

El Convenio CIADI, entre los objetivos que buscaba alcanzar con su creación, pretende que las diferencias en materia de inversión sean despolitizadas y se manejen en espacios neutrales sin injerencias externas. Esta es una de las razones para que los Estados hayan incluido el elemento de que una vez que se haya prestado el consentimiento para un arbitraje bajo el Convenio no se podrá utilizar mecanismos, entre otros, como el de la protección diplomática.²

El arbitraje en materia de inversión, como prácticamente todo tipo de arbitraje, requiere la existencia de un acuerdo por escrito o consentimiento previo. El consentimiento de ambas partes, esto es, del Estado receptor de la inversión y del inversionista, es un requisito indispensable para que exista jurisdicción por parte de un tribunal internacional.³

2. EL CONSENTIMIENTO

El Consentimiento es un elemento fundamental en el sistema de arbitraje bajo el Convenio CIADI. En el texto del Convenio se hace referencia en varias ocasiones a este elemento.⁴

2. El artículo 27 del Convenio establece que: "Ningún Estado Contratante concederá protección diplomática ni promoverá reclamación internacional respecto de cualquier diferencia que uno de sus nacionales y otro Estado Contratante hayan consentido en someter o hayan sometido a arbitraje conforme a este Convenio, salvo que este último Estado Contratante no haya acatado el laudo dictado en tal diferencia o haya dejado de cumplirlo."
3. Informe de los Directores Ejecutivos Acerca del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, Banco de Reconstrucción y Fomento, 18 de marzo de 1964, CIADI/15, Abril de 2006. Sitio web: <http://www.worldbank.org/icsid/basicdoc/basicdoc.htm>. El Informe de los Directores Ejecutivos declara que: "El consentimiento de las partes es la piedra angular en que descansa la jurisdicción del Centro. El consentimiento a la jurisdicción debe darse por escrito y una vez dado no puede ser revocado unilateralmente (Artículo 25(1))."
4. Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, CIADI/15, Abril de 2006. Sitio web <http://www.worldbank.org/icsid/basicdoc/basicdoc.htm> En el preámbulo: "Reconociendo que el consentimiento mutuo de las partes en someter dichas diferencias a (...) arbitraje a través de dichos medios constituye un acuerdo obligatorio (...).

El Convenio CIADI deja clara que la mera ratificación por parte de un Estado y el hecho de ser parte contratante, no implica la existencia del consentimiento expreso.⁵

Para que exista jurisdicción por parte del CIADI y competencia por parte de un tribunal de arbitraje bajo este mecanismo, existen varios requisitos que se deben tomar en cuenta y que se encuentran enunciados en el artículo 25 del Convenio

La jurisdicción del Centro se extenderá a las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión entre un Estado Contratante (o cualquiera subdivisión política u organismo público de un Estado Contratante acreditados ante el Centro por dicho Estado) y el nacional de otro Estado Contratante y que las partes hayan consentido por escrito en someter al Centro. El consentimiento dado por las partes no podrá ser unilateralmente retirado.

El Informe de los Directores Ejecutivos menciona que

“el 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 compromiso entre las partes respecto a una diferencia que haya surgido. El convenio tampoco exige que el consentimiento de ambas partes se haga constar en un mismo instrumento. Así, un Estado receptor pudiera ofrecer en su legislación sobre promoción de inversiones, que se someterán a la jurisdicción del Centro las diferencias producidas con motivo de ciertas clases de inversiones, y el inversionista puede prestar su consentimiento mediante aceptación por escrito de la oferta.”⁶

5. *Ibidem*. “Declarando que 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”.
6. *Ibidem*, párrafo 24.

Sin embargo, el mero consentimiento no es suficiente para someter una diferencia a la jurisdicción del CIADI. En concordancia con la finalidad del convenio, la jurisdicción del Centro resulta además limitada por la naturaleza de la diferencia y de las partes, temas que están más allá del alcance del presente trabajo.

Existen tres formas, en la práctica, para la formación del consentimiento.

La más conocida, y hoy tal vez la que va siendo menos usada, es el consentimiento otorgado en una cláusula arbitral entre las partes. Estas cláusulas se encuentran en los contratos de inversión entre Estados e inversionistas extranjeros. Existen modelos de cláusulas que pueden ser de gran utilidad a la hora de querer introducir en un contrato un convenio arbitral.⁷

Otra fuente de formación al consentimiento es a través de la normativa de un Estado, típicamente en la legislación doméstica en materia de inversión.⁸ Estas normas ofrecen el arbitraje de

7. Ver, e.g., la siguiente cláusula: “El [Gobierno]/[nombre de la subdivisión política u organismo público] de nombre del Estado Contratante (en adelante denominado el “Estado Receptor”) y nombre del inversionista (en adelante denominado “el Inversionista”) convienen por la presente en someter al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (en adelante denominado el “Centro”) toda diferencia que surja de este acuerdo o se relacione con el mismo, para su arreglo mediante [conciliación]/[arbitraje] / [conciliación seguida de arbitraje si la diferencia permanece sin resolverse dentro de plazo después de comunicado el informe de la Comisión de Conciliación a las partes] de conformidad con el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (en adelante denominado el “Convenio”). Sitio web <http://www.worldbank.org/icsid/model-clauses-spa/7.htm#nota6#nota6>

8. SPP v. Egypt, Decision on Jurisdiction I, 27 November 1985, 3 ICSID Reports, 131. “Las disputas de inversiones en relación a la aplicación de las disposiciones de la presente Ley deberán ser resueltas de la forma en que se acuerde con el inversionista o en el marco de los Tratados vigentes entre Egipto y el Estado del inversionista o en el marco del CIADI, vigente para Egipto desde 1971.” La traducción es del autor. La Demandante soportaba su argumento sobre la base del Art. 8 de la Ley de Inversiones de Egipto de 1974.

De acuerdo al Tribunal, Egipto sostuvo que esta cláusula requería un consentimiento de implementación por separado con el inversionista. Que el sentido de esta disposición era informar a potenciales inversionistas que el CIADI era uno de los variados métodos de solución de controversias que podían ser negociados con autoridades egipcias, bajo las circunstancias apropiadas. El tribunal concluyó que no existía nada en la disposición analizada que requiriera una posterior manifestación de consentimiento para la jurisdicción del Centro, más allá de la aceptación por parte del inversionista de la oferta otorgada por el Estado en su legislación.

manera general, aunque es importante anotar que una disposición de esta naturaleza no es suficiente para la existencia del consentimiento. Siempre será necesaria la existencia previa del acuerdo entre las partes. En este caso, para que el acuerdo se perfeccione, faltará aún el pronunciamiento del inversionista y aceptar la "oferta" dada por el Estado en su legislación. Esta aceptación puede darse a través de una comunicación o iniciando un procedimiento de arbitraje.

La tercera fuente de formación del consentimiento es a través de un Tratado, ya sea de carácter bilateral o de carácter multilateral. La mayoría de Tratados Bilaterales de Inversión (TBI's) contienen la oferta del Estado al inversionista del otro Estado parte del Tratado.⁹ También se encuentra esta oferta en Tratados Multilaterales, como el TLCAN o la Carta de Energía.¹⁰

Es importante señalar que esta "oferta de arbitraje" no está contemplada de manera expresa ni en el Convenio CIADI ni en el Informe de los Directores Ejecutivos.¹¹ Sin embargo, esto no debe llevar a una equivocada conclusión. Al momento de la redacción del Convenio CIADI y su posterior aprobación, los Tratados Bilaterales de Inversión estaban empezando a ser utilizados por los Estados.

9. Ver, Tratado entre la República del Ecuador y los Estados Unidos de América para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, vigente a partir del 11 de mayo de 1997. Artículo VI (4): "Cada una de las Partes consiente en someter cualquier diferencia en materia de inversión al arbitraje obligatorio para su solución, de conformidad con la opción especificada en el consentimiento por escrito del nacional o la sociedad (...). El resaltado es del autor. El texto liga el consentimiento del Estado (que se otorga en este párrafo) con la opción que escoja el inversionista. En otros términos, lo que dice es que si el inversionista escoge la opción del arbitraje UNCITRAL, a ello consiente el Estado. Si el inversionista escoge la opción de un arbitraje CIADI, también consiente en ello el Estado.
10. En el Tratado de Libre Comercio de América del Norte, el consentimiento se encuentra en el artículo 1120. En la Carta Europea de la Energía el consentimiento se encuentra en el artículo 26.
11. El Informe de los Directores Ejecutivos menciona la posibilidad de una oferta unilateral de arbitraje por parte del Estado receptor de la inversión, a través de su legislación doméstica y la aceptación de tal oferta por parte del inversionista. Informe de los Directores Ejecutivos, párrafo 24.

3. INTERPRETACIÓN DEL CONSENTIMIENTO

La primera ocasión en que se invocó como fuente directa del consentimiento un Tratado Bilateral de Inversión fue en el caso Asian Agricultural Products Ltd. (AAPL) v. Republic of Sri Lanka.¹²

Desde entonces, la gran mayoría de casos administrados por el CIADI tienen como fuente del consentimiento las disposiciones sobre solución de controversias entre inversionistas y Estados, que se encuentran en los TBI's.

Un tema recurrente en los argumentos presentados ante los Tribunales es si la interpretación del consentimiento debe ser de carácter restrictivo o de carácter extensivo, esto obviamente, dependiendo de los zapatos que tengan puestos los abogados litigantes. Los estados demandados han insistido en una interpretación de carácter restrictivo, sobre la base de que este consentimiento implica una derogación de la soberanía del Estado. Por otro lado, el inversionista ha intentado invocar un supuesto principio de interpretación diametralmente opuesto, bajo el principio de "*interpretación efectiva*".¹³

En el caso AMCO, el tribunal concluyó que el consentimiento debe ser interpretado en una forma que lleve a descubrir y respetar el deseo común de las partes, es decir, aplicando el principio *pacta sunt servanda*, concepto común de los sistemas legales doméstico e internacional.¹⁴

12. AAPL v. Sri Lanka, Award, 27 June 1990, 4 ICSID Reports 250: "The present case is the first instance in which the Centre has been seized by an arbitration request exclusively based on a treaty provision and not in implementation of a freely negotiated arbitration agreement directly concluded between the Parties among whom the dispute has arisen".

13. Christoph H. Schreuer, *The ICSID Convention: A Commentary*, Cambridge University Press, 2001. P. 249.

14. Amco c. Indonesia, Decisión sobre Jurisdicción, 25 de septiembre de 1983, 1 ICSID Reports 398. Ante la afirmación de la demandada, de que siendo el consentimiento al arbitraje una limitación a sus facultades soberanas, este debía ser interpretado de forma restrictiva, el Tribunal consideró que "... like any other conventions, a convention to arbitrate is not to be construed restrictively, nor, as a matter of fact, broadly or liberally. It is to be construed in a way which leads to find out and to respect the common will of the parties: such a method of interpretation is but the application of the fundamental principle *pacta sunt servanda*, a principle common, indeed, to all systems of internal law and to international law."

En el caso SPP, el Tribunal consideró que no existe una presunción a favor de la existencia de jurisdicción, más aún cuando una de las partes es un estado soberano, pero tampoco a la inversa, es decir, una presunción en contra de la existencia de jurisdicción. El Tribunal concluyó que los instrumentos que contienen la jurisdicción del Tribunal no deben ser interpretados ni restrictiva ni extensivamente, sino de manera objetiva y de buena fe.¹⁵

Es una cuestión solidamente establecida el que el inversionista puede aceptar la oferta del Estado dada en el TBI, a través de la iniciación del procedimiento arbitral. No hay nada en los TBI's que sugieran que el inversionista debe comunicar su consentimiento de forma distinta y directa al Estado.¹⁶

4. ALCANCE DEL CONSENTIMIENTO

En algunos casos, las ofertas de arbitraje que se encuentran en las legislaciones de los Estados son bastante amplias y cubren todas las controversias que pudieran surgir y que estén vinculadas a la inversión extranjera. En otros casos, el alcance es menos extenso, como cuando los términos utilizados son limitados en cuanto a la materia.¹⁷

Hay disposiciones en los TBI's que, con el objeto de cubrir bajo su "manto protector" obligaciones contractuales contraídas por Estados con inversionistas, han producido el efecto de ampliar el alcance del consentimiento otorgado por parte de los Estados.

15. SPP c. Egipto, Decisión sobre Jurisdicción, 14 de abril de 1988, 3 ICSID Reports 143.

16. Ver, en este sentido, los siguientes casos: AAPL v. Sri Lanka, Award, 27 June 1990. AMT v. Zaire, Award, 21 February 1997. SGS v. Philippines, Decision on Jurisdiction, 29 January 2004. Generation Ukraine v. Ukraine, Award, 16 September 2003. Tokios Tokels v. Ukraine, Decision on Jurisdiction, 29 April 2004, paras. 94-100.

17. Ver, Tradex c. Albania, Decision on Jurisdiction, 24 December 1996, 5 ICSID Reports 124. La "oferta" dada por Albania en su legislación doméstica estaba limitada: "[S]i la disputa surge o está relacionada con expropiación, compensación por expropiación o discriminación o también por transferencias de acuerdo al artículo 7 (...)"

Se han dado interpretaciones confrontadas por parte de los Tribunales de Arbitraje sobre el alcance de estas disposiciones, entre otras, en los muy comentados casos SGS c. Pakistan¹⁸ y SGS c. Filipinas.¹⁹ En los términos del comentarista del Convenio CIADI más citado a nivel internacional, el Profesor Christoph Schreuer

“The position taken by the Tribunals in SGS v. Pakistan and in Joy Mining deprive the umbrella clause of any practical meaning. Therefore, the interpretation reached on this point in SGS v. Philippines is clearly the better one.”

Es un criterio establecido por los precedentes que este tipo de redacción contiene asuntos que van más allá de la mera interpretación o aplicación del Tratado y que incluyen o que están relacionadas con las disputas que surjan de los contratos en conexión con una inversión.

En el caso Salini,²⁰ el Tribunal consideró que la disposición incluía no solo materias cubiertas por el Tratado sino también controversias relacionadas al contrato.

En el procedimiento de anulación en el caso Vivendi,²¹ el Tribunal arribó a una conclusión similar.

En la decisión del Tribunal en el caso Joy Mining,²² con la cual muchos Estados se sienten cómodos por su alcance, se arri-

18. SGS v. Pakistan, Decision on Jurisdiction, 6 August 2003. El Tribunal consideró que no tenía jurisdicción en relación a los reclamos contractuales que no constituyeran a su vez un incumplimiento de los estándares sustantivos del Tratado.

19. SGS v. Philippines, Decision on Jurisdiction, 29 January 2004. El tribunal consideró que la disposición en cuestión era completamente general permitiendo el sometimiento a arbitraje de toda disputa en materia de inversión.

20. Salini Costruttori SpA et Italstrade SpA c/Royaume du Maroc, Decision on Jurisdiction, 23 July 2001, 6 ICSID Reports 400.

21. Compañía de Aguas del Aconquija, S. A. & Vivendi Universal v. Argentine Republic, Decision on Annulment, 3 July 2002, 6 ICSID Reports 340. “It is those disputes which may be submitted, at the investor’s option, either to national or international adjudication. Article 8 does not use a narrower formulation, requiring that the investor’s claim allege a breach of the BIT itself. Read literally, the requirements for arbitral jurisdiction in Article 8 do not necessitate that the Claimant allege a breach of the BIT itself: it is sufficient that the dispute relate to an investment made under the BIT.”

22. Joy Mining v. Egypt, Award, 6 August 2004.

bó a la conclusión de que para que una disputa contractual esté cubierta por un Tratado, la violación de las disposiciones del contrato y del Tratado debe ser clara y de tal magnitud que active la protección del Tratado. Concluyó que en ese caso no se cumplía ese estándar. Hay comentaristas que han criticado fuertemente esta decisión, entre otros, el Profesor Schreuer, inclinándose a favor de la interpretación dada por el Tribunal SGS c. Filipinas.

5. CONDICIONES AL CONSENTIMIENTO

- Procedibilidad o “tiempo de espera”.

La gran mayoría de TBI's incorporan en la disposición de arbitraje internacional, una etapa previa de negociación o también llamado “período de enfriamiento”. Con esto se busca que las partes tengan la oportunidad de resolver la diferencia de manera directa y sin necesidad de recurrir a un procedimiento de carácter internacional.

En recientes casos, se puede apreciar que los Tribunales se inclinan por interpretar este requerimiento como “procedimental” y no como un requisito de “jurisdicción”.²³

Sin embargo, un Tribunal consideró que este requisito debía cumplirse para que existiera jurisdicción por parte del CIADI y de esta forma, el Tribunal fuera competente para decidir la controversia entre las partes.²⁴

23. Ver, en este sentido, el caso SGS c. Pakistán: “Tribunals have generally tended to treat consultation periods as directory and procedural rather than as mandatory and jurisdictional in nature. Compliance with such a requirement is, accordingly, not seen as amounting to a condition precedent for the vesting of jurisdiction [...]”.

24. Ver, en este sentido, el caso Enron c. Argentina: “[T]he conclusion reached is not because the six-month negotiation period could be a procedural and not a jurisdictional requirement as has been argued by the Claimants and affirmed by other tribunals. Such requirement is in the view of the Tribunal very much a jurisdictional one. A failure to comply with that requirement would result in a determination of lack of jurisdiction”.

Se ha propuesto que, ante el incumplimiento del “período de espera”, un mejor arreglo para las partes –no necesariamente desde la óptica rígida de si existe o no jurisdicción para que el Tribunal conozca la controversia– sería el que el Tribunal decida la “suspensión de procedimientos” y de esta forma otorgar un período de espera para que las partes traten de lograr un acuerdo, siempre y cuando se considere útil tal decisión.²⁵

- Agotamiento de recursos internos

Este requisito ha sido prácticamente eliminado de las disposiciones sobre solución de controversias en los TBI’s. No es necesario el agotamiento de los recursos internos salvo estipulación en contrario

El artículo 26 del Convenio CIADI dispone que:

“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.”

La segunda parte del Artículo 26 del Convenio es clara, en el sentido de que cualquier Estado Contratante “podrá exigir el agotamiento previo de sus vías administrativas o judiciales, como condición a su consentimiento al arbitraje conforme a este Convenio”. Si un Estado así lo solicita, se podría incluir en el acuerdo de consentimiento una cláusula que incorpore este requisito.²⁶

25. Christoph H. Schreuer, *Consent to Arbitration*, *Transnational Dispute Management*, Vol. 2-issue 5, November 2005. La estructura del presente trabajo se basa, en gran parte, en la propuesta del Profesor Schreuer recogida en este artículo.

26. Ver, e.g., la siguiente cláusula: “Antes de que una de las partes del presente instrumento inicie un procedimiento de arbitraje al amparo del Convenio con relación a una diferencia determinada, dicha parte deberá haber tomado todas las medidas necesarias a fin de agotar los recursos [administrativos] [y] [judiciales] disponibles con arreglo a la legislación del Estado Receptor respecto de esa diferencia [lista de los recursos que deben agotarse], a menos que la otra parte renuncie por escrito a esa condición.”

- Elección de vía o “fork in the road”

Esta condición al consentimiento tiene un efecto opuesto a la condición del agotamiento de los recursos internos. Una gran cantidad de TBI's incorporan en sus disposiciones de solución de controversias, una oferta al inversionista, el que debe escoger entre la posibilidad de recurrir a las cortes locales o al arbitraje internacional. El efecto de recurrir a uno u otro procedimiento es que, una vez escogida una vía, la otra precluye. La opción escogida es definitiva, y por lo tanto, si el inversionista acudió a las cortes locales para que la controversia sea resuelta, la opción de acudir al arbitraje internacional deja de existir.²⁷

Es importante tomar en cuenta que los tribunales han señalado de forma reiterativa que para que exista una “elección de vía” de acuerdo a los términos de un TBI, es necesario que las partes y la causa de acción sean las mismas.²⁸

6. CONCLUSIONES

El consentimiento es, tal como lo afirmaran en su momento los Directores Ejecutivos del Banco Mundial, la piedra angular de la jurisdicción del CIADI.

El consentimiento es un elemento que una vez perfeccionado, no puede ser retirado de manera unilateral por ninguna de las partes. Sería necesaria una autorización expresa de las partes

27. Ver, en este sentido, el artículo VI(3)(a) del TBI entre la República del Ecuador y los Estados Unidos de América: “Siempre y cuando la sociedad o el nacional interesado no haya sometido la diferencia, para su solución, según lo previsto por el inciso a) (entiéndase cortes locales) o el inciso b) (entiéndase otro procedimiento previamente pactado) del párrafo 2 y hayan transcurrido seis meses desde la fecha en que surgió la diferencia, la sociedad o el nacional interesado podrá optar con consentir por escrito a someter la diferencia, para su solución, al arbitraje obligatorio (...)”.

28. Este principio ha sido recogido por un gran número de tribunales. A manera de ejemplo, en el caso *Occidental c. República del Ecuador (IVA Petrolero)*, el Tribunal consideró que las acciones iniciadas por la compañía en las cortes locales tenían una causa de acción distinta a aquellas invocadas en el arbitraje bajo el TBI aplicable al caso. *Occidental c. Ecuador*, Laudo de 1 de julio de 2004, párrafos 38-63.

para que pueda retirarse el consentimiento, una vez que este ha sido perfeccionado.

El consentimiento es un elemento que, más allá de una interpretación restrictiva o extensiva, debe ser analizado por parte de los tribunales de arbitraje bajo el principio de la buena fe y tomando en cuenta el objeto y propósito del Convenio CIADI.