacional el inversor, en el cual se incluye una cláusula de solución de controversias interestatales sobre la interpretación y aplicación de tal acuerdo. 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, pp. 171-172). En todo caso, le corresponde al tribunal ante el cual se somete una controversia determinar cuál es el alcance del consentimiento que han otorgado las partes y, por ende, cuáles controversias consintieron en someter a la jurisdicción del Centro¹²¹⁴. En todo caso, el análisis sobre la jurisdicción debe realizarse con minucioso cuidado, sin partir de presunciones a favor o en contra de la jurisdicción del Centro¹³¹⁵.

¹⁰ Caso *Lanco contra Argentina* (CIADI N.º ARB/97/06), decisión sobre jurisdicción 08/12/1998, párrafo 38. Este criterio también fue aplicado en los casos *Maritime International Nominees Establishment contra República de Guinea* (CIADI N.º ARB/84/4), y *Mobil Oil Corporation y Otros v. Nueva Zelandia* (CIADI N.º ARB/87/2).

¹¹ Véanse, por ejemplo, los casos: *Maritime International Nominees Establishment contra República de Guinea* (CIADI N.º ARB/84/4), laudo del 06/01/1988; *S. A. R. L. Benvenuti & Bonfant contra Congo* (CIADI N.º ARB/77/2), laudo del 08/08/1980, traducción inglesa del original en francés en *International Legal Materials*, Washington, American Society of International Law, N.º 21, 1982, pp. 726 y ss.; *Mobil Oil Corporation y Otros contra Nueva Zelandia* (CIADI N.º ARB/87/2), interpretación sobre responsabilidad del 04/05/1989.

¹² Caso *Sociedad Anónima Eduardo Vieira contra Chile* (CIADI N.º ARB/04/7), laudo del 21/08/2007, párrafo 189.

¹³ Ver casos *Tokios Tokeles contra Ucrania* (CIADI, N.º ARB/02/18), decisión sobre jurisdicción, 29/04/2004; *SPP Middle East v. Egipto* (CIADI N.º ARB/84/3), decisión sobre competencia del 14/04/1988, ver texto en R. RAYFUSE, *ICSID Reports*, Cambridge University Press, vol. 3, 1995, p. 156; y *Sociedad Anónima Eduardo Vieira contra Chile* (CIADI N.º ARB/04/7), laudo del 21/08/2007.

III. Oferta unilateral de consentimiento por parte del estado

En la práctica, como señaláramos, 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 fundamenta 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, 2008, p. 22). En un número menor de casos, este consentimiento se encuentra en la legislación interna del Estado receptor de la inversión.

De esta manera, independientemente del instrumento a través del cual el Estado manifieste su consentimiento al arbitraje CIADI, cuando este no es simultáneo estamos ante una “oferta” unilateral de consentimiento realizada por el Estado, 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 del Centro.

A continuación se analizan los instrumentos mediante los cuales se configura la oferta unilateral.

1. 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. Esta modalidad, en la mayoría de los casos, constituye una 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, esta podrá ser modificada en cualquier momento mediante un cambio legislativo, a menos que el inversionista hubiere aceptado la oferta de consentimiento antes de dicho cambio, en cuyo caso el Estado estará obligado a arbitrar la controversia.

El primer caso en el cual se planteó este problema fue en el caso *SPP Middle East*, en el cual se invoca el artículo 8 de la Ley Egipcia N.º 43 de 1974¹⁴. El

¹⁴ Caso *SPP Middle East contra Egipto* (CIADI N.º ARB/84/3), laudo del 12/04/2002. También, en el caso *Manufacturers Hanover Trust Company contra Egipto* (CIADI N.º ARB/89/1), procedimiento discontinuado de conformidad con la Regla de Arbitraje 44, el demandante ampara su solicitud en la misma disposición, pero finalmente el conflicto fue resuelto mediante transacción. Luego de estas experiencias Egipto modificó su

Tribunal arbitral, partiendo de un análisis gramatical de esta disposición, llegó a la conclusión de que tal precepto establecía una secuencia obligatoria y jerárquica de procedimientos de solución de controversias y, ya que las partes no habían pactado ningún método específico, ni 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. Esto es, en presencia de una expresión como la de la Ley Egipcia, la manifestación de voluntad del inversor aceptando la oferta de consentimiento por parte del Estado egipcio perfecciona el consentimiento para someter las diferencias a los procedimientos del Centro (Fernández Masiá, 2003, p. 136).

En la actualidad, se encuentran varios ejemplos de “ofrecimiento unilateral” por parte de los Estados en sus 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” u “oferta” unilateral por parte del Estado receptor y, un segundo grupo, en el cual los términos de dicha legislación conducen a interpretaciones divergentes sobre la existencia de una oferta de consentimiento.

- a) Aquellas expresiones de voluntad de las que puede derivarse un consentimiento “avanzado” del Estado receptor pudiendo ser aceptado por parte del inversor extranjero.

En este grupo se ubican aquellas legislaciones que, de manera inequívoca, contemplan el sometimiento del Estado 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 al arbitraje CIADI.

Un ejemplo de manifestación expresa e inequívoca de consentimiento estatal al arbitraje CIADI lo encontramos en la Ley de Inversión Extranjera de Albania (1993), según la cual “[e]l inversionista extranjero puede someter la disputa para su resolución y la República de Albania da su consentimiento expreso a tal sometimiento, ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones” (art. 8.2)¹⁵. Así, lo reconoció el Tribunal CIADI en el caso *ČSOB*

legislación exigiendo que se requería suscribir un convenio arbitral expreso Inversor-Estado para someterse a la jurisdicción CIADI.

¹⁵ Sobre la base de este artículo el Tribunal CIADI se atribuyó jurisdicción en el caso *Tradex Hellas S. A. contra Albania* (Caso CIADI N.º ARB/94/2), decisión sobre jurisdicción 24/12/1996. Disposiciones similares se encuentran en las legislaciones de África Central (1988); Costa de Marfil (1984); Mauritania (1989); entre otras.

*Tradex Hellas, S. A. contra Albania*¹⁶. Otro ejemplo, lo constituye el artículo 15 de la Ley de Inversiones de El Salvador (2000)¹⁷, la cual fue considerada en el caso *Inceysa Vallisoletana S. L. contra El Salvador*¹⁸, según el cual:

En el caso de controversias surgidas entre inversionistas extranjeros y el Estado, referentes a inversiones de aquellos efectuadas en El Salvador **los inversionistas podrán remitir la controversia:** a) Al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), con el objeto de resolver la controversia mediante conciliación y arbitraje, de conformidad con el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados (Convenio del CIADI) (resaltado nuestro).

Al respecto, el Tribunal arbitral considera que dicho artículo contiene de manera clara una oferta unilateral de consentimiento para someterse a la jurisdicción del CIADI, la cual solo requiere de la aceptación de un inversionista extranjero para perfeccionarse. Sin embargo, la defensa de El Salvador demostró una serie de actos fraudulentos realizados por la empresa española para obtener la licitación, por lo cual el Tribunal consideró que se trataba de una inversión de carácter ilícito, que no cumplió con el ordenamiento jurídico salvadoreño como lo exige el TBI entre España y El Salvador, lo que trajo como consecuencia la exclusión de la protección según el artículo III del Tratado y, por ende, de la jurisdicción del tribunal arbitral. Además, el artículo 14 de la mencionada Ley en concordancia con la Constitución de El Salvador (art. 96) y la Ley de Extranjería (art. 4) establece que “[t]odo inversionista nacional o extranjero deberá cumplir con las obligaciones establecidas en las leyes, especialmente aquellas en materia fiscal, laboral, y de seguridad social”.

En consecuencia, el Tribunal arbitral considera que reconocer la oferta unilateral de la jurisdicción del CIADI formulada por El Salvador en esta Ley para actos ilegales, como las inversiones constituidas en contravención a las leyes salvadoreñas equivaldría a contradecir el texto de la Constitución y demás leyes de esta nación, y se trataría de una violación al orden público, lo cual crearía inseguridad jurídica y el enriquecimiento ilícito por parte del inversor.

También es importante destacar la claridad en la manifestación de consentimiento contenida en la Ley de Inversiones Extranjeras de Kazajstán (art. 27), mediante la cual se permite la resolución de controversias entre la República de Kazajstán e inversores extranjeros a través del arbitraje CIADI, condicionando dicha vía a la elección por parte del inversor. Esta disposición fue invocada en el caso *Rumeli Telekom contra Kazajstán*¹⁹. El Tribunal arbitral considera que la

¹⁶ Caso *Tradex Hellas S. A. contra Albania* (n.º 32), párrafo 79.

¹⁷ Decreto N.º 732 del 14/10/1999.

¹⁸ Caso *Inceysa Vallisoletana S. L. contra El Salvador* (CIADI N.º ARB/03/26), laudo del 02/08/2006, párrafos 212-213; 310, 316, 327 y 332. Ver texto de la Ley en <http://www.csj.gob.sv>

¹⁹ Caso *Rumeli Telekom A. S. y Telsim Mobil Telekomunikasyon Hizmetleri A. S. contra República de Kazajstán* (CIADI N.º ARB/05/16), laudo del 29/07/2008, párrafos 333-335.

Ley es una fuente de jurisdicción en atención al consentimiento del Estado allí expresado y su perfeccionamiento a través de la interposición de la solicitud de arbitraje por parte del inversor; sin embargo, en este caso la Ley de Inversiones es invocada por los demandantes como una base alternativa de jurisdicción. En este sentido, el Tribunal concluye que, dado que la protección concedida a los inversores extranjeros por la Ley comprende las disposiciones previstas en los TBI, no es necesario referirse a este último para decidir las reclamaciones presentadas por las partes en este caso²⁰.

Finalmente, vale la pena destacar las consideraciones realizadas por el Tribunal arbitral que conoció del caso *Zhinvali contra Georgia*, en el cual se analiza 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 CIADI²¹.

b) Aquellas legislaciones nacionales donde se discute si la referencia a los procedimientos CIADI puede considerarse un consentimiento “avanzado” del Estado receptor.

Es estos casos para que pueda existir consentimiento es necesario, en algunos supuestos, un acuerdo posterior específico entre el Estado receptor y el inversor extranjero; en otros casos, únicamente una vez autorizada la inversión por parte del Estado receptor es cuando se produce el consentimiento del Estado, y en otros casos las formulaciones legislativas son tan oscuras o ambiguas que requieren de un análisis más cuidadoso por parte del tribunal arbitral para poder derivar de ellas una fuente de jurisdicción arbitral 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 Ecuador, la Ley de Promoción y Garantía de Inversiones es la que 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 tribunal arbitral constituido en virtud de tratados de inversión de los cuales sea parte ese país (art. 32)²².

²⁰ *Ibidem*, párrafo 336.

²¹ Caso *Zhinvali Development Ltda. contra República de Georgia* (CIADI N.º ARB/00/1), laudo del 24/01/2003, párrafo 339.

²² Ley 46, RO/219 del 19/12/1997. Esta Ley debe ser analizada en concordancia con el Reglamento Sustitutivo de la Ley de Promoción y Garantía de las Inversiones, del 25/01/2001, en cuyo artículo 29 establece “... Al amparo de lo dispuesto en el artículo 32 de la ley, en el contrato de inversión estipulará que las controversias que no hayan podido ser amigablemente resueltas podrán someterse a la decisión del Centro...”.

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)²³. 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)²⁴. También, en la Ley de Inversiones de Nicaragua (2000)²⁵, en su artículo 8, en concordancia con el artículo 24 del Reglamento de dicha Ley, se admite el *“arbitraje internacional de conformidad con lo dispuesto en los convenios internacionales aprobados y ratificados por la República de Nicaragua”*. En efecto, esta Ley establece:

Toda diferencia, controversia o reclamo que surja o se relacione con las inversiones extranjeras reguladas por la presente Ley, **podrá** someterse a Arbitraje Internacional de acuerdo con lo que se disponga reglamentariamente, sin perjuicio de la aplicación de las normas legales nacionales vigentes y los convenios de los que la República de Nicaragua sea parte (resaltado nuestro).

En caso el *Biwater Gauff contra República Unida de Tanzania*²⁶, se analizó la Ley de Inversiones de la República Unida de Tanzania, y se llegó a la conclusión de que el artículo 23 no podía ser considerado como una oferta unilateral del Estado para someterse a un procedimiento de arbitraje CIADI, ya que en dicho artículo 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, pero condiciona 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 artículo 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 la disposición del artículo 23 no existe una expresión del consentimiento de la República de Tanzania, sino la

²³ Decreto 9-98 del Congreso, del 20/02/1998.

²⁴ Ley 117/91 de 06/12/1991.

²⁵ 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).

²⁶ Caso *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd v. República Unida de Tanzania* (CIADI N°ARB/05/22), laudo del 24/07/2008.

eventual obligación por parte del Estado de expresar su consentimiento respecto al medio de resolución de conflicto a utilizar.

En 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 artículo 23 están condicionadas 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 solo 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 que solo requiere de la aceptación por parte de un inversionista. En este caso, el Tribunal termina admitiendo su jurisdicción sobre la base del TBI vigente, en el cual sí existe una oferta unilateral de arbitraje por parte de los Estados firmantes respecto a los inversores extranjeros (art. 8).

Finalmente, en el caso venezolano la Ley de Promoción y Protección de Inversiones (1999)²⁷ dispone en su artículo 22, 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 este lo establece, **sin perjuicio de la posibilidad de hacer uso, cuando proceda, de las vías contenciosas contempladas en la legislación venezolana vigente** (resaltado nuestro).

Esta formulación, recientemente ha sido objeto de interpretación por tribunales arbitrales CIADI, según los cuales del análisis de “*toda la Ley 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*”²⁸. Tanto en el caso *Mobil Corporation, Venezuela Holdings, B. V. y otros, contra Venezuela y Cemex Caracas Investments B. V., y Cemex Caracas II Investments B. V., contra Venezuela* se considera que el texto del artículo 22 es “oscuro” y “ambiguo” y, en consecuencia, no puede concluirse que Venezuela otorgó unilateralmente 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 mencionados²⁹.

²⁷ Decreto 356, de fecha 03/10/1999.

²⁸ Caso *Mobil Corporation, Venezuela Holdings, B.V. y otros v. Venezuela* (CIADI N.º ARB/07/27), decisión sobre jurisdicción del 10/06/2010, párrafo 123; y Caso *CEMEX contra Venezuela* (CIADI, N.º ARB/08/15), decisión sobre jurisdicción del 30/12/2010, párrafo 120.

²⁹ Caso *Mobil Venezuela* (n. 46), párrafos 139-140; y Caso *CEMEX* (n. 46), párrafos 137-138.

Como se afirma en el caso *Cemex*, el 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 inversionista³⁰.

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 inversión³¹. En fin, lo que se trata es de verificar la expresión del consentimiento de ambas partes.

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.

No hay duda de 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.

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

El Estado receptor 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 (Remiro Brotons, 1997, pp. 97-145). En la actualidad, la mayoría de estos tratados son TBI con cláusulas de resolución de controversias Inversor-Estado en las cuales el Estado receptor de la inversión realiza una “oferta” de consentimiento la cual deberá ser aceptada por parte del inversor extranjero para que pueda existir un consentimiento bilateral (Fernández Masiá, 2008, p. 24). Esta manera de otorgar el consentimiento por parte del Estado receptor ha sido considerada una más de las garantías que los TBI ofrecen a los inversores (Fernández Masiá, 2008, p. 25).

³⁰ Caso CEMEX (n. 46), párrafo 58.

³¹ *Ibidem*, pp. 136-137.

El consentimiento que un Estado contratante otorga en un tratado, para resolver las diferencias con el inversor nacional de otro Estado contratante mediante el arbitraje CIADI, cubre perfectamente el requisito del inciso final del artículo 25(1) del Convenio de Washington, de manifestar su consentimiento por escrito. Solo 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. La admisión de demandas arbitrales fundadas en una oferta unilateral contenida en un tratado ha sido admitida en forma sistemática (Bentolila, 2012, pp. 406-407).

El primer caso, en el que un tribunal CIADI asumió jurisdicción conforme a un TBI, es *Asian Agricultural Products Limited contra Sri Lanka* (TBI Reino Unido-Sri Lanka), registrado en 1987, el cual culminó con un laudo final en 1990³². En este caso la parte demandante inició el procedimiento basándose en el consentimiento otorgado por Sri Lanka en el artículo 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 a una inversión de este último en el territorio del primero.” A partir de este momento comienza a considerarse al tratado como fuente de jurisdicción arbitral, y se produce una “revolución sobrevenida” en el régimen del arbitraje de inversiones al incorporar el tratado al método tradicional de generación de consentimiento (convenio arbitral o cláusula compromisoria asociado a un contrato de inversión).

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, TLC). La más utilizada hasta los momentos es la contenida en el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (NAFTA en sus siglas en inglés), y recientemente el CIADI se ha atribuido jurisdicción en atención a la manifestación de consentimiento realizada por Guatemala, República Dominicana y El Salvador en el Tratado de Libre Comercio entre República Dominicana, Centro América y Estados Unidos (en adelante, DR-CAFTA)³³.

³² Caso *Asian Agricultural Products Limited contra Sri Lanka* (CIADI N.º ARB/87/3), laudo final del 27/06/1990, ver texto en R. Rayfuse, ICSID Reports, Cambridge University Press, vol. 4, 1997, pp. 245 y ss.

³³ Casos *Railroad Development Corporation contra Guatemala* (CIADI N.º ARB/07/23), decisión sobre medidas preventivas del 15/10/2008, decisión sobre jurisdicción del 17/1/2008; *TCW v. República Dominicana* (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. contra El Salvador* (CIADI N.º ARB/09/17); *PacRim Cayman LLC contra El Salvador* (CIADI N.º ARB/09/12), registrado el 15/06/2009.

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 y Martin, 2004, pp. 60-62), ya que representan promesas o compromisos de duración indefinida que pueden 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, al Estado receptor le corresponde evaluar los riesgos que implica asumir el compromiso de someterse al arbitraje internacional Inversor-Estado (Mortimore, 2009, pp. 43-44).

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 instrumento internacional, 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.

a) Modelos de tratados en función del mecanismo de perfeccionamiento del consentimiento.

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; 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 los mismos. A continuación se abordará cada uno de estos modelos.

En el primer modelo, se ubican aquellos tratados que contienen “oferta” de consentimiento al CIADI en forma clara e inequívocamente obligatoria y vinculante para los Estados parte. En estos casos la sola aceptación del inversor nacional del otro Estado contratante sería 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 ha decidido incorporar este tipo de oferta de arbitraje CIADI en TBI o en tratados multilaterales, como el Tratado de la Carta de Energía. Por ejemplo, la cláusula de solución de controversias prevista en el artículo 8(2) del TBI República Checa-Venezuela (1995), según el

cual: “*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...*”³⁴. En el mismo sentido, los artículos 11 y 8 de los TBI 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*”. Otra expresión de consentimiento, con los efectos de este primer modelo, se observa en el artículo 7(2) del TBI Lituania-Venezuela (1995), según el cual “*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)*”.

Como señaláramos, este tipo de arbitraje es denominado *arbitration without privity* (Paulsson, 1995, pp. 232-257; Alexandrov, 2005, p. 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, p. 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 al mecanismo de solución de disputas previsto en el mismo, en virtud de que el Estado ha manifestado de manera anticipada su consentimiento y solo “*basta con que el inversionista manifieste su voluntad en ese sentido*”³⁵.

En la práctica arbitral este tipo de consentimiento ha sido objeto de análisis. Por ejemplo, en los casos *Eudoro Armando Olguín contra Paraguay*³⁶ y *ČSOB Tradex Hellas, S. A. contra Albania*³⁷, 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 haría falta 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* se analizó la naturaleza de la

³⁴ 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).

³⁵ Caso *Camuzzi contra Argentina* (CIADI N.º ARB/03/7), decisión sobre jurisdicción del 11/05/2005, párrafos 130 y ss.

³⁶ Caso *Eudoro A. Olguín contra Paraguay* (CIADI N.º ARB/98/5), decisión sobre jurisdicción del 08/08/2000, laudo del 26/07/2001.

³⁷ Caso *Tradex Hellas S. A. contra Albania* (n. 32).

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 solo 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 (resaltado nuestro)³⁸.

En la práctica, la aceptación por parte del inversor se plantea de forma flexible. En la mayoría de los casos se exige que se realice con anterioridad a la iniciación del procedimiento arbitral. Sin embargo, en algunos TBI se establece la posibilidad, para cualquiera de las partes en la diferencia, de acudir directamente al Centro sobre la única base de la oferta estatal realizada en el propio tratado³⁹. 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 dirigirla al Estado, en señal de aceptación de la oferta realizada, o que inicie un procedimiento arbitral ante el CIADI, a menos que de la cláusula en cuestión se desprenda algún otro requisito.

En un segundo modelo, se ubican 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 tratados, si bien tienen cláusulas que se refieren al arbitraje CIADI y se realiza una promesa por parte de los Estados contratantes, requieren 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 este lo solicitare, se celebrare 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 podría obligar a ese Estado a que lo otorgue. Sin

³⁸ Caso *Sempra Energy International contra Argentina* (CIADI N.º ARB/02/16), decisión sobre jurisdicción del 11/05/2005, párrafo 140. Ver texto en <http://www.worldbank.org/icsid>

³⁹ Un ejemplo, lo encontramos en el caso *American Manufacturing & Trading, Inc. contra Congo*, 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*, párrafos 12.2 y 12.3.

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, p. 27).

Por último, nos encontramos con el modelo de 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 lo encontramos en el TBI Holanda-Kenia (1970), cuyo artículo 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”.

Otro ejemplo interesante lo encontramos en el artículo 8 (3) del TBI Perú-China (1994), según el cual:

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, esta 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 (resaltado nuestro).

Así, como se observa en el ejemplo anterior, debe mediar una previa solicitud por parte del inversor para luego considerar si el Estado receptor 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

primer modelo. 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*” CIADI⁴⁰. En el caso *SGS Société Générale de Surveillance S. A. contra Filipinas* (en adelante, *SGS v. Filipinas*), el Tribunal arbitral señaló 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 Washington⁴¹.

b) 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 TBI tienen entre sus objetivos principales el permitir el acceso al arbitraje internacional para resolver controversias entre el Estado receptor y el inversor extranjero. En este contexto, los tratados de inversión desempeñan una importante función porque contribuyen a que el régimen sea más transparente, estable, predecible y seguro y, por lo tanto, más atractivo para los inversionistas extranjeros (Pérez Pacheco, 2011, p. 117). Sin embargo, esta oferta de consentimiento realizada por el Estado en un tratado de inversión generalmente va acompañada de una serie de condiciones, las cuales marcan el camino a seguir para poder plantear el caso ante el CIADI (Verbanaz, 2011, p. 142). Por lo general, los tratados establecen tres condiciones, o escalones en relación jerárquica, para acceder al arbitraje: un período de negociaciones para la solución 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. En la práctica arbitral, se debate sobre la naturaleza de este período de negociación o consulta, con el fin de establecer consenso sobre si el mismo afecta o no la jurisdicción del tribunal arbitral.

Así, en el caso *SGS Société Générale de Surveillance S. A. contra Pakistán*⁴², el Estado pakistaní alegó que el demandante no había cumplido con el plazo

⁴⁰ Caso *Eudoro Armando Olguín contra Paraguay* (n. 37).

⁴¹ Caso *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Filipinas* (CIADI N° ARB/02/6), decisión sobre jurisdicción del 29/01/2004.

⁴² Caso *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Pakistán* (CIADI N°ARB/01/13), decisión sobre jurisdicción 16/08/2003.

de 12 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 prohibiéndoles 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. contra Pakistán*⁴³, 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 contra Chile* se ha reconocido que el agotamiento del período de consultas tiene “el carácter de una simple recomendación procesal”⁴⁴.

Otros laudos han decidido en sentido contrario. Así, por ejemplo, el Tribunal que resolvió los aspectos jurisdiccionales del arbitraje planteado por *Burlington Resources Inc. contra Ecuador*, el cual expresó:

[...] al imponer a los inversores una obligación de expresar sus desacuerdos al menos con una antelación de seis meses a la sumisión a arbitraje de una controversia relativa a una inversión, el Tratado efectivamente le acuerda a los Estados receptores el derecho a ser informados de la controversia al menos seis meses antes de que sea sometida a arbitraje. El propósito de este derecho es conceder al Estado receptor la oportunidad de solucionar la controversia antes de que el inversor someta la controversia a arbitraje. En este caso, la Demandante privó al Estado receptor de esta oportunidad. Ello es suficiente para negar jurisdicción⁴⁵.

También en el caso *Murphy Exploration and Production Company International v. Ecuador*, se declaró la falta de competencia del tribunal arbitral en virtud de haber incumplió la parte Demandante con el periodo de negociación establecido en el TBI invocado. Al efecto, se consideró:

⁴³ Caso *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A. S. contra Pakistán* (CIADI N.º ARB/03/29), decisión sobre jurisdicción 14/11/2005.

⁴⁴ Caso *Víctor Pey Casado y Fundación Presidente Allende contra Chile* (CIADIN.º ARB/98/2), laudo del 08/05/2008, párrafo 573.

⁴⁵ Caso *Burlington Resources Inc. contra Ecuador* (CIADI N.º ARB/08/5), decisión sobre jurisdicción del 02/06/2010, párrafo 315.

[...] la obligación de negociar es una obligación de medio, no de resultado. Nadie está obligado a llegar a un acuerdo pero sí a intentarlo. Para determinar si unas negociaciones serán exitosas o no, lo primero que deben hacer las partes es iniciarlas. La obligación de consultas y negociaciones es de ambas partes y, es evidente que no tuvieron lugar en este caso ya que, según se ha dicho reiteradamente, Murphy International le remitió a Ecuador, el viernes 29 de febrero del 2008, una carta en la que le informaba que tenía un reclamo contra esa República basado en el TBI y el lunes 3 de marzo del mismo año presentó su Solicitud de Arbitraje ante el CIADI. Esa conducta de Murphy International de decidir, a priori y unilateralmente, que ni tan siquiera intentaría resolver sus diferencias con Ecuador mediante la negociación, constituye un incumplimiento grave de lo dispuesto en el artículo VI del TBI⁴⁶.

(omissis)

A juicio de este Tribunal, la exigencia de que las partes deban procurar intentar resolver su controversia, mediante consultas y negociaciones, durante un período de seis meses, no es, como pretende la Demandante y han sostenido algunos tribunales arbitrales “una regla procesal” o una etapa “de naturaleza no obligatoria y procesal” que el interesado puede satisfacer o no. Por lo contrario, se trata de un requisito fundamental que debe cumplirse, obligatoriamente, la parte Demandante, antes de presentar un arbitraje conforme a las normas del CIADI⁴⁷.

(omissis)

No se trata de una simple formalidad, que permite presentar un arbitraje aunque no se haya cumplido con la espera de los seis meses, y si la otra parte lo objeta, retirarlo y volverlo a presentar. Es algo mucho más serio: un mecanismo esencial, consagrado en muchos tratados bilaterales de inversión, que obliga a las partes a hacer un genuino esfuerzo de negociación de buena fe, antes de acudir a la vía arbitral⁴⁸.

En el mismo sentido, en el caso *Impregilo S. p. A. contra Argentina*, en atención al artículo 8(2) del TBI Argentina-Italia que establece que si una controversia no puede resolverse en forma amigable, podrá ser sometida a la jurisdicción administrativa o judicial de la parte en cuyo territorio está situada la inversión, en concordancia con el artículo 8(3), que establece que podrá iniciarse un arbitraje internacional cuando la controversia entre el inversor y la Parte Contratante subsista, teniendo en cuenta que es preciso haber transcurrido un plazo de dieciocho meses desde la notificación del comienzo del procedimiento ante las jurisdicciones nacionales citadas en el artículo 8(2). El tribunal observa que el TBI bajo análisis claramente establece, por un lado, una cláusula que dispone que *podrá* iniciarse un procedimiento ante los tribunales locales y, por otro, una cláusula que dispone, *como condición para el arbitraje*, que tal procedimiento haya existido y que haya tenido lugar durante dieciocho meses⁴⁹.

⁴⁶ Caso *Murphy Exploration and Production Company International contra Ecuador* (n. 19), párrafo 135.

⁴⁷ *Ibidem*, párrafo 149.

⁴⁸ *Ibidem*, párrafo 154.

⁴⁹ Caso *Impregilo S. p. A. contra Argentina* (CIADI N.º ARB/07/17), laudo del 21/06/2011, párrafos 80-81.

Así, el Tribunal considera que el artículo 8(3) establece una condición general que debe ser cumplida por el inversor que desea someter la controversia a arbitraje internacional. La condición a cumplir es doble: en primer lugar, debe someterse la controversia a la jurisdicción local y, en segundo lugar, debe aguardarse dieciocho meses antes de recurrir al arbitraje internacional. En consecuencia, se trata de un requisito jurisdiccional obligatorio, aunque limitado en el tiempo, antes de que pueda ejercerse el derecho a someter un caso ante el CIADI, el cual no fue observado por la Demandante por lo cual el Tribunal no puede determinar que existe competencia con fundamento en el TBI Argentina-Italia⁵⁰.

Otro requisito incluido en los TBIs tradicionales, en contraposición con los recientes 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 artículo 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 artículo 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 (CIADI)** 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 (CNUDMI).

(3) La elección de uno u otro procedimiento será definitiva” (resaltado nuestro).

⁵⁰ *Ibidem*, párrafos 90-94.

En otros tratados se incluyen cláusulas mediante las cuales se declara lo innecesario del previo agotamiento de los recursos internos, con lo cual solo repiten lo establecido en el artículo 26 del Convenio de Washington. Otros tratados, por 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 extranjero⁵¹.

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 solo tipo de controversias: aquellas que involucran un monto de compensación por expropiación.

Sin embargo, la mayoría de los TBI 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 solo debe el inversor elegir una de las dos vías, y una vez realizada dicha elección se considera como definitiva cerrándose la otra vía.

Una vez ubicados en la opción del arbitraje internacional se presentan distintas fórmulas en los tratados de inversión. 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) y, en algunos casos, el arbitraje bajo las reglas de la Cámara de Comercio Internacional o la Cámara de Arbitraje de Estocolmo. En otros tratados se le da entrada a un arbitraje de conformidad con las reglas del TLCAN.

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 este es nacional de un Estado contratante), mientras que las Reglas del Mecanismo Complementario son aplicables si una parte no reúne los requisitos para el arbitraje al amparo de las reglas regulares del CIADI. Otras reglas son las del Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo⁵², 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

⁵¹ Por ejemplo, en el artículo 8 del TBI Perú-Corea (1993).

⁵² Un análisis sobre las recientes modificaciones a las reglas arbitrales de este Centro pueden verse en SHAUGHNESSY, Patricia, "Pre-arbitral urgent relief: the new SCC emergency arbitrator rules", en *Journal of International Arbitration*, Ginebra, vol. 27, N.º 4, agosto 2010, pp. 337-360.

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 para establecer un Acuerdo Multilateral de Inversiones. Por su parte, la referencia a estas reglas es mucho menos frecuente. Por otra parte, las Reglas de la CNUDMI son las más utilizadas para los procedimientos de arbitraje *ad hoc*.

IV. A manera de conclusión

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 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 TBI, e incluso en la legislación interna del Estado receptor, pudiendo incluso configurarse en un “oferta” de consentimiento por parte del Estado receptor, la cual solo 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 (Chillón Medina, p. 7).

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 ofrecida por el Estado a los inversionistas extranjeros coloca a estos últimos en una situación general y abstracta propias de los efectos de una norma y no en una posición subjetiva e individualizada, propia de un contrato (Chillón Medina, p. 13).

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 inversionista 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 les garantiza a los litigantes el respeto de los elementos más importantes de derecho sustantivo y de procedimiento acordado por ellos y subsidiariamente cubierto por todo un sistema sobre el cual se sustenta el Centro.

El sistema no se encuentra exento de críticas, mas 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 la noción de inversor e inversión contenida en los TBI, ha degenerado en la ampliación de los derechos y garantías otorgadas a los inversores extranjeros en desmedro de los Estados receptores de inversión.

Bibliografía

- Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (marzo 18 de 1965). *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*, Washington. Disponible en <http://icsid.worldbank.org>
- Ben Hamida, W. (2004). *L'arbitrage transnational unilatéral. Réflexions sur une procédure réservée à l'initiative d'une personne privée contre une personne publique*, Paris II: Thèse.
- Bentolila, D. (2012). Hacia una jurisprudencia arbitral en el arbitraje internacional de inversiones. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Décimo Aniversario.
- Chillón Medina, J. M. El Arbitraje internacional de inversiones: su tratamiento singular reciente a partir del derecho convencional y de la jurisprudencia arbitral. Disponible en <http://www.cmanicaragua.com.ni/media/docs/1248705412.pdf>
- Cremades, B. (2001). Arbitration between States and investors: some jurisdiction issues", en *Business Law International*, USA, International Bar Association.
- CUOMO, N. (2011). La validez del acuerdo arbitral en materia de inversiones extranjeras e hidrocarburos en Bolivia. *Revista Boliviana de Derecho*, N° 11, Santa Cruz, Fundación Luris Tantum. Disponible en http://seer.uscs.edu.br/index.php/revista_direito/article/viewArticle/922
- Fernández Masía, E. (2003). *Arbitraje en inversiones extranjeras: el procedimiento arbitral en el CIADI*, Valencia, España: Editorial Tirant Lo Blanch.
- Fernández Masía, E. (2008). *Tribunales nacionales, arbitraje internacional y protección de inversiones extranjeras*, Madrid: Marcial Pons.
- Gonzalez de Cossío, F. (2009). "Arbitraje de inversión y América Latina", en *Revista USCS - Direito*, São Caetano do Sul, año X, N° 17, julio-diciembre. Disponible en http://seer.uscs.edu.br/index.php/revista_direito/article/viewArticle/922
- Mortimore, M. (2009). *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*, Santiago de Chile: CEPAL.
- Paulsson, J. (1995). Arbitration without Privity. *ICSID Review-Foreign Investment Law Journal*, Vol. 10, N° 2, Washington.
- Pérez Pacheco, Y. (2008). Los Aportes de la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado en materia de arbitraje internacional. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, N° 121.
- Pérez Pacheco, Y. (2011). Inversiones extranjeras y arbitraje CIADI. Una aproximación al análisis Económico de Derecho. *Revista De Jure*, N° 6, Tercera Época, mayo, México, Universidad de Colima.
- Pérez Pacheco, Y. (2012). Objeciones a la jurisdicción arbitral del CIADI. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 4, N° 1.
- Redfern, A. y Hunter, M. (2004). *Law and practice of international commercial arbitration*, London: Thomson, 4ta edición.
- Remiro Brotons, A. (1997). *Derecho Internacional Público, Derecho de los Tratados*, Madrid: Tecnos, Vol. II.
- Rodríguez Jiménez, S. (2006). *El Sistema Arbitral del CIADI*, México: UNAM-Porrúa.
- Shaughnessy, P. (2010). Pre-arbitral urgent relief: the new SCC emergency arbitrator rules. *Journal of International Arbitration*, Vol. 27, N° 4 Ginebra, agosto.
- Verbanaz, S. (2011). Tratados bilaterales de inversión, privatizaciones y régimen de convertibilidad en la argentina. Las semillas de las demandas ante el CIADI. *Papeles de Europa*, N° 22, Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales. Disponible en <http://revistas.ucm.es/index.php/PADE/article/view/PADE1111120138A>
- Wendlandt, M. (2008). SGS v. Philippines and the role of ICSID tribunals in Investor-State contract disputes. *Texas International Law Journal*, Vol. 43, N° 3, Austin.