

Verónica Ortega  
Universidad Icesi, Colombia  
vero.ortega@gmail.com

Carolina Gonzáles  
Universidad Icesi, Colombia  
Carogonzsa@hotmail.com

## Arbitraje de inversiones (2003-2007)

### Abstract

The global production environment has experienced deep transformations in the last few decades. This has created an interdependent world in the economic, political, and social dimensions. This phenomenon has also encouraged a process of liberalization in foreign trade, particularly in the system of foreign investment of developed countries in emerging economies and developing countries. Therefore, Latin American countries have incorporated regulatory tools into their domestic legal systems which enable them not only to be in harmony with the provisions that regulate international markets, but also to provide legal guarantees for foreign investment. This prompted the preparation of this paper, which discusses the method adopted in some Latin American countries for resolving investment-related controversies with investors from foreign countries and the conduct of arbitration proceedings with the Center for Settlement of Investment-Related Differences (CIADI from its Spanish acronym).

**Key words:** Investment arbitration, International trade, legal safety

### Introducción

El fenómeno de la globalización produjo un afán, en los distintos países, por obtener un mayor grado de internacionalización y por fomentar una reducción de barreras al comercio. En este sentido, a finales del siglo XX se incrementaron los niveles de inversión extranjera a nivel mundial, generando la necesidad de adoptar determinada normatividad internacional con el fin de regular los diferentes tipos de negociación que surgieran entre los países. Asimismo, se promovió la ratificación de acuerdos y de convenios, tanto bilaterales como multilaterales y Tratados de Libre Comercio, para unificar las normas de comercio a nivel

internacional. Estos acuerdos buscaban mayor competitividad de los diferentes bienes y servicios en los mercados externos, estímulos al comercio exterior e incrementos de la inversión de capital extranjero en países en desarrollo.

La necesidad de atraer inversión extranjera, el riesgo que eso implicaba para la época y la obligación de garantizar seguridad a los inversionistas condujo a establecer una serie de normas sobre la expropiación, el nivel de tratamiento que los Estados deben a los inversionistas extranjeros, la jurisdicción y el procedimiento en caso de controversia y solución de conflictos. Es de aclarar que ninguna de estas normas tiene fuerza vinculante para los Estados, a menos que se adopten voluntariamente para solucionar controversias entre los países exportadores y receptores de inversión.

Con todo lo anterior, vale la pena mencionar que no existen normas de aceptación general en materia de inversión por lo que su codificación o unificación resulta realmente controversial. No obstante, se mantiene el interés de los inversores extranjeros por adoptar algún mecanismo alternativo a la justicia local, de orden internacional, con el fin de alcanzar un mayor grado de seguridad jurídica para sus inversiones.

### **Centro internacional de arreglo de diferencias relativas a inversiones (CIADI)**

En el año 1965 se creó el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) dentro del ámbito del Banco Mundial, con el fin de solucionar específicamente las controversias en materia de inversiones que se originaran entre gobiernos y nacionales de otros Estados. Este mecanismo contribuyó a la despolitización de controversias, mediante el establecimiento de una instancia absolutamente independiente e imparcial, puesto que uno de los mayores inconvenientes que enfrentaba un inversionista extranjero, en el Estado receptor, era la falta de imparcialidad de los tribunales que debían resolver disputas entre los inversionistas y los Estados anfitriones (Fernández, 2004 : 23).

### **Antecedentes**

En el siglo XIX, cuando un inversionista quería iniciar un reclamo contra un Estado por violaciones al derecho internacional consuetudinario, tenía que recurrir a las entidades de su gobierno para que este lo representara e hiciera la reclamación en su nombre. Esto generaba que problemas de orden privado se convirtieran en problemas de Estado. La primera solución a esta situación provino del jurista argentino Carlos Calvo, quien propuso que los extranjeros que invierten en un Estado o contratan una deuda con el mismo tenían los mismos derechos a recibir protección que un nacional de dicho Estado y no podían solicitar un nivel de protección más elevado, y que en caso de pérdidas

los extranjeros solo podrían accionar ante las cortes del país de donde se había realizado la inversión( Blackaby, 2005 : 286). Es así como los contratos celebrados entre los gobiernos de los países y los inversores privados extranjeros se fueron generalizando a lo largo del siglo XX.

Sin embargo, los conflictos se seguían resolviendo en los tribunales internos del país receptor de la inversión, el cual aplicaba su reglamentación interna para determinar los derechos y obligaciones derivadas del acuerdo de inversión o, en su defecto, el Estado del cual era parte el inversionista privado tenía la posibilidad de ejercer la protección diplomática y de acudir a una instancia internacional.

Por lo anterior y tras la búsqueda de otorgarle mejores condiciones a la inversión y conseguir una aceleración del crecimiento económico, el Banco Mundial pensó en crear un método para llevar a cabo un arreglo voluntario de las controversias a través de la conciliación y el arbitraje en donde ambas partes estarían en condiciones de igualdad durante los procedimientos, el cual quedaría limitado a las controversias jurídicas que surgieran en materia de inversiones entre un Estado contratante y un inversor privado nacional de otro Estado contratante. Lo anterior se llevó a cabo mediante la redacción del texto de la Convención, el cual fue ratificado por diferentes Estados, entrando en vigor el 14 de octubre de 1966. El Convenio operó por primera vez en el año 1990, registrando en el año 1998 solo 8 casos (Blackaby, 2005 : 288).

Esta baja utilización del Centro se debía a la renuencia de los inversores a ser los pioneros en probar el funcionamiento de la institución y, esencialmente, por la aplicación del principio de soberanía estatal, el cual les generaba menor incertidumbre. Ahora bien, gracias a la liberalización del comercio exterior y a la promoción de las inversiones extranjeras, en el año 2002 el Convenio había sido ratificado por 134 países y se habían registrado 113 nuevos casos;<sup>1</sup> en la actualidad tiene 155 Estados signatarios, de los cuales 143 Estados han depositado sus instrumentos de ratificación, aceptación o aprobación de la Convención.<sup>2</sup>

---

1 De los 113 casos registrados en el año 2002, 30 fueron de inversionistas extranjeros en contra de países latinoamericanos; con una sola excepción, todos se originaron en un APPI. Ahora, Argentina fue el país con el mayor número de casos, seguido por México regido por el Reglamento del Mecanismo Complementario y el capítulo XI del TLC de América del Norte (Biggs, 2003).

2 Afganistán, Albania, Alemania, Arabia Saudita, Argelia, Argentina, Armenia, Australia, Austria, Azerbaiyán, Bahamas, Bahrein, Bangladesh, Barbados, Belarús, Bélgica, Benin, Bolivia, Bosnia y Herzegovina, Botswana, Brunei Darussalam, Bulgaria, Burkina Faso, Burundi, Camerún, Camboya, Chad, Chile, China, Chipre, Colombia, Comoras, Congo, República del Congo, República Democrática de Corea, República de Costa Rica, Côte d'Ivoire, Croacia, Dinamarca, Ecuador, Egipto, República Árabe de El Salvador, Emiratos Árabes Unidos, Eslovenia, España, Estados Unidos, Estonia, Ex República Yugoslava de Macedonia, Fiji, Filipinas, Finlandia, Francia, Gabón, Gambia, Georgia, Ghana, Granada, Grecia, Guatemala, Guinea, Guyana, Honduras, Hungría, Indonesia, Irlanda, Islandia, Islas Salomón, Israel, Italia, Jamaica, Japón, Jordania, Kazajstán, Kenya, Kuwait, Lesotho, Letonia, Líbano, Liberia, Lituania, Luxemburgo, Madagascar, Malasia, Malawi, Malí, Malta, Marruecos, Mauricio, Mauritania, Micronesia, Estados Federados de Mongolia,

De esta manera se promovió la creación del CIADI como un centro independiente donde los inversionistas pudieran directamente conciliar o someter sus diferencias, con los países receptores de la inversión, a la decisión de árbitros de distintas nacionalidades que analizaran los problemas presentados de manera imparcial en cada caso. Lo anterior con el fin de asegurar un mínimo de igualdad entre las relaciones que surgiesen por vía de las inversiones extranjeras entre los Estados e inversionistas extranjeros.<sup>3</sup>

### El CIADI en la actualidad

Teniendo en cuenta el Informe Anual CIADI 08,<sup>4</sup> correspondiente al ejercicio fiscal comprendido entre el 1 de julio de 2007 y el 30 de junio de 2008, se puede establecer que, en primer lugar, para este periodo, el número de casos CIADI pendientes aumentó en un 12% alcanzando 145 casos, el mayor número administrado por el Centro en un año. Asimismo, se registraron 31 nuevas solicitudes de arbitraje y una nueva solicitud de conciliación, elevando a 268 el número total de casos registrados desde la creación del CIADI. Con excepción de 2, todos los 32 nuevos casos de arbitraje y conciliación fueron procedimientos bajo el Convenio del CIADI. Los otros dos nuevos casos de arbitraje fueron iniciados bajo el Reglamento del Mecanismo Complementario del CIADI.

Se debe resaltar además que tres tratados multilaterales, el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), el Tratado de Libre Comercio entre República Dominicana, Centroamérica y Estados Unidos (DR-CAFTA) y el Tratado sobre la Carta de la Energía (ETC), constituyeron las bases jurisdiccionales para cinco de los nuevos casos. Los casos restantes fueron iniciados de acuerdo a los tratados bilaterales de inversiones.

En el periodo mencionado, fueron concluidos 28 procedimientos y se dictaron 17 laudos arbitrales. En 9 de ellos se dio lugar, en todo o en parte, a las reclamaciones estipuladas por la parte demandante, en 6 se rechazaron totalmente las reclamaciones sobre el fondo de la diferencia o sobre jurisdicción, y en 2 se incorporaron los acuerdos de avenimiento de las partes. Asimismo, se concluyeron dos procedimientos de anulación y 3 de rectificación, emitiéndose las decisiones de los respectivos comités *ad hoc*.

Mozambique, Nepal, Nicaragua, Níger, Nigeria, Noruega, Nueva Zelandia, Omán, Países Bajos, Pakistán, Panamá, Papua Nueva Guinea, Paraguay, Perú, Portugal, Reino Unido, República Árabe de Siria, República Centroafricana, República Checa, República Eslovaca, República Unida de Tanzania, República de Yemen, Rumania, Rwanda, San Vicente y las Granadinas, Saint Kitts y Nevis, Samoa, Santa Lucía, Senegal, Seychelles, Sierra Leona, Singapur, Somalia, Sri Lanka, Sudán, Suecia, Suiza, Swazilandia, Timor-Leste, Togo, Tonga, Trinidad y Tobago, Túnez, Turkmenistán, Turquía, Ucrania, Uganda, Uruguay, Uzbekistán, Venezuela, Zambia, Zimbab.

3 Disponible en: <http://icsid.worldbank.org/ICSID/Index.jsp>

4 Informe anual Ciadi 2008. Disponible en internet en: [http://icsid.worldbank.org/ICSID/Servlet?requestType=ICSIDPublicationsRH&actionVal=ViewAnnualReports&year=2008\\_Spa](http://icsid.worldbank.org/ICSID/Servlet?requestType=ICSIDPublicationsRH&actionVal=ViewAnnualReports&year=2008_Spa)

El Informe a su vez resalta que durante los últimos años, el mayor número de casos guardó relación con la región de América Latina y el Caribe, estadística que se mantiene para el 2008, teniendo en cuenta que en el 49% de los casos fueron parte Estados de esta región. Por su parte, en el 24% de los casos se involucran los países de Europa Oriental y Asia Central. El 27% restante involucra a países de Asia del Sur y Oriental, Oriente Medio y África del Norte, África Sub-Sahariana y América del Norte.

Las diferencias ante el Centro estuvieron relacionadas con diversos sectores de la economía, siendo los sectores de energía y de servicios públicos los más representados. Según el Informe, del total, el 21% de los casos pendientes se refirieron a diferencias en materia petrolera, de gas y minería, el 14% se refirió a diferencias relacionadas con generación de energía y electricidad, y el 14% con telecomunicaciones o diferencias sobre aguas y alcantarillados.

Finalmente, cabe resaltar la renuncia por parte de la República de Bolivia del Convenio del CIADI, la cual se registra como el primer retiro como miembro del CIADI realizado por un Estado Contratante.

### La jurisdicción del centro

La jurisdicción del Centro se puede entender como *la capacidad para juzgar que tiene un determinado órgano* (Fernández, 2004 : 52). Esta jurisdicción puede apreciarse en el aspecto objetivo y en el aspecto subjetivo, los cuales se encuentran regulados por el artículo 25 de la Convención.

La jurisdicción objetiva indica que la diferencia ha de ser de naturaleza jurídica y ha de surgir directamente de una inversión entre un Estado Contratante y el nacional de otro Estado Contratante. Con la expresión “*naturaleza jurídica*” se restringió el ámbito de aplicación de la Convención y se excluyeron las controversias de naturaleza política, ética o comercial, para que los tribunales arbitrales solo trataran las diferencias relacionadas con un derecho o una obligación jurídica. Ahora, la *diferencia de naturaleza jurídica*, aunque no se encuentre una definición dentro del texto, comprende tal como se ha señalado en el Informe de los Directores Ejecutivos, los conflictos de derechos o la naturaleza y el alcance de la reparación a que de lugar la violación a una obligación de orden legal, pero no comprende los simples conflictos de intereses (Fernández, 2004 : 52).

Finalmente, para aclarar el alcance de *diferencias de naturaleza jurídica relativas a una inversión*, solo bastará con definir el significado de inversión para el Centro. Al respecto, no existe ninguna definición del término en el texto convencional puesto que se argumentó que la adopción de una definición podría limitar la jurisdicción del Centro. El Informe de los Directores de Ejecutivos ha señalado que:

[...] no se ha intentado definir el término de inversión teniendo en cuenta el requisito esencial de consentimiento de las partes y el

mecanismo mediante el cual los Estados contratantes pueden dar a conocer de antemano, si así lo desean, las clases de diferencias que ellos estarán o no dispuestos a someter a la jurisdicción del Centro (Fernández, 2004 : 61).

Teniendo en cuenta lo anterior, son las partes quienes deciden el tipo de inversión que desean someter al Centro, siempre y cuando cumpla con el art. 25 de la Convención y se subsuma dentro de la definición de inversión prevista en la ley o en los Tratados de Protección de Inversiones.

No obstante, para determinar el vínculo directo entre la controversia y la inversión, el Tribunal deberá conocer todas las transacciones que formen parte de la operación de inversión en su conjunto, independientemente de que las partes en alguno de los contratos de ejecución de la operación hayan podido someterse a un foro diferente al CIADI, lo cual amplía la jurisdicción objetiva del Centro (Fernández, 2004 : 72).

Por su parte, la jurisdicción subjetiva hace referencia a la naturaleza de las partes intervinientes, es decir, relaciona los sujetos que participan de la controversia. Tal como lo establece el Convenio, una de las partes en el procedimiento debe ser un Estado contratante, o una subdivisión política u organismo público, actuando con la aprobación del Estado, y la otra parte debe ser un nacional de otro Estado contratante. Teniendo en cuenta lo anterior, se excluyen las controversias interestatales, que se resolverán mediante otras normas de derecho internacional y las que surjan entre partes privadas que se resolverán mediante los tribunales nacionales o por arbitraje comercial.

Como consecuencia de lo anterior, es necesario mencionar las condiciones que deberán tenerse en cuenta para que una entidad estatal pueda ser parte en un procedimiento ante el CIADI. En primer lugar, un Estado se convierte en Estado contratante a los 30 días de haber depositado su instrumento de ratificación, aceptación o aprobación del texto convencional. En caso de que el acuerdo haya sido celebrado por una subdivisión política o territorial se requiere que previamente haya sido designada por el Estado receptor, dándole la legitimación y acreditación para ser parte dentro del procedimiento.

Otra de las partes en el procedimiento es el inversor extranjero, quien deberá ser nacional de otro Estado contratante. El inversionista podrá ser una persona física o una persona jurídica. En lo relacionado con las personas físicas, deberán ser nacionales de un Estado contratante distinto del país parte en la diferencia y no debe poseer la nacionalidad del Estado parte en la diferencia.<sup>5</sup> En cuanto

5 En la R. I 2.1 d) se estipula que en la solicitud ha de indicarse respecto de la parte que es nacional de un Estado contratante su nacionalidad a la fecha del otorgamiento del consentimiento, la nacionalidad al momento de presentar la solicitud y que no tenía la nacionalidad del Estado Contratante que es parte en la diferencia ni en la fecha de otorgamiento ni en la de presentación de la solicitud.

a las personas jurídicas, se requiere que sean nacionales de un Estado Contratante distinto del Estado parte en la diferencia, pero existe una excepción, según la cual las personas jurídicas podrán ser parte en el procedimiento siendo nacionales del Estado parte en la diferencia, siempre y cuando estén sometidas a control extranjero. Ahora, dado el caso en que una persona tuviera doble nacionalidad, y alguna coincide con el país parte en la diferencia, se convierte en un impedimento para acudir ante el Centro.

### Competencia del tribunal arbitral

Las cuestiones respecto de este tema se presentan en tres etapas del procedimiento (Fernández, 2004). En primer lugar, ante la Secretaría General en la medida en que una vez recibida la solicitud, examinará si la diferencia está dentro de la jurisdicción del Centro e igualmente si está bajo la competencia del Tribunal. En caso contrario, se notificará inmediatamente a las partes la denegación de la solicitud de arbitraje.

Luego, en caso de que se efectúe el registro de la solicitud por parte de la Secretaría, la cuestión podrá ser decidida por el Tribunal tal como se establece en el artículo 41 de la Convención, según el cual “el Tribunal resolverá sobre su propia competencia”. La solicitud se podrá presentar de oficio<sup>6</sup> o a instancia de parte<sup>7</sup> mediante las excepciones a la jurisdicción, las cuales deberán ser presentadas antes del vencimiento del plazo fijado para la presentación del memorial de contestación. Finalmente, el Tribunal tendrá la opción de suspender el procedimiento sobre el fondo del asunto para resolver la excepción a la jurisdicción como cuestión previa, o podrá decidir sobre la objeción conjuntamente con el fondo de la cuestión.

Por último, se podrá decidir sobre la competencia del Tribunal, una vez emitido el laudo, el cual podrá ser objeto del recurso de anulación, teniendo en cuenta las causales taxativamente establecidas.

### Derecho aplicable

Generalmente, la elección del derecho aplicable (Fernández, 2004 : 255) se realiza en el momento en el cual se celebra un acuerdo de inversión mediante la *cláusula de elección del derecho*. Sin embargo, existen casos en los que la competencia del Tribunal se fundamenta en la oferta realizada por un Estado, en su legislación interna o en un tratado de inversión que, por lo general, contienen una cláusula sobre el derecho aplicable, por lo que será en el momento de la

6 Regla 41-2 de las Reglas de Arbitraje: El Tribunal podrá considerar de oficio en cualquier estado del procedimiento, si la diferencia que se le ha sometido cae dentro de la jurisdicción del Centro y es de su propia competencia.

7 Regla 41 de las Reglas de Arbitraje

aceptación del inversor de la oferta realizada por el Estado receptor cuando se realizará la elección del derecho por las partes.

Ahora, es posible que se pacte el derecho aplicable con posterioridad a la celebración del acuerdo de inversión o inclusive durante el desarrollo del procedimiento ante el Tribunal arbitral. Lo anterior se conoce como la elección expresa por las partes del derecho aplicable. No obstante, la elección de las partes también podría ser implícita en la medida en que hayan realizado una acción positiva para justificar la presunción de la elección del derecho, principalmente cuando hacen referencia en sus fundamentaciones a un ordenamiento jurídico determinado.

El problema del derecho aplicable surge a raíz de que, al no haberlo acordado las partes, el tribunal debe acudir a la norma supletoria contenida en el artículo 42 del Convenio. La norma supletoria señala que, a falta del acuerdo, el tribunal aplicará la legislación del Estado que es parte en la controversia, incluyendo sus normas de derecho internacional privado, y aquellas normas de derecho internacional que pudieren ser aplicables. Las preguntas que surgen son: *¿cuál derecho debe aplicar el tribunal? ¿Existe una prelación de fuentes? ¿Solamente se aplica la legislación del Estado que es parte en la controversia? ¿Únicamente se aplican las normas de derecho internacional? ¿Pueden aplicarse ambas clases de normas?* La tendencia de los demandantes sobre el particular es a que el derecho aplicable sea el tratado, como *lex specialis*,<sup>8</sup> complementada por el derecho internacional consuetudinario. Por el contrario, la actitud lógica de los demandados es la de insistir en que en primer lugar debe aplicarse el derecho interno.<sup>9</sup>

## Procedimiento arbitral

Las normas a través de las cuales se regula el procedimiento arbitral ante el Centro están contenidas principalmente en el Convenio, las Reglas de Iniciación<sup>10</sup>, las Reglas de Conciliación,<sup>11</sup> las Reglas de Arbitraje<sup>12</sup> y el Reglamento del

8 Caso N° Arb/01/8 CMS Gas Transmission Company v. La República Argentina, párrafo 109 CMS y Caso N° Arb/02/1 LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. Y Lg&E International Inc. V. La República Argentina párrafo 80 y Caso Arb/87/3 Assian Agricultural Products Limitedes v. República Democrática Socialista de Sri Lanka.

9 Caso N° Arb/01/8 Cms Gas Transmission Company V. La República Argentina, Párrafo 112 Y Caso N° Arb/02/1 Lg&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. Y LG&E International Inc. V. La República Argentina Párrafo 81.

10 Las reglas procesales aplicables a la Iniciación de los procedimientos de Conciliación y Arbitraje del CIADI fueron adoptadas por el Consejo Administrativo del Centro de conformidad con lo dispuesto en el artículo 6(1)(b) del Convenio CIADI.

11 Las reglas procesales aplicables a los procedimientos de Conciliación del CIADI fueron adoptadas por el Consejo Administrativo del Centro de conformidad con lo dispuesto en el artículo 6(1)(c) del Convenio CIADI.

12 Las reglas procesales aplicables a los procedimientos de Arbitraje del CIADI fueron adoptadas por el Consejo Administrativo del Centro de conformidad con lo dispuesto en el artículo 6(1)



Mecanismo Complementario.<sup>13</sup> En cuanto a la organización administrativa del Centro y las funciones de sus miembros, se debe hacer referencia al Reglamento Administrativo y Financiero del mismo.<sup>14</sup>

El Convenio consta de un preámbulo y 10 capítulos que reúnen 75 artículos. En el capítulo I se establece lo relativo a la creación y organización del Centro (artículo 1 al 24). El capítulo II comprende lo relacionado con la Jurisdicción del Centro (artículos 25 al 27). El capítulo III sobre Conciliación indica lo relacionado con la solicitud, la constitución de la comisión y su procedimiento (artículos 28 al 34). El capítulo IV denominado El Arbitraje, regula la solicitud por las partes, la constitución del tribunal, sus funciones y facultades, el laudo y los recursos que proceden contra el mismo (artículos 36 al 50). El capítulo V regula lo relativo a la Sustitución y recusación de conciliadores y árbitros (artículos 56 al 58). El capítulo VI hace referencia a las Costas del procedimiento (artículos 59 al 61). El lugar del procedimiento se estipula según lo establecido en el capítulo VII (artículos 62 y 63). Las Diferencias entre Estados contratantes se regulan por el capítulo VIII en el artículo 64. El capítulo IX acerca de las Enmiendas (artículos 65 y 66). Y por último, el capítulo X es sobre las Disposiciones finales, en donde se determinan los aspectos relacionados con la aceptación, ratificación y aprobación del Convenio por parte de los Estados (artículos 67 al 75) (Galán, 2007 : 189).

En cuanto a las Reglas de Iniciación, se puede afirmar que constituyen las normas aplicables a la iniciación de los procedimientos tanto de arbitraje como de conciliación, en relación con la solicitud, el contenido de la misma, su registro y su respectiva notificación a las partes. Con base en lo anterior, estas reglas deberán aplicarse junto con el Convenio, esencialmente en la parte inicial del proceso. Es decir, solo se aplicarán al período que comienza con la presentación de una solicitud y termina con la presentación del acto de registro.

Por su parte, las Reglas de Conciliación regulan lo relativo al establecimiento de la Comisión de Conciliación, los nombramientos, aceptación de cargos, funcionamiento de la misma, procedimiento y conclusión del proceso conciliatorio. Por lo tanto, cubren el período que comienza con el envío de la notificación del acto de registro de una solicitud de conciliación y termina con la redacción del informe.

Las Reglas de Arbitraje contienen el procedimiento general de arbitraje desde el establecimiento del Tribunal hasta el laudo y los recursos que proceden. Estas

(c) del Convenio CIADI.

13 Los procedimientos bajo el mecanismo complementario no están contemplados por el Convenio del CIADI. Sin embargo, el Consejo Administrativo autorizó al secretario del CIADI a administrar esta cierta categoría de procedimientos entre Estados y nacionales de otros Estados que están fuera del ámbito de aplicación del Convenio. (art. 2 Mecanismo Complementario).

14 El Reglamento Administrativo y Financiero del CIADI fue adoptado por el Consejo Administrativo del Centro de conformidad con lo dispuesto en el artículo 6(1) (a) del Convenio.

reglas cubren el período que comienza con el envío de la notificación del acto de registro de una solicitud de arbitraje y termina con el dictamen del laudo, y el agotamiento de todos los recursos contra el laudo que estén contemplados por el Convenio.

Por último, el Mecanismo Complementario,<sup>15</sup> regula cierta categoría de procedimientos que están por fuera de aplicación del Convenio del CIADI, regulando las controversias relativas a inversiones en que una de las partes no es un Estado Contratante o un nacional de un Estado Contratante de la Convención. Estos procedimientos son los siguientes: Comprobación de hechos, conciliación o arbitraje para el arreglo de diferencias relativas a inversiones en donde una de las partes no sea un Estado contratante, para el arreglo de diferencias que no surjan directamente de una inversión con la condición de que la transacción no sea comercial ordinaria.

A continuación, se describirán cada una de las fases mediante las cuales se lleva a cabo el procedimiento arbitral para dirimir las controversias ante el Centro:<sup>16</sup>

a). *Solicitud de Arbitraje*:<sup>17</sup> el procedimiento arbitral inicia con la presentación de la solicitud de arbitraje presentada por el Estado contratante o por el nacional de un Estado contratante ante el Secretario General del Centro. Una vez registrada la solicitud por la Secretaría, se notificará inmediatamente a las partes el acto de registro y se procederá a constituir el Tribunal.

b). *Constitución del Tribunal*:<sup>18</sup> el Tribunal se compondrá de un árbitro único o de un número impar de árbitros nombrados, según lo acuerden las partes. En caso de que las partes no se pongan de acuerdo sobre el número de árbitros, el Tribunal se conformará por tres árbitros, uno nombrado por cada parte y el tercero designado por el Presidente del Consejo Administrativo del Centro, quien presidirá el Tribunal. Se entenderá que se ha constituido el Tribunal y que el procedimiento se ha iniciado, en la fecha en que la Secretaría notifique a las partes que todos los árbitros han aceptado su nombramiento. En cualquier momento, antes de que se constituya el Tribunal, cada parte podrá reemplazar a cualquier árbitro nombrado por ella. En cuanto a la recusación, podrá ser solicitada por cualquiera de las partes en caso de que el árbitro no cumpla con las cualidades exigidas por el Convenio.

c.) *Primera sesión*:<sup>19</sup> la primera sesión será celebrada por el Tribunal a más tardar 60 días después de constituirse, a menos que las partes acuerden otro

15 El Mecanismo complementario ha sido aplicado a Brasil, Canadá y México que no son miembros del CIADI (Biggs, 2003).

16 Regla 29 de las Reglas de Arbitraje.

17 Art. 36 del Convenio y reglas 1-9 de las Reglas de Iniciación.

18 Arts. 37, 38, 57 del Convenio y reglas 1-9 de las Reglas de Arbitraje.

19 Reglas 13, 20, 22 de las Reglas de Arbitraje.

plazo. En esta sesión se acuerdan ciertos aspectos de procedimiento relacionados con el número de miembros del Tribunal necesarios para constituir el quórum en sus reuniones, el idioma, el número y el orden de los escritos y los plazos dentro de los cuales se debe presentar, la manera en que se levantará acta de todas las audiencias.

d). *Audiencia Preliminar*:<sup>20</sup> se llevará a cabo por solicitud del Secretario General o a discreción del Presidente del Tribunal con el fin de intercambiar información y establecer los hechos no controvertidos para que el procedimiento pueda conducirse con mayor rapidez.

e). *Fase escrita*: memoriales,<sup>21</sup> los cuales comprenden las siguientes exposiciones:

- Memorial de la parte solicitante.
- Memorial de contestación de la otra parte.
- Réplica de la parte solicitante.
- Dúplica de la otra parte.

Los memoriales deberán contener una relación de los hechos pertinentes, una declaración del derecho aplicable y las peticiones. Los memoriales de contestación, la réplica o dúplica contendrán la aceptación o negación de los hechos declarados en el último escrito presentado, hechos adicionales, observaciones en cuanto al derecho aplicable y las peticiones.

f). *Fase oral*:<sup>22</sup> comprende las audiencias del Tribunal para oír a las partes, sus apoderados, consejeros y abogados y a los testigos y peritos.

g). *Ordenamiento de la prueba*:<sup>23</sup> el Tribunal decidirá sobre la admisibilidad de cualquier prueba y sobre su valor probatorio. Asimismo, tiene la facultad de requerirle a las partes que presenten documentos y visitar cualquier lugar relacionado con la diferencia o llevar a cabo indagaciones en él. Los testigos y peritos deberán ser interrogados por las partes ante el Tribunal, el cual podrá admitir la prueba proporcionada por los mismos en una deposición escrita. Otra facultad del Tribunal consiste en que una vez consultadas las partes, puede permitir a una persona o entidad que no sea parte en la diferencia efectuar una presentación escrita relativa a las cuestiones que son objeto de la misma.

h). *Cierre del Procedimiento*:<sup>24</sup> se declara cerrado el procedimiento cuando las partes terminan de hacer sus respectivas presentaciones. Excepcionalmente, el Tribunal podrá reabrirlo en caso de que se necesite obtener una nueva prueba que sea decisiva para dictar el laudo.

20 Regla 21 de las Reglas de Arbitraje.

21 Regla 31 de las Reglas de Arbitraje.

22 Regla 32 de las Reglas de Arbitraje.

23 Reglas 33, 34, 35, 36 y 37 de las Reglas de Arbitraje.

24 Art. 37 del Convenio.

i). *Procedimientos especiales*:<sup>25</sup> en cualquier etapa del procedimiento, las partes podrán solicitar la adopción de medidas provisionales. Asimismo, se podrá presentar una demanda accidental o adicional siempre y cuando se relacione directamente con la diferencia y esté dentro de la jurisdicción del Centro. En cuanto a las excepciones preliminares sobre jurisdicción o competencia, deberán interponerse lo antes posible ante la Secretaría General, antes del vencimiento del plazo de presentación del memorial de contestación.

j). *El laudo*:<sup>26</sup> deberá formularse y firmarse 120 días después del cierre del procedimiento, contando el Tribunal con la facultad de ampliar el plazo por 60 días más, en caso de ser necesario. Ahora, el laudo deberá contener: la identificación de las partes, la declaración del Tribunal de que se ha constituido conforme al Convenio, los nombres de los miembros del mismo, los nombres de los apoderados, consejeros y abogados de las partes, las fechas en que tuvieron lugar las reuniones del Tribunal, un resumen del procedimiento, un resumen de los hechos, las pretensiones de las partes, la decisión sobre cada cuestión que le haya sido sometida con sus respectivos fundamentos y la decisión sobre las costas procesales. Posteriormente, el laudo deberá ser notificado a las partes y será publicado con el consentimiento de las mismas. Dentro de los 45 días siguientes a la fecha en que se dicta el laudo, las partes podrán solicitar una decisión que lo suplemente o lo rectifique.

k). *Aclaración, Revisión y Anulación del laudo*:<sup>27</sup> este tipo de solicitudes deberán presentarse por escrito al Secretario General. En la solicitud de aclaración se deberán detallar los puntos precisos sobre los cuales se requiere interpretación. En la solicitud de revisión se deberán expresar los cambios que se pretenden del laudo y establecer el conocimiento de un hecho que afecta decisivamente la decisión adoptada por el Tribunal. Por su parte, la solicitud de anulación se limitará a las siguientes causales:

- Que el Tribunal no estuvo debidamente constituido.
- Que el Tribunal ha excedido manifiestamente sus atribuciones.
- Que hubo corrupción por algún miembro del Tribunal.
- Que hubo violación seria de una regla fundamental de procedimiento.
- Que el laudo no ha dejado constancia de las razones en que se funda.

En consecuencia, una vez registrada la solicitud de aclaración o complementación, el Secretario General notificará al Tribunal para que este manifieste su voluntad acerca de la solicitud. Respecto del registro de la solicitud de anulación, el Secretario General le solicitará al Presidente del Consejo Administrativo que nombre un comité *ad hoc* para resolver la solicitud.

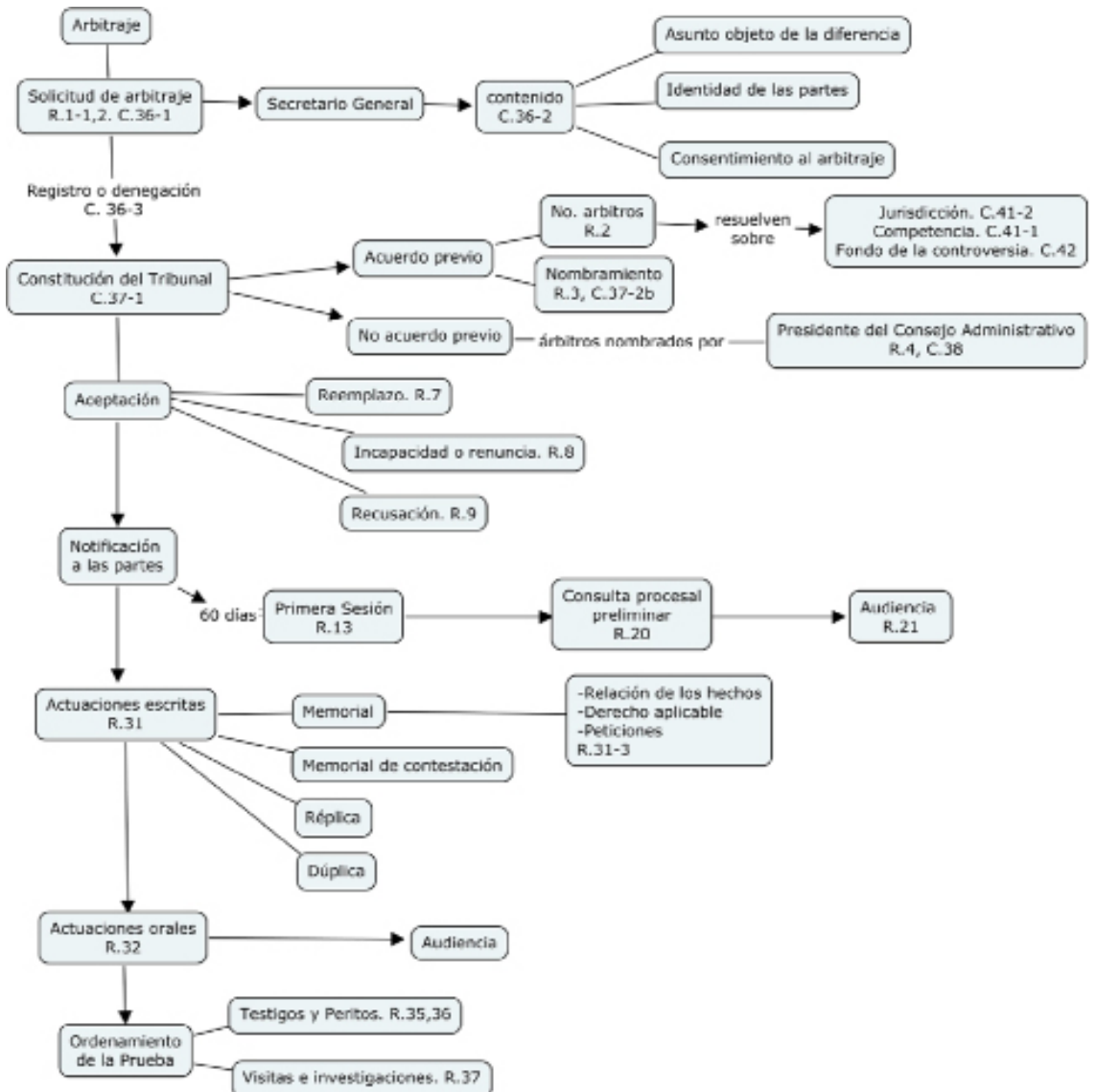
25 Reglas 39, 40 y 41 de las Reglas de Arbitraje

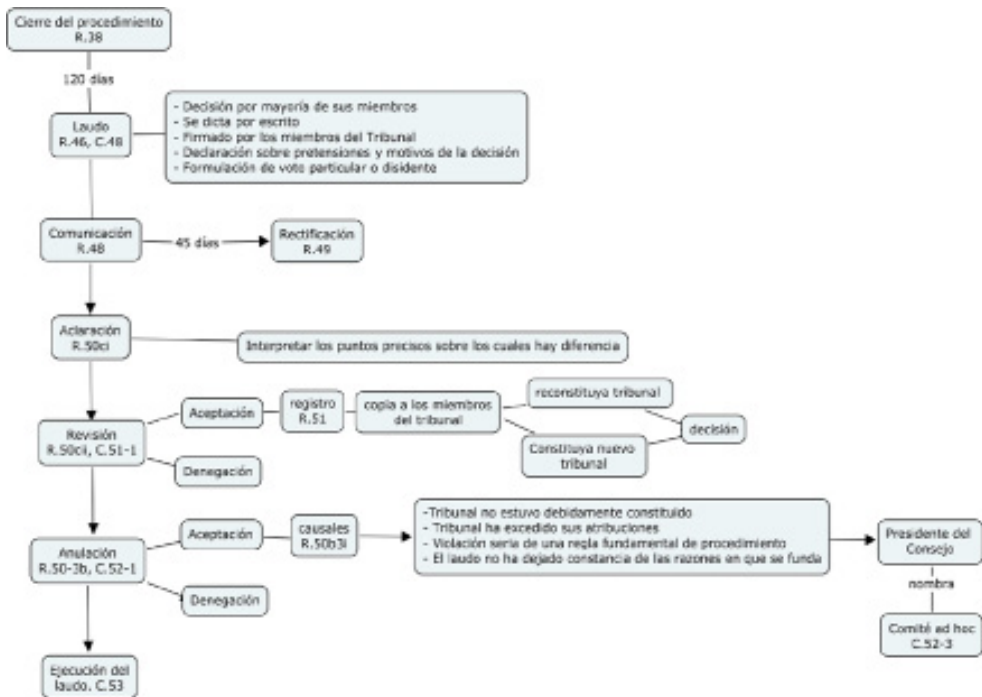
26 Artículos 46, 47, 48 y 49 del Convenio.

27 Arts. 51 y 52 del Convenio y reglas 51 y 52 de las Reglas de Arbitraje.

l). *Reconocimiento y Ejecución del laudo*:<sup>28</sup> el laudo será obligatorio para las partes y no puede ser objeto de apelación ni de otro recurso, excepto de aquellos permitidos por el Convenio. Las partes deberán acatarlo y cumplirlo en todos sus términos, salvo en la medida en que se suspenda su ejecución.

Una vez revisado el procedimiento arbitral ante el Centro, se presenta a continuación un esquema gráfico del mismo en donde se incluyen tanto las reglas del Convenio (C) como las reglas de Arbitraje (R):





## Aplicaciones

### *CMS vs. La República de Argentina*<sup>29</sup>

En el año 1989 Argentina inició una serie de reformas económicas que incluyeron la privatización de ciertos sectores, dentro de los cuales se encontraba el transporte de gas. Por tal motivo, Gas del Estado, una entidad de propiedad estatal, fue dividido en dos compañías de transporte y ocho compañías de distribución. Transportadora de Gas del Norte (TGN) fue una de las compañías creadas para el transporte de gas, de la cual CMS adquirió el 29.42% del capital accionario de en 1995. Las normas legales y reglamentarias aprobadas determinaron un régimen jurídico en virtud del cual las tarifas del gas debían calcularse en dólares, realizándose la conversión a pesos a la fecha de facturación teniendo en cuenta la denominada “Ley de Convertibilidad”.<sup>30</sup> Asimismo, se estipuló que las tarifas debían reajustarse cada seis meses en función del índice

29 CMS Gas Transmission Company (demandante) y la República de Argentina (demandado). CIADI, Caso N. ARB/01/8.

30 El 1 de abril de 1991 el tipo de cambio en Argentina equivalía a un dólar por cada 10.000 australes. En ese entonces se permitió la libre convertibilidad de cada austral a dólar a la cotización establecida, al aprobarse la Ley 23.928 del mismo año, implementando de esta forma un tipo de cambio fijo entre el peso argentino y el dólar estadounidense.

de precios al productor de los Estados Unidos (IPP), estableciendo de esta manera las garantías que constituyeron las condiciones esenciales de la inversión por parte de CMS.

En el año 1999, el Gobierno argentino convocó a una reunión con representantes de las compañías del gas para analizar una suspensión temporal del ajuste de las tarifas de gas basado en el IPP de los Estados Unidos, teniendo en cuenta la grave crisis económica que vivía el país durante la época.<sup>31</sup> Las compañías convinieron en una suspensión temporal que difirió el ajuste debido por un período de seis meses. Sin embargo, el acuerdo no fue cumplido por parte del Gobierno, y no se reajustaron nuevamente las tarifas. Esto conllevó una reunión adicional, en donde se realizó otro acuerdo por el que se congelaron por dos años más los ajustes de tarifas basados en el IPP de los Estados Unidos. El nuevo acuerdo no se cumplió puesto que, al vencimiento del término, no se llevó a cabo ningún ajuste.

Posteriormente, surgió la denominada “Ley de Emergencia” mediante la cual se abolió el sistema de convertibilidad previsto en 1991, que había establecido la paridad entre el peso y el dólar y bajo la cual se había llevado a cabo la inversión. Con la adopción de esta ley, se suprimió el derecho de los titulares de licencias de servicios públicos de reajustar las tarifas en función del IPP de los Estados Unidos, así como el sistema de cálculo de las tarifas en dólares, por lo que CMS se vio gravemente afectado.

Después de los múltiples intentos por darle una solución eficaz al problema en cuestión, CMS decidió presentar una solicitud ante el CIADI con el fin de que fuera un tribunal totalmente imparcial quien determinara la indemnización respectiva debido al incumplimiento del tratado bajo el cual se celebró la inversión.

Teniendo en cuenta que ni las partes ni el tratado habían convenido el derecho aplicable para la resolución de controversias, el Tribunal, basándose en el art. 42 del Convenio, estableció que se debía aplicar la legislación del Estado que sea parte en la diferencia, es decir, la legislación de la República de Argentina, incluyendo sus normas de derecho internacional privado y aquellas normas de derecho internacional que pudieran ser aplicables. Esta amplitud normativa indica un enfoque pragmático por parte del Tribunal en la medida en que no se trata de que una fuente prevalezca sobre otra, como pretendía la demandada

31 En 1999, el gobierno de Fernando de la Rúa vivía una época de recesión, en parte favorecida por la Ley de Convertibilidad, vigente desde 1991, que fijaba la paridad del peso argentino y el dólar estadounidense. Si bien dicha política económica había resultado efectiva durante los primeros años del gobierno de Carlos Menem, a partir de 1997 comenzó a demostrar sus falencias. Para mantenerla, se necesitaba el ingreso de divisas. En un principio, éste estaba dado por los ingresos a partir de las privatizaciones de empresas estatales. No obstante, cuando ya no ingresó el dinero suficiente al país, éste empezó a endeudarse para mantener dicha ley, hasta llegar al punto de volverse prácticamente insostenible.

frente al derecho interno, sino de vincularlas como “normas inseparables”, por lo cual decidió aplicarlas conjuntamente al resolver el caso. Es de esta manera como el Tribunal aplica la Constitución, el Código Civil argentino, la legislación y los reglamentos referentes al gas, la Ley de Emergencia, la Ley de Convertibilidad, además del Tratado y el derecho internacional consuetudinario para llegar a las conclusiones pertinentes.

En materia de jurisdicción, el Tribunal estableció que si bien no compete a su estudio la adopción de las medidas de carácter económico general de Argentina, tal como la ley de Convertibilidad o la ley de Emergencia, sí puede examinar las medidas específicas que afectan la inversión de CMS y las medidas de política económica que tienen una relación directa con la inversión. Lo anterior, teniendo en cuenta que dichas medidas han sido adoptadas en contravención con los compromisos jurídicamente obligatorios adquiridos con el inversionista mediante los tratados, la legislación y los contratos celebrados.

#### *AUCOVEN vs. República de Venezuela*

En abril de 1994 en Venezuela se dictó el Decreto Ley 138 sobre “Concesiones de Obras Públicas y Servicios Nacionales”. Este decreto instituyó el marco jurídico para la adjudicación de concesiones de obras y servicios públicos a compañías privadas. Su objeto fue permitir que Venezuela pudiera ejecutar obras y prestar servicios sin tener que acudir a financiación pública, tratando de atraer la colaboración de los licitantes privados e instituciones financieras de préstamo para la construcción y el mantenimiento de obras públicas.

El principal objeto de la concesión era la construcción de un viaducto alterno sobre la autopista en donde la principal fuente de ingresos para el concesionario provendría del cobro de las tarifas de peaje en la autopista durante el plazo de vigencia de treinta años de la concesión. En el contrato celebrado con AUCOVEN, se pactó que la obligación por parte de esta sociedad era la construcción de un nuevo viaducto. Por su parte, Venezuela debía conceder el derecho exclusivo de cobrar el peaje a AUCOVEN, el cual se iría aumentando progresivamente cada año. Asimismo, debía compensar a AUCOVEN en caso de que sus ingresos por concepto de cobro de tarifas de peaje fueran inferiores al mínimo estipulado, manteniendo de esta forma el equilibrio financiero.

Este acuerdo no fue cumplido por Venezuela puesto que no se permitió el incremento en el cobro de los peajes, dadas las fuertes protestas de ciertas empresas de camiones que comúnmente transitaban por dicha autopista. Dado que no se logro ningún acuerdo entre las partes, AUCOVEN presentó una solicitud de arbitraje ante el CIADI.

En materia de derecho aplicable frente a la controversia en cuestión, se presentaron contradicciones entre las partes. Por un lado, Venezuela afirmaba que existía un consentimiento de que se aplicara el derecho venezolano para re-



solventar cualquier diferencia que surgiera en torno a la interpretación o aplicación de los términos y condiciones del Contrato de Concesión. Pero por otro lado, AUCOVEN aseguraba que no se acordó que la legislación venezolana fuera el único derecho aplicable. El tribunal resuelve esta cuestión estableciendo que tal como lo menciona el contrato de Concesión, la controversia surgida entre las partes se regirá por los Decretos 138 y 502 expedidos por la República de Venezuela. Sin embargo, esta referencia específica no necesariamente implica una elección general del derecho aplicable, lo que abriría la posibilidad de aplicar el derecho internacional consuetudinario.

En este caso particular, el Tribunal establece que se debe aplicar la normatividad del Estado que sea parte en la diferencia y que el derecho internacional puede llenar lagunas cuando el derecho nacional carece de reglas respecto a ciertos temas, cumpliendo así una función complementaria. Por lo que el Tribunal en últimas resuelve aplicar la reglamentación interna venezolana y en aquellas cuestiones no contenidas en dichos decretos aplicar la normatividad internacional.

#### *Lucchetti vs. República de Perú*

Lucchetti, S.A. es una compañía constituida conforme a la legislación de Chile y de Perú. La controversia se refería a una fábrica de pastas en la Municipalidad de Lima. La demandante sostenía que todas las autorizaciones y permisos administrativos y municipales necesarios para la construcción de la planta industrial los obtuvieron conforme a las leyes, reglamentos y prácticas habituales en el Perú. No obstante, al final de 1997 y a principios de 1998 la Municipalidad Metropolitana de Lima anuló los permisos otorgados para la construcción de la planta invocando problemas ambientales y supuestos vicios de los actos de otorgamiento de los permisos. Todos los actos de anulación de los permisos, y sus fundamentos, fueron, sin excepción, impugnados judicialmente en el Perú. Las actuaciones judiciales concluyeron con pronunciamientos favorables a la compañía Lucchetti S.A.

La planta fue entonces construida cerca de un humedal protegido denominado Pantanos de Villa, presentando oportunamente los estudios de impacto ambiental, asumiendo la obligación de cumplir diversos requisitos ambientales y de ser controlada periódicamente en materia ambiental. En su totalidad la planta gozaba de certificación internacional ISO 14.001, que pocas fábricas habían obtenido en el Perú. Por consiguiente, después de haber adquirido su licencia operacional, en el año de 1999, Lucchetti S.A continuó con el desarrollo sus actividades sin obstáculos legales, hasta la revocación de su licencia, en agosto de 2001.

A partir de este año, El Concejo de la Municipalidad de Lima promulgó los Acuerdos de Concejo No. 258 y No. 259 el 16 de agosto de 2001, declarando

el Estado de necesidad pública la preservación, mantenimiento y defensa de la Reserva Ecológica de los Pantanos de Villa. Lucchetti S.A sostuvo que dicho acuerdo era inconstitucional e ilegal, conforme al derecho interno peruano y al derecho internacional, representando una clara amenaza para los derechos del inversionista, razón por la cual envió la solicitud de arbitraje al CIADI.

Por su parte, la demandada, es decir la República del Perú presentó una excepción con respecto a la jurisdicción del Tribunal señalando la “Incompetencia *ratione temporis*”, en la medida en que la solicitud de arbitraje se refiere a una controversia continua iniciada en 1997, y por lo tanto no comprendida en el ámbito de aplicación del Convenio Bilateral entre el Perú y Chile. La demandante manifestó que la controversia se planteó como consecuencia de la promulgación de los Acuerdos de Concejo No. 258 y No. 259, posteriores a la entrada en vigencia del Convenio Bilateral. La Demandada sostiene que las Demandantes comenzaron la construcción de su planta sin obtener los actos de aprobación necesarios sobre habilitación urbana y requisitos ambientales, y que su actitud, a lo largo de todo el proceso de construcción, consistió en construir rápidamente su planta, sin tener en cuenta las leyes y reglamentos peruanos, presionando a las autoridades municipales para que aprobaran el proyecto y otorgaran los permisos necesarios. Las Demandantes manifiestan haber cumplido las leyes y reglamentos del Perú, haber cooperado con las autoridades y haber cumplido criterios más severos que los obligatorios.

Conforme al Artículo 2 del Convenio Bilateral celebrado entre Chile y Perú, cabe advertir que este se aplica a inversiones realizadas antes o después de la entrada en vigencia del Convenio. Este, sin embargo, establece que no se aplica a diferencias o controversias surgidas antes de su entrada en vigencia. Por lo tanto, el Tribunal debía establecer cuándo se planteó la presente controversia, pues si esa fecha precede a la de entrada en vigencia del Convenio Bilateral el Tribunal carece de competencia para entender en la controversia. Será competente si se concluye que la controversia se planteó después de la entrada en vigencia del Convenio Bilateral.

Según lo establecido por la demandada, el Tribunal carece de competencia para conocer de la controversia porque esta estaba plenamente materializada antes de que entrara en vigencia el Convenio Bilateral, y si bien prosiguió después de esa fecha, es decir, los hechos posteriores no generaron una nueva controversia, sino la continuación de la controversia anterior. Por esto, el Artículo 2 del Convenio Bilateral impide al Tribunal conocer de esta reclamación.

Si embargo, la demandante asegura que existieron dos controversias. La primera que se resolvió definitivamente en 1998 en virtud de las sentencias dictadas a su favor por los tribunales peruanos. La segunda, surgida en el año 2001, después de la entrada en vigencia del Convenio Bilateral en el año 2000, la cual se generó por la expedición de los Acuerdos de Concejo No. 258 y No.

259, que determinaron la cancelación de la licencia de producción de Lucchetti S.A y la orden de remoción de su planta.

Finalmente, el Tribunal consideró que, en primer lugar, existe una controversia cuando “las partes mantienen reclamaciones de derecho o de hecho contrapuestas referentes a sus respectivos derechos u obligaciones”, o cuando “la reclamación de una parte se opone positivamente a la de la otra”. Es evidente, en el caso particular, que en 1998 se había planteado una controversia entre Lucchetti S.A y las autoridades municipales de Lima. No obstante, las partes discrepan acerca de si las sentencias dictadas por los tribunales peruanos en favor de Lucchetti S.A pusieron fin a la controversia anterior, o si esta continuó y llegó a su fin en 2001 con la adopción de los Acuerdos de Concejo No. 258 y No. 259, para determinar si la controversia que se trata constituye o no una nueva controversia. En este punto, el Tribunal ha establecido que el factor clave para determinar la existencia de una o de dos controversias independientes es la identidad de objeto de las mismas.

El Tribunal considera que independientemente de que la atención deba centrarse en las “causas reales” de la controversia o en el “objeto” de la misma, habrá que determinar en cada caso si los hechos o consideraciones que hayan dado lugar a la controversia anterior han seguido ocupando una posición central en la controversia posterior, lo cual evidentemente se encuentra demostrado en la medida en que la diferencia radica en el impedimento para Lucchetti S.A de continuar con el objeto social de su compañía en cuanto a que deberá prevalecer la preservación, mantenimiento y defensa de la Reserva en mención, la cual se encuentra ubicada justamente al lado de donde fue construida la compañía.

Por otra parte, la empresa no podría aducir que realizó su inversión basándose en el Convenio Bilateral, dado que este entró en vigencia años después que hubiera adquirido el sitio, construido la fábrica y alcanzado su segundo año de funcionamiento pleno, por lo cual no cabe concebir que su decisión de invertir se basara en la existencia de dicho instrumento internacional.

Teniendo en cuenta lo anterior, la única cuestión que abordó el Tribunal consistió en establecer si la reclamación planteada por Lucchetti está abarcada por el consentimiento del Perú a una jurisdicción internacional enmarcada en el Convenio Bilateral, lo que Lucchetti no probó al Tribunal, teniendo en cuenta que la negociación se realizó antes de pactarse el tratado. En consecuencia, la empresa se encuentra en la misma situación en que estaría si no se hubiera sancionado el Convenio Bilateral. Por lo tanto, sus alegaciones sobre el fondo del asunto permanecen como estaban por lo que deben plantearse, negociarse o resolverse del modo y ante las instancias que puedan estar a disposición de la compañía y que se hayan pactado previamente entre las partes. En virtud de lo anterior, el Tribunal se declaró incompetente para conocer sobre el fondo de la controversia.

## Conclusiones

En materia de Inversión extranjera, los problemas y situaciones que emanan de la relación entre el Inversionista y el País receptor de la inversión trascienden las fronteras del país anfitrión de dicha inversión y los límites de los ordenamientos jurídicos internos, razón que impulsa a la suscripción de cláusulas compromisorias a nivel contractual o a la suscripción y ratificación de tratados internacionales de comercio que contemplen en su estructura la posibilidad de acudir a un foro internacional de resolución de controversias que puede de alguna manera codificar reglas uniformes aplicables frente a la solución de disputas entre inversionistas y países receptores de la inversión.

Los países están en la búsqueda de inversión extranjera directa que les permita impulsar su proceso de desarrollo. En consecuencia, han manifestado un vivo interés en la promoción y protección de tales inversiones a través de instrumentos de carácter nacional e internacional. Parte de esos esfuerzos corresponden a la adopción de tratados bilaterales para la promoción y protección de la inversión extranjera.

En materia de solución de controversias en cuestiones de Inversión extranjera, se creó el CIADI con el fin de solucionar las controversias que se originaran entre gobiernos y nacionales de otros Estados. Este mecanismo, contribuyó a la despolitización de controversias, mediante el establecimiento de una instancia absolutamente independiente e imparcial, puesto que uno de los mayores inconvenientes que enfrentaba un inversionista extranjero en el Estado receptor, era la falta de imparcialidad de los tribunales que debían resolver disputas entre los inversionistas y los Estados anfitriones.

A partir de la suscripción de convenios sobre inversión, el sometimiento de los diferentes países a la jurisdicción del CIADI ha sido creciente, teniendo en cuenta que el Centro trata exclusivamente asuntos que hacen mención a la inversión. Argentina es el país que más ha avanzado en materia de protección del inversor extranjero, ya que supera ampliamente el número de convenios de inversión suscritos y ha aceptado firmemente la práctica arbitral internacional. Esto se debió al establecimiento de la primacía de los tratados internacionales sobre el ordenamiento jurídico interno, lo que brinda mayor seguridad jurídica al inversionista extranjero.

Como se pudo observar en el laudo de Perú, un inversionista está cobijado por la protección de un acuerdo de inversión si existe un tratado aplicable entre su país y el Estado receptor; en caso contrario, deberá acudir siempre a la justicia local del país en el cual se haya realizado la inversión o a otros mecanismos de resolución de controversias siempre y cuando así sea acordado por las partes.

En los diferentes laudos se observa que el derecho internacional constituye igualmente derecho aplicable en los arbitrajes bajo los Tratados Bilaterales de

Inversión. La fuente primaria de derecho es el tratado mismo ya que se considera como un acuerdo tácito entre las partes, el cual será interpretado por el derecho internacional y por la respectiva legislación interna de cada país.

Una cláusula típica de resolución de controversias en un tratado de inversión incluye cuatro pasos a seguir desde el momento en que se reconoce que ha surgido una controversia hasta la constitución de un tribunal arbitral: (i) el periodo de consulta o negociación, mediante el cual el inversor y el Estado tratan de alcanzar un arreglo amistoso; (ii) el periodo de espera antes de iniciar un arbitraje o un pleito; (iii) la elección del foro, es decir, si se va a acudir a las cortes o tribunales administrativos del Estado parte o al arbitraje comercial o a cualquier otro tipo de procedimientos aplicables de solución de controversias previamente acordado y (iv) la elección de instituciones o reglas de arbitraje.

Se presentan ciertas contradicciones por parte de los tribunales CIADI en la medida en que adoptan diferentes criterios para determinar el derecho aplicable. En el caso de Argentina, el derecho internacional está en el mismo plano que la normatividad interna del país. En el laudo de Venezuela, se hace mayor la distinción y el derecho internacional viene a ser un complemento de la legislación interna, es decir, se utiliza siempre y cuando existan lagunas jurídicas que no puedan resolver las leyes venezolanas.

Son 143 Estados los que han ratificado la Convención por lo que se restringe su ámbito de aplicación en la medida en que solo tiene Jurisdicción el Centro cuando tanto el Estado receptor como el Estado al cual pertenece el inversionista extranjero son Estados Contratantes.

No se puede afirmar con exactitud qué controversia podrá ser dirimida por el Centro en la medida en que en el Convenio no se fijó una definición exacta de inversión. Esto puede llegar a generar contradicciones entre las partes contratantes a la hora de resolver sus conflictos.

## Referencias

Biggs, G. (2003). "Solución de controversias sobre comercio e inversiones internacionales". *Revista de la Cepal*, 80.

Blackaby, N. (2005). "El arbitraje según los tratados de inversión y los capítulos de inversión en los tratados de libre comercio". En: Silva & Mantilla, 2005. *El Contrato de Arbitraje*. Bogotá: Legis.

Fernández Masiá, E. (2004). *Arbitraje en inversiones extranjeras: el procedimiento arbitral en el CIADI*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Galan, Barrera, D. (2007). "El arbitraje comercial internacional en América Latina". *Precedente. Anuario Jurídico 2007*.

