

El arbitraje transnacional unilateral en el derecho internacional de las inversiones*

Hernando Sánchez-Sánchez*

Interés que reviste el arbitraje transnacional unilateral

El arbitraje transnacional unilateral es una institución del derecho arbitral internacional contemporáneo que encuentra su desarrollo en la sociedad internacional financiera, para solucionar controversias relativas a inversiones entre Estados receptores de inversión e inversores extranjeros.

Su estudio debe llevarse a cabo dentro del contexto de la mundialización económica, teniendo en consideración que los hechos económicos que marcan esta época han producido grandes efectos en las estructuras del derecho internacional económico respecto a la implementación de las cuatro grandes libertades, la consolidación de los tres grandes bloques, la aproximación de las dos más importantes familias de derecho y la creación de organizaciones internacionales con vocación económica.

Esta modalidad de arbitraje internacional reviste características especiales, en cuanto, por un lado, se encuentra un Estado receptor de inversión y, por el otro, un inversor extranjero, en la cual las partes consienten en momentos y actos jurídicos diferentes que la solución de una controversia en materia de inversión sea resuelta por un tribunal internacional arbitral.

* Abogado de la Universidad del Rosario. Estudios de Especialización en Derecho Internacional Privado y Comunitario, Universidad de La Sorbona París II. Estudios de Maestría en Derecho Comparado, Instituto de Derecho Comparado de París. Candidato a doctor en Derecho Internacional Privado y Derecho Comparado, Universidad de La Sorbona, de París. Profesor titular de Derecho Internacional, Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario. Profesor de Derecho Internacional de la Academia Diplomática de San Carlos, Ministerio de Relaciones Exteriores. Coordinador general y de Derecho Internacional de los cursos de ascenso de la carrera diplomática y consular del Estado colombiano, Ministerio de Relaciones Exteriores. Arbitro y conciliador de la Cámara de Comercio de Bogotá.

Noción y características

Este arbitraje se caracteriza, en primer lugar, por que es una forma jurisdiccional de solución de diferencias, por medio de la cual las partes en un conflicto relacionado con una inversión crean un órgano jurisdiccional *ad hoc* para que lo resuelva con carácter vinculante.

El conflicto de intereses jurídicos se constituye en uno de los elementos básicos para la existencia de esta clase de arbitraje, debido a que, por acuerdo de voluntades o por mandato legal, se origina la integración de un tribunal arbitral para solucionar tal conflicto, siguiendo la normativa del derecho internacional de las inversiones.

El consentimiento al arbitraje efectuado por las partes es otra pieza determinante de la completa eficacia de esta institución. Así es como, en aplicación del principio de la autonomía de la voluntad, las partes expresan su consentimiento para someter determinadas disputas al tribunal arbitral. En este mismo sentido, ellas también pueden escoger el foro ante el cual ventilarán la diferencia (el tribunal se integra conforme a las reglas acordadas), e, igualmente, están facultadas para escoger la normativa aplicable por el tribunal para solucionar la controversia, tanto sobre los aspectos sustanciales como sobre los procesales.

La decisión del tribunal arbitral tendrá, como consecuencia lógica, carácter vinculante y obligatorio para las partes y producirá efectos jurídicos en los derechos nacionales de los Estados parte en la diferencia o de los cuales los inversores sean nacionales, generalmente, conforme a las normas contenidas en el derecho internacional positivo o del derecho interno.

En segundo lugar, con la expresión transnacional, se designa frecuentemente en el derecho internacional de las inversiones las relaciones que se presentan entre Estados receptores de inversión y personas naturales o jurídicas de derecho privado extranjeras, esto es, de nacionalidad diferente a la del Estado parte en la relación o en la diferencia. Su regulación se inscribe dentro de la tendencia del actual derecho internacional público contemporáneo de reconocerle personalidad jurídica limitada a determinados entes de la sociedad internacional.

Así es como se tienen dos sujetos: por un lado, el Estado receptor de inversión y, por el otro, una persona privada extranjera. En aplicación del principio del derecho internacional público de la “unidad estatal”, un Estado puede ser encarnado por cualquier persona jurídica de derecho público, entidad estatal o subdivisión política. Por ejemplo, la consideración de Estado contratante para efectos

de una controversia relativa a inversiones, que trae el artículo 25 del Convenio de Washington de 1965, por medio del cual crea el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI).¹

Un inversor extranjero puede ser una persona natural o jurídica de derecho privado, que ostente la nacionalidad de otro Estado, conforme a los criterios atributivos de nacionalidad, consagrados en los respectivos derechos nacionales o reconocidos por las normas del derecho internacional positivo, por ejemplo, la interpretación auténtica proporcionada por los Estados negociadores en el numeral 2 del artículo 25 del Convenio de Washington de 1965, de cómo se entiende “nacional de otro Estado contratante”. En efecto, la disposición consignada en ese instrumento internacional establece que:

(2) Se entenderá como “nacional de otro Estado Contratante”:

- a) toda persona natural que tenga, en la fecha en que las partes consintieron someter la diferencia a conciliación o arbitraje y en la fecha en que fue registrada la solicitud prevista en el apartado (3) del Artículo 28 o en el apartado (3) del Artículo 36, la nacionalidad de un Estado Contratante distinto del Estado parte en la diferencia; pero en ningún caso comprenderá las personas que, en cualquiera de ambas fechas, también tenían la nacionalidad del Estado parte en la diferencia; y
- b) toda persona jurídica que, en la fecha en que las partes prestaron su consentimiento a la jurisdicción del Centro para la diferencia en cuestión, tenga la nacionalidad de un Estado Contratante distinto del Estado parte en la diferencia, y las personas jurídicas que, teniendo en la referida fecha la nacionalidad del Estado parte en la diferencia, las partes hubieran acordado atribuirle tal carácter, a los efectos de este Convenio, por estar sometidas a control extranjero.

Finalmente, se considera que es *unilateral* este arbitraje en la medida en que el proceso arbitral puede ser *solamente* iniciado por la persona natural o jurídica de derecho privado concernida, es decir, por el inversor extranjero interesado, quien es el sujeto que tiene la titularidad exclusiva para decidir si activa o no este mecanismo de solución de controversias.

En esta clase de arbitraje, las partes manifiestan su consentimiento en momentos diferentes en el tiempo: consienten en actos jurídicos diferentes, para que

¹ El Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados fue adoptado en Washington el 18 de marzo de 1965, aprobado por el Congreso colombiano mediante la Ley 267 de 1995 y declarado exequible, al igual que la ley, mediante la sentencia C442 de 1996 (19.09.96, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz).

sus conflictos relativos a inversiones se resuelvan por la vía arbitral. En este orden de ideas, los Estados receptores de inversión, en ejercicio de su voluntad soberana, expresan previamente su consentimiento en instrumentos del derecho internacional positivo o en actos jurídicos unilaterales, de manera general y abstracta, algunas veces indicando los casos y situaciones jurídicas en los cuales las controversias se pueden solucionar por esta vía jurisdiccional.

Para los inversores extranjeros, por el contrario, el consentimiento se expresa de forma particular y especial, por medio de una solicitud o una demanda de arbitraje, en el momento mismo en que se presenta la controversia, cristalizando de esta manera el consentimiento previo realizado por el Estado receptor de la inversión.

En el derecho internacional de las inversiones se acepta que un Estado receptor de inversión pueda consentir, por adelantado o en “blanco”, someter una diferencia en la cual sea parte al arbitraje transnacional. Este tipo de arbitraje, calificado por Jan Paulsson como *arbitration without privity*² o *carte blanche*, como se conoce en la lengua francesa, no requiere acuerdo específico: convención arbitral —cláusula compromisoria o compromiso.

Entonces se puede concluir que el inversor extranjero, frente al consentimiento del Estado receptor de inversión, expresado sin la existencia de una convención arbitral o una relación contractual de otro tipo, decide si acepta o no esa “especie de oferta” contenida en la manifestación de voluntad del Estado, lo cual desencadena unilateralmente el trámite arbitral para solucionar las diferencias relacionadas con inversión.

Aplicación y desarrollo

El arbitraje transnacional unilateral ha tenido su principal aplicación y desarrollo en las dos últimas décadas en el derecho internacional de las inversiones y ha conducido a la “liberalización del arbitraje”, mediante la adopción de una serie de instrumentos internacionales para la promoción y protección recíproca de inversiones por parte de los Estados que conforman la sociedad internacional financiera.

En efecto, los Tratados Internacionales Bilaterales para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (TIBPPRI) no son una institución nueva en

² Paulsson, J. “Arbitration without Privity”, en *ICSID Revue, Foreign Investment Law Journal*, 1995, p. 232.

el derecho internacional de las inversiones.³ Lo novedoso en estos instrumentos internacionales es que los Estados receptores de inversión *manifiestan de manera expresa, previa y general su consentimiento* para que las diferencias jurídicas originadas con inversores extranjeros se resuelvan en instancias arbitrales.

En este mismo sentido, el arbitraje transnacional unilateral se ha consagrado en tratados bilaterales o multilaterales, por medio de los cuales se establecen zonas de libre comercio, conocidos más comúnmente con la sigla de TLC,⁴ o en normas del derecho interno, relativas a la promoción y protección de inversiones extranjeras.⁵

En la práctica arbitral reciente, los tribunales arbitrales se integran cada vez más con base en los instrumentos internacionales antes mencionados y según las leyes internas para la promoción y protección de inversiones extranjeras.⁶ Se considera importante remarcar algunas decisiones de la jurisprudencia arbitral del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), donde se encuentran consideraciones jurídicas sobre este tema, a los cuales se hará referencia en el presente texto:

1. Laudo dictado por el tribunal arbitral en el caso *Asian Agricultural Products Limited* contra la República Socialista Democrática de Sri Lanka, el 27 de junio de 1990 (Caso No. ARB/87/3).
2. Decisión sobre la jurisdicción dictada por el tribunal arbitral en el caso *Tradex Hellas S. A.* contra la República de Albania, el 24 de diciembre de 1996 (Caso

³ Los primeros TIBPPRI fueron suscritos a fines de la década de los cincuenta entre la República Democrática Alemana y Pakistán, el 25 de noviembre de 1959, y con República Dominicana, el 16 de diciembre del mismo año (véase página web del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones [CIADI]). Según el último reporte de la Comisión de las Naciones Unidas para el Comercio y el Desarrollo existen en el mundo actualmente 1.281 TIBPPRI. Por ejemplo, el Reino Unido de Gran Bretaña ha celebrado 84 de estos instrumentos; Estados Unidos, 37; Alemania, 112; Francia, 65; China, 71, y Argentina, en los últimos cinco años, 38 (véase página web del CIADI).

⁴ En efecto, en los TLC bilaterales y multilaterales celebrados actualmente por los Estados consagran este tipo de arbitraje en los capítulos relativos a inversiones, respecto de la manera como se solucionan las diferencias entre un Estado parte y un inversionista del otro Estado parte (por ejemplo, los TLC suscritos por Estados Unidos con los Estados de Norteamérica (NAFTA), Chile y los Estados de Centroamérica (CAFTA)).

⁵ De acuerdo con datos proporcionados por el CIADI, existen aproximadamente 30 leyes de inversión en las cuales los Estados brindan su consentimiento en blanco para someter diferencias en la materia a arbitraje. (Por ejemplo, la ley egipcia de inversiones de 1974 o la ley albanesa de inversiones de 1993).

⁶ Para citar un ejemplo, de los 63 casos pendientes registrados ante la secretaria del CIADI a 2004, 47 se fundaron en TIBPPRI; 6, en TLC; 7, en convenciones arbitrales, y, 3 en leyes nacionales..

- No. ARB/94/2, especialmente el párrafo D.1).
3. Laudo dictado por el tribunal arbitral en el caso American Manufacturing & Trading Inc. Contra la República de Zaire, el 21 de febrero de 1997 (Caso No. ARB/93/1, especialmente los párrafos 5.20 y 5.23).
 4. Decisión sobre la jurisdicción dictada por el tribunal arbitral en el caso Ceskoslovenska Obchodni Banka A. S. contra la República eslovaca, el 24 de mayo de 1999 (Caso No. ARB/97/4, especialmente los párrafos 37 y 38).
 5. Decisión preliminar proferida por el tribunal arbitral en el caso Lanco Internacional Inc. contra la República de Argentina, el 8 de diciembre de 1998 (Caso No. ARB/97/6).
 6. Laudo proferido por el tribunal arbitral en el caso Waste Manangement Inc. contra los Estados Unidos Mexicanos, el 2 de junio de 2002 (Caso No. ARB (AF)/98/2).

Cuestionamientos jurídicos y políticos

El arbitraje transnacional unilateral ha suscitado preocupaciones jurídicas y políticas entre juristas formados en concepciones clásicas o entre aquellos pertenecientes a sistemas jurídicos de Estados en desarrollo receptores de inversión.

Los opositores de este arbitraje sostienen jurídicamente que se rompe con el esquema tradicional de la institución arbitral, donde las partes en una diferencia consienten, en una convención arbitral (cláusula compromisoria o compromiso), que su diferencia sea resuelta por la vía arbitral. En ese orden de ideas, no conciben que el arbitraje pueda fundarse en un tratado internacional o en una norma interna, en los cuales un Estado deje abierta la posibilidad para que se acuda o no a él, a elección de una de las partes. De todas maneras, esta fórmula no es nueva, por cuanto existen, de tiempo atrás, reglamentos arbitrales en los cuales se deja abierta la posibilidad para que una parte en una diferencia exprese su consentimiento sin que exista convención arbitral, con posterioridad a la presentación de una solicitud o demanda de arbitraje por la otra parte.

Así mismo, existen consideraciones de carácter político que preocupan a los juristas de Estados en desarrollo receptores de inversión, al estimar que esta modalidad de arbitraje se convierte en un medio riesgoso para los intereses nacionales, en el entendido de que no les permite examinar si el arbitraje es el mejor medio para solucionar la controversia, en cada caso en particular. Se tiene, por lo tanto, que los Estados receptores de inversión limitan su capacidad de maniobrar

cuando consienten, de manera general y previa, que sus controversias se resuelvan por la vía arbitral, lo cual hace que pierdan incluso la posibilidad de acudir a los tribunales administrativos de sus órdenes jurídicos internos. En resumen, sostienen que los Estados concernidos deben examinar en cada caso si aceptan o no el arbitraje para la solución de la controversia específica, en atención a la protección de sus intereses y derechos nacionales.⁷

Los inversores como actores del derecho internacional público contemporáneo⁸

El carácter unilateral del arbitraje transnacional viene dado por la tendencia creciente dentro del derecho internacional público contemporáneo de reconocerles a ciertos entes personería jurídica internacional limitada —individuos, sociedades transnacionales o empresas multinacionales—, para que desde las regulaciones de ese cuerpo normativo actúen ante instancias internacionales.

En efecto, el reconocimiento de una personería jurídica activa les permite ejercer derechos ante organizaciones internacionales por ejemplo, para el caso que nos ocupa, presentar solicitudes o demandas arbitrales ante organizaciones internacionales, como el CIADI, contra Estados receptores de inversión, para que por la vía del arbitraje internacional se solucionen diferencias en la materia, de conformidad con requisitos, condiciones, procedimientos y límites, previamente contenidos en normas del derecho internacional positivo. Como corolario se puede afirmar que los inversores extranjeros, representados en personas naturales o jurídicas de derecho privado, se convierten de esta forma en verdaderos actores del derecho internacional público.

⁷ Con base en estas inquietudes, a quienes califican al arbitraje transnacional unilateral de “monstruoso”, “animal salvaje” y “fruto de envenenamiento”. Incluso tras los atentados del 11 de septiembre de 2001, un autor influenciado por tales hechos ha considerado que las demandas arbitrales presentadas contra los Estados son una especie de “terrorismo arbitral”. Véase “L’arbitrage Etat-investisseur étranger: regards sur les traites et projets récents”, Walid Ben Hamida, en *Journal de Droit International*, No. 2, 2004, p. 421.

⁸ Con base en una clasificación, que ha sido retenida en el derecho internacional público (DIP) contemporáneo se distinguen los sujetos de los actores. Se consideran como sujetos del DIP los Estados y las organizaciones, a quienes se les reconoce una personería jurídica internacional ilimitada; mientras que se consideran actores las sociedades transnacionales, las ONG internacionales, los individuos y los movimientos de liberación nacional y movimientos beligerantes, a quienes se les reconoce una personería jurídica internacional limitada, para lo cual sólo pueden actuar bajo las regulaciones del DIP en los casos expresamente consagrados. Véase Pellet, Allain. *Droit international public*, Paris, LGDG, 1995, y Dupuy, Pierre Marie. *Droit International Public*, Paris, Dalloz, 1995.

Después de haberse tratado sucintamente el interés que reviste el arbitraje transnacional unilateral para el derecho internacional de las inversiones, se examinan la forma como se ha consagrado esta institución y la consagración y desarrollos en el orden jurídico interno colombiano.

Consagración del arbitraje transnacional unilateral

El arbitraje transnacional unilateral tiene sus fuentes en el derecho internacional público y en los órdenes jurídicos internos de los Estados. En este orden de ideas, a continuación se desarrolla, en la primera subparte, la forma como esta institución se positiviza en diferentes instrumentos internacionales y, en la segunda, se profundiza sobre la manera como se consagra en leyes nacionales para la protección de inversiones extranjeras.

El arbitraje transnacional unilateral en el derecho internacional positivo

Esta modalidad de arbitraje se ha consagrado en la esfera del derecho internacional positivo en las dos últimas décadas con la adopción de los TIBPPRI (conocidos en inglés con la sigla de BIT [*Bilateral Investment Treaty*]) y de tratados internacionales que establecen zonas de libre comercio (TLC). En este orden de ideas, cada una de las siguientes subpartes trata la forma como el derecho internacional positivo se ha consagrado en tales instrumentos internacionales y la naturaleza jurídica del consentimiento de los Estados receptores de inversión.

Tratados internacionales bilaterales para la promoción y protección recíproca de inversiones

Como es bien sabido, los TIBPPRI tienen por fin promover y proteger en condiciones de reciprocidad las inversiones que lleven a cabo inversores extranjeros dentro de los territorios de los Estados parte en el instrumento internacional.⁹ Estos acuerdos internacionales tienen por objetos establecer marcos normativos para incentivar la inversión extranjera, admitirla de conformidad con las leyes y reglamentos de los Estados receptores y crear estándares para su protección frente a determinados ries-

⁹ El núcleo central de derechos de los TIBPPRI está conformado por (i) el derecho de la aplicación de la cláusula de la nación más favorecida; (ii) el derecho de trato nacional; (iii) el derecho a un trato no discriminatorio; (iv) el derecho a un trato justo y equitativo, y (v) el derecho de compensación por expropiación.

gos. Buscan garantizar a los inversores un tratamiento justo y equitativo y asegurarles que el ejercicio de los derechos reconocidos no será obstaculizado bajo ninguna circunstancia. Por último, tienen como fin garantizar que los Estados receptores de inversión no adopten medidas que, directa o indirectamente, priven a un inversor de su inversión, a menos que cumplan con determinadas condiciones.

La jurisdicción internacional arbitral se convierte en la principal forma para que un inversor extranjero pueda acudir a una instancia neutra para resolver eventuales conflictos con el Estado receptor de la inversión. Los TIBPPRI conocen fundamentalmente dos categorías en las que se pueden agrupar las formas mediante las cuales los Estados expresan su consentimiento para acudir al arbitraje internacional y así solucionar deferencias relativas a inversiones.

En la primera, los Estados parte otorgan expresamente su consentimiento, en el mismo instrumento internacional; mientras en la segunda, los Estados se reservan su aprobación, motivo por el cual el arbitraje requiere el consentimiento expreso de las partes en la diferencia en otro acto jurídico. Entonces se tiene que, en la primera situación, el inversor tiene el derecho al arbitraje, mientras que en la segunda no se le concede dicho derecho.

En la primera categoría se puede mencionar el acuerdo concluido el 13 de febrero de 1980, entre los gobiernos del Reino Unido de la Gran Bretaña e Irlanda del Norte y Sri Lanka, el cual se iba a aplicar de manera extensiva a Hong Kong, a partir del 14 de enero de 1981. Con base en este TIBPPRI, la Secretaría del CIADI registró el 20 de julio de 1987 una solicitud de arbitraje presentada por Asian Agricultural Products Limited (AAPL) contra la República Democrática Socialista de Sri Lanka, tendiente a que se condenará al Estado a reparar los perjuicios sufridos por la destrucción por causa de fuerzas de seguridad estatales del principal centro de producción de la sociedad Crevettes Serendib Seafood Ltda., persona jurídica constituida de acuerdo con el derecho local, en la cual AAPL había llevado a cabo inversiones con aprobación de las autoridades de Sri Lanka.

En un laudo histórico, proferido el 27 de junio de 1990, por primera vez un tribunal arbitral, integrado conforme a las reglas de procedimiento aplicables al arbitraje del CIADI, admite que un inversor, fuera de una convención arbitral (cláusula compromisoria o compromiso) pueda fundarse en un TIBPPRI. Así es como un instrumento internacional se constituye en la fuente de la cual emana el consentimiento del Estado receptor de la inversión para que las diferencias surgidas con el inversor extranjero se resuelvan por la vía arbitral.

La fórmula contenida en ese acuerdo se repite de manera reiterada en los TIBPPRI, como se puede constatar en los acuerdos celebrados por los gobiernos del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y de Estados Unidos de América, en los cuales se han incluido cláusulas de esta naturaleza: “Cada parte contratante acuerda por el presente someter ante el CIADI [...] cualquier controversia legal resultante entre aquella Parte Contratante y un ciudadano o empresa de la otra Parte Contratante, en relación a un inversión de esta última en el territorio de la primera”.¹⁰ De un modo similar, Estados Unidos ha consagrado la fórmula en acuerdos de similar naturaleza: “Cada parte *acuerda por el presente* someter las controversias de inversión al CIADI para su solución mediante conciliación o arbitraje vinculante”.¹¹

Tratados de libre comercio

El tema del comercio y las inversiones ha cobrado un auge inusitado a partir de la creación de la Organización Mundial de Comercio (OMC), en 1994. Dentro del marco de esa organización internacional existen varios instrumentos que abordan el examen de esa relación.

El Acuerdo sobre las Medidas en Materia de Inversiones Relacionadas con el Comercio, conocido con el nombre de Acuerdo sobre las MIC; el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios, conocido con la sigla GATS, que abarca las inversiones extranjeras en los servicios como uno de los cuatro modos de suministro de servicios, y el Grupo de Trabajo, establecido en 1996, encargado de analizar la relación entre comercio e inversiones.

En este contexto, el arbitraje transnacional unilateral también se ha consagrado en tratados internacionales por medio de los cuales se establecen zonas de libre comercio. De conformidad con el artículo XXIV (8) del Acuerdo General sobre Aranceles y Comercio, se entiende que una zona de libre comercio está conformada por un grupo de dos o más territorios aduaneros entre los cuales los derechos de aduana y las demás reglamentaciones comerciales restrictivas son eliminadas respecto a “lo esencial de los intercambios comerciales” comportados

¹⁰ Fórmula empleada por el gobierno del Reino Unido de la Gran Bretaña e Irlanda del Norte en los TIBPPRI concluidos con: (i) Congo, el 25 de marzo de 1989; (ii) Guyana, el 27 de octubre de 1989; (iii) Nigeria, el 11 de diciembre de 1990; (iv) Nepal, el 2 de marzo de 1993, y (v) Barbados, el 7 de abril de 1993. En adelante, las cursivas incluidas dentro de las citas son del autor.

¹¹ Fórmula empleada en el artículo VII (2a) del TIBPPRI celebrado entre Estados Unidos y Zaire.

sobre los productos originarios de los territorios constitutivos de las partes en el acuerdo.

En estos acuerdos internacionales, los Estados negociadores han incluido capítulos importantes relacionados con el tema de las inversiones y, dentro de ellos, se han precisado las formas jurisdiccionales y no jurisdiccionales para la solución de las controversias entre Estados partes e inversores nacionales de otro u otros Estados parte.

Para comprobar estas afirmaciones se puede citar, a manera de ejemplo, los TLC suscritos recientemente por el gobierno de Estados Unidos con diferentes Estados, en los cuales se han incorporado capítulos sobre inversiones, acordando esta fórmula, es decir, el arbitraje transnacional unilateral.¹²

Así, en el ámbito del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN o sigla en inglés NAFTA [North America Free Trade Area]), celebrado entre los Estados de Norteamérica, el 13 de febrero de 1992, que estableció una zona de libre comercio, las partes decidieron acordar en la Sección B, del Capítulo XI, relativo a inversión, la forma de solucionar diferencias entre una parte y un inversionista de otra parte. Sobre el consentimiento al arbitraje, el artículo 1122 dispone que: “1. Cada una de las Partes *consiente en someter reclamaciones* a arbitraje con apego a los procedimientos establecidos en el Tratado”.

En el laudo del 2 de junio de 2002, proferido por el tribunal arbitral del CIADI, integrado para solucionar las diferencias entre Waste Management Inc. con los Estados Unidos Mexicanos, examina el consentimiento de las partes implicadas, a la luz de la norma trascrita anteriormente, al señalar lo siguiente:

Los elementos esenciales que componen la institución del arbitraje son la existencia de un conflicto de intereses y un acuerdo de voluntades o un mandato legal, en virtud del cual se origina la constitución del Tribunal de Arbitraje. Esta aseveración constata la importancia de la autonomía de la voluntad de las partes cuya expresión se realiza a través del consentimiento de someter determinadas disputas al procedimiento arbitral. Por ello, del consentimiento al arbitraje efectuado por las partes depende la completa eficacia de esta institución.

¹² A continuación se indican algunos de estos instrumentos internacionales: (i) Israel, el 22 de abril de 1985; (ii) Canadá y los Estados Unidos Mexicanos, el 13 de febrero de 1992; (iii) Jordania, el 24 de octubre de 2000; (iv) Singapur, el 6 de mayo de 2003; (v) Chile, el 6 de junio de 2003; (vi) Australia, el 18 de mayo de 2004; (vii) Reino de Marruecos, el 15 de junio de 2004; (viii) Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua y República Dominicana, el 5 de agosto de 2004, y (ix) Perú, el 6 de enero de 2006.

A tenor de esta afirmación, este Tribunal considera necesario analizar, aunque sólo sea brevemente, el tratamiento que el Capítulo XI del TLCAN otorga al consentimiento de las partes a la hora de someter una reclamación a arbitraje de acuerdo con el procedimiento de solución de controversias en él establecido.

[...]

Del tenor literal de este artículo se entiende, a los efectos que nos interesan, que el cumplimiento, entre otros, de los requisitos establecidos en el artículo 1121 se traducirá en el consentimiento de las partes suscriptoras del Tratado al mecanismo de solución de controversias establecido en el Capítulo XI, Sección B del TLCAN.

El mismo artículo establece los requisitos que deben cumplir los Estados parte con respecto a la manifestación de su consentimiento y los inversores extranjeros en relación con el sometimiento de la respectiva reclamación. En ese sentido se señala que:

2. El consentimiento a que se refiere el párrafo 1 y el sometimiento de una reclamación a arbitraje por parte de un inversionista contendiente cumplirá con los requisitos señalados en:

- a) el Capítulo II del Convenio del CIADI (Jurisdicción del Centro) y las Reglas del Mecanismo Complementario que exigen el consentimiento por escrito de las partes;
- b) el Artículo II de la Convención de Nueva York, que exige un acuerdo por escrito; y
- c) el Artículo I de la Convención Interamericana, que requiere un acuerdo.

Además de los requisitos consagrados en este artículo, es importante recordar en este punto que el artículo 1121 del TLCAN establece las condiciones previas al sometimiento de una reclamación al proceso arbitral. En efecto, permite a un inversor contendiente el sometimiento al proceso arbitral, “solo sí”, como lo dice textualmente, se da cumplimiento a determinados requisitos, términos, consentimiento y renuncia de determinados derechos, es decir, dentro de ciertos condicionamientos jurídicos. Como se indicó, el consentimiento del inversor extranjero se cumple cuando se presenta la solicitud de arbitraje, junto con los requisitos y condiciones señalados en el respectivo instrumento internacional.

Para terminar este punto, es importante remarcar que ni Canadá ni los Estados Unidos Mexicanos son parte en el Convenio de Washington de 1965, motivo por el cual ellos acuden a las reglas del mecanismo complementario del CIADI, elaboradas para ser aplicadas en diferencias en las cuales se encuentren Estados no parte o nacionales de Estados no parte.

En la presente década, en el TLC suscrito entre los gobiernos de Estados Unidos de América y Chile, el 6 de mayo de 2003, en el Capítulo X se regula el tema de las inversiones. En efecto, el artículo 10.15 señala las condiciones para que un inversionista en una diferencia con un Estado someta sus diferencias a una reclamación de arbitraje y, así mismo, en el Artículo 10.16, se regula lo relativo al consentimiento de cada una de las partes al arbitraje. En este TLC se repite textualmente la fórmula adoptada en el TLCAN:

1. Cada Parte *consiente en someter una reclamación al arbitraje*, con arreglo a esta Sección y de conformidad con este Tratado.
2. *El consentimiento a que se refiere el párrafo 1 y el sometimiento de la reclamación a arbitraje con arreglo a esta Sección cumplirá con los requisitos señalados en:*
 - a) el Capítulo II del Convenio del CIADI (Jurisdicción del Centro) y las Reglas del Mecanismo Complementario del CIADI que exigen el consentimiento por escrito de las partes de la controversia;
 - b) el Artículo II de la Convención de Nueva York que exige un “acuerdo por escrito”; y
 - c) el Artículo I de la Convención Interamericana que requiere un “acuerdo”.

Finalmente, el artículo 10.17 establece las condiciones y limitaciones al consentimiento de las partes.¹³

En el TLC celebrado entre los gobiernos de los Estados Unidos de América y los Estados de Centroamérica, el 5 de agosto de 2004, conocido con la sigla en inglés CAFTA (Centro America Trade Area), los Estados acordaron en la Sección B, del Capítulo X sobre inversión, la forma de solución de controversias inversionista-Estado. En el artículo 10.17 sobre el consentimiento de cada una de las partes al arbitraje se repite textualmente la fórmula adoptada en el TLCAN.

¹³ “1. Ninguna reclamación podrá someterse a arbitraje, conforme a esta Sección, si han transcurrido más de tres años a partir de la fecha en que el demandante tuvo o debió haber tenido conocimiento de la violación alegada.

Igualmente, ninguna reclamación podrá someterse a arbitraje a menos que: (a) el demandante consiente por escrito a someterse al arbitraje, de conformidad con los procedimientos previstos en este Tratado; y (b) a notificación de arbitraje se acompañe: (i) de la renuncia por escrito del demandante a las reclamaciones sometidas a arbitraje y (ii) de las renunciaciones por escrito del demandante y de la empresa a las reclamaciones sometidas a arbitraje de cualquier derecho a iniciar o continuar ante cualquier tribunal judicial o administrativo conforme a la ley de cualquiera de las Partes, u otros procedimientos de solución de controversias, cualquier actuación respecto de los hechos que se alegan haber dado lugar a la violación reclamada”.

En todos estos casos, los Estados han expresado su consentimiento para el arbitraje, de manera anticipada y general, por virtud de lo dispuesto en esos instrumentos internacionales. En este entendido, el consentimiento del inversor deberá ser manifestado por medio de la presentación de una solicitud o demanda de arbitraje, conforme a las condiciones, requisitos y límites establecidos en tales disposiciones internacionales, para que el consentimiento de los Estados para arbitrar por adelantado pueda tener un carácter cristalizador.

Dentro del marco de las negociaciones adelantadas por los gobiernos de tres Estados andinos (Colombia, Ecuador y Perú) con el gobierno de los Estados Unidos de América para la adopción de tratados que establezcan zonas de libre comercio, las mesas sobre inversión han abordado este tema. Por ejemplo, en el acuerdo borrador entre los gobiernos de Perú y los Estados Unidos de América, del 6 de enero de 2006, sujeto a revisión legal para exactitud, claridad y consistencia y sujeto a la autenticación de las versiones en español y en inglés, se dispuso en la Sección B del Capítulo X, artículo 10-17, sobre el consentimiento de cada una de las partes al arbitraje, que:

1. Cada Parte *consiente en someter una reclamación al arbitraje*, con arreglo a esta Sección y de conformidad con este Tratado.
2. *El consentimiento a que se refiere el párrafo 1 y el sometimiento de la reclamación a arbitraje con arreglo a esta Sección cumplirá con los requisitos señalados en:*
 - a) el Capítulo II del Convenio del CIADI (Jurisdicción del Centro) y las Reglas del Mecanismo Complementario del CIADI que exigen el consentimiento por escrito de las partes de la controversia;
 - b) el Artículo II de la Convención de Nueva York que exige un “acuerdo por escrito”; y
 - c) el Artículo I de la Convención Interamericana que requiere un “acuerdo”.

Es decir, se repite la fórmula consagrada en los instrumentos anteriores celebrados por el gobierno de los Estados Unidos de América.¹⁴

¹⁴ Es importante señalar sobre este punto que el Departamento de Estado y la Oficina de Representación Comercial de los Estados Unidos de América ha presentado recientemente un modelo de TIBPPRI, con base en las disposiciones contenidas en los capítulos de inversión de los tratados estableciendo zonas de libre comercio, todo ello dentro del marco de la Bipartisan Trade Promotion Authority Act de 2002. En ese orden de ideas, se puede encontrar en el artículo 25 sobre consentimiento de las partes en el arbitraje:

“1. Each Party consents to the submission of a claim to arbitration under this Section in accordance with this Treaty.

En la segunda categoría en los cuales se agrupan los TIBPPRI, al referirse al arbitraje, se exige una convención arbitral, celebrada entre el Estado receptor de inversión y el inversor, donde de manera expresa se manifieste el consentimiento para someter la controversia a la solución de tribunal arbitral.

Se puede presentar como ejemplo el TIBPPRI concluido entre los gobiernos de Malasia y Suecia, el 3 de marzo de 1979, en cuyo artículo 9 (1) se dispone que:

En caso de una controversia surgida entre un ciudadano o una compañía de una Parte contratante y la otra Parte contratante en relación con una invasión en el territorio de aquella otra Parte contratante, será sometida a arbitraje *mediante el acuerdo de ambas partes en la controversia* ante el CIADI.

Como se puede analizar, una disposición de este tipo no constituye un consentimiento vinculante para arbitrar, de tal manera que si llega a presentarse una controversia entre Estado receptor de inversión e inversor, sólo podrá ser resuelta por arbitraje si las partes formalizan el acuerdo en una convención arbitral. Según la doctrina internacional, estas cláusulas están diseñadas para reivindicar el arbitraje como medio adecuado para solucionar diferencias de inversión, pero al mismo tiempo permitirle a los Estados preservar sus competencias soberanas para determinar en qué casos acuden a esta forma jurisdiccional, según sus conveniencias nacionales.

Naturaleza jurídica del consentimiento

La doctrina arbitral ha querido encontrar en la oferta y su aceptación de los contratos, los elementos jurídicos en los cuales se fundamenta esta modalidad de arbitraje. Sin desconocer la importancia de esas nociones uis contractualistas se hace imperioso recurrir a las nociones del derecho internacional público para tratar de encontrar la naturaleza jurídica de ese consentimiento.

Para comenzar es necesario decir que, por la forma como se encuentran redactadas las cláusulas objeto de estudio en los diferentes instrumentos internacionales y leyes nacionales, se está en presencia de actos jurídicos unilaterales,¹⁵

2. The consent under paragraph 1 and the submission of a claim to arbitration under this Section shall satisfy the requirements of: (a) Chapter II of the ICSID Convention (Jurisdiction of the Centre) and the ICSID Additional Facility Rules for written consent of the parties to the dispute; [and] (b) Article II of the New York Convention for an “agreement in writing[?]” [; and (c) Article I of the Inter-American Convention for an “agreement.”]”.

¹⁵ Los actos jurídicos unilaterales están definidos como manifestaciones unilaterales de voluntad de los sujetos del derecho internacional que producen efectos jurídicos por sí solos.

regulados por el derecho internacional, los cuales contienen manifestaciones de voluntad que expresan el consentimiento al arbitraje mediante esta modalidad.

Cuando un Estado, por virtud de una cláusula de esta naturaleza, consiente en someter una diferencia en materia de inversión a este arbitraje, está llevando a cabo un acto jurídico unilateral dentro del marco de un tratado internacional, esto es, un acto jurídico unilateral no autónomo. Por el contrario, cuando un Estado por medio de una ley nacional consiente igualmente en someter una diferencia en materia de inversión a este arbitraje, está llevando a cabo un acto jurídico unilateral fuera del marco de un tratado internacional, es decir, un acto jurídico unilateral autónomo.

En ambas situaciones, por estos actos jurídicos unilaterales, el Estado queda obligado a someter una diferencia en materia de inversión a este arbitraje. Con respecto al consentimiento de los inversores extranjeros, de igual manera se trata de una manifestación unilateral de voluntad, llevada a cabo por estos actores del derecho internacional, en ejercicio de un derecho consagrado en esos actos jurídicos unilaterales, como se ha determinando y explicado en la parte introductoria del presente texto.

El informe de los directores ejecutivos del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento acerca del Convenio sobre el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados se refiere en los párrafos 23 y 24 a la naturaleza jurídica del consentimiento.

En el informe se indica que el consentimiento de las partes es la piedra angular en que descansa la jurisdicción del CIADI. El consentimiento a la jurisdicción debe darse por escrito y, una vez dado, no puede ser revocado unilateralmente (artículo 25 [1] del Convenio).

El consentimiento de las partes en la diferencia debe existir en el momento en que se presenta la solicitud al CIADI (artículo 28 [3] y 36 [3]), pero el Convenio de Washington no especifica en forma alguna el momento en que debe darse el consentimiento. El consentimiento puede darse, por ejemplo, en las cláusulas de un acuerdo de inversión, que disponga la sumisión al CIADI de las diferencias futuras que puedan surgir en ese contrato o en el compromiso entre las partes respecto a una diferencia que ya haya surgido.

El Convenio tampoco exige que el consentimiento de ambas partes se haga constar en un mismo instrumento. Así, un Estado receptor de inversión puede ofrecer en su legislación sobre promoción de inversiones que se someterán a la

jurisdicción del CIADI diferencias producidas con motivo de ciertas clases de inversiones, y el inversionista puede prestar su consentimiento mediante aceptación por escrito de la oferta.

La naturaleza jurídica del consentimiento en el arbitraje transnacional unilateral ha sido objeto de análisis jurídico puntual por parte de tribunales arbitrales, conformados de acuerdo con las reglas procesales del CIADI, aplicables a los procedimientos de arbitraje, entre los que se encuentran el tribunal integrado para solucionar las diferencias surgidas entre Lanco International Inc. y la República de Argentina.

En esta oportunidad, el tribunal arbitral se pronunció sobre la jurisdicción del CIADI en una decisión preliminar, proferida el 8 de diciembre de 1998, en consideración a que el inversor americano demandante contaba con el consentimiento para el arbitraje por parte del Estado argentino, consignado en el numeral 4° del artículo VII del TIBPPRI, celebrado con los Estados Unidos de América, el 14 de noviembre de 1991, donde se estipuló que: “4. *Each Party hereby consents to the submission of any investment dispute for settlement by binding arbitration in accordance with the choice specified in the written consent of the national or company under paragraph 3*”.

El gobierno de la República de Argentina consideraba que no existía consentimiento por escrito al arbitraje, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 25(1)¹⁶ del Convenio de Washington, debido a que las partes habían acordado con posterioridad solucionar sus diferencias en los tribunales administrativos pertenecientes al orden jurídico interno argentino.

El tribunal arbitral considera que el consentimiento para el arbitraje consignado en el instrumento internacional constituía una “oferta abierta” a los inversores, la cual era aceptada por el inversor al desatar el trámite arbitral por escrito mediante una solicitud de arbitraje para la solución de la controversia. El Tribunal sostiene al respecto en su decisión preliminar que:

... el consentimiento al arbitraje CIADI por un Estado puede provenir de un tratado bilateral. En este sentido el laudo American Manufacturing & Trading, Inc. V. Republic of Zaire (Laudo SINZA) establece, ante un supuesto de un tratado bilateral con un clausulado muy similar al que nos ocupa, que el consentimiento a efectos del artículo 25 (1) se entiende prestado por el Estado Parte en la disputa en el tratado bilateral de inversión desde el momento mismo en que el Estado efectúa

¹⁶ El artículo 25 dispone que las partes en una diferencia cuya jurisdicción tenga el CIADI deberán expresar su consentimiento por escrito en someter dicha diferencia al Centro.

una invitación genérica a todos los inversores nacionales del otro Estado Contratante para someter la resolución de sus posibles disputas a la jurisdicción del CIADI. Por el contrario, el consentimiento del inversor, nacional del otro Estado Contratante, debe ser prestado por el propio inversor por escrito, dado que el consentimiento de su Estado no obliga al inversor.

&44 En el caso que nos ocupa el consentimiento de la República Argentina proviene del Tratado ARGENTINA-EEUU en el que la República Argentina ha realizado una oferta genérica al sometimiento al arbitraje CIADI.

[...]

El consentimiento por escrito por parte de la República Argentina queda por tanto recogido en el tratado ARGENTINA-EEUU, y para el inversor, [...] fue recogido en su carta de fecha 17 de septiembre de 1997 y en la solicitud de arbitraje interpuesta ante el CIADI en fecha 1 de octubre de 1997.

El Tribunal concluye entonces que el consentimiento en el tratado es un “consentimiento por escrito” del Estado para el arbitraje, de acuerdo con la exigencia establecida en el artículo 25 del Convenio CIADI. Indica también que ese consentimiento es una invitación u “oferta abierta” al arbitraje, que podía ser aceptada siempre que surgiera una diferencia relativa a inversión. Así es como la aceptación de la oferta por el inversor consolida la convención de arbitraje y existe consentimiento mutuo por las partes en la controversia a efectos del artículo 25 del CIADI.

Otro ejemplo se puede encontrar en la decisión arbitral, sobre excepciones a la jurisdicción, proferida por el 24 de diciembre de 1996, por el tribunal arbitral del CIADI, integrado para solucionar las diferencias entre Eudoro Armando Olguín, de nacionalidad peruana, y la República del Paraguay.

La solicitud se refería a una controversia suscitada por el tratamiento que supuestamente recibió el convocante por parte de autoridades paraguayas, en relación con su inversión en una empresa para la fabricación y distribución de productos alimenticios en Paraguay. En su solicitud, el convocante invocó las disposiciones del Convenio entre la República del Perú y la República del Paraguay sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones.

Con fecha 2 de agosto de 1999, la República del Paraguay opuso formalmente la excepción a la jurisdicción del CIADI, expuso los argumentos en los que fundaba esa excepción y adjuntó documentos para respaldar sus argumentaciones.¹⁷

¹⁷ En resumen, ellas fueron las siguientes: (a) para estar sujeto a la jurisdicción del CIADI un Estado debe aceptar expresamente esa jurisdicción, pues “...la mera ratificación, aceptación o aprobación

El tribunal arbitral consideró que, en este caso particular, el consentimiento de Paraguay es más claro, ya que el artículo 8 del CBI señala, claramente, que cuando se presenten controversias entre las partes contratantes, ellas celebrarán consultas para solucionarlas, y si ello no es posible en un plazo de seis meses, la persona que realizó la inversión puede someter la disputa, entre otros, al arbitraje internacional del CIADI.

Por otro lado, este arbitraje se ha consagrado igualmente en un conjunto de actos jurídicos unilaterales de los Estados, al adoptar leyes nacionales para atraer y proteger inversiones extranjeras.

Leyes nacionales para la protección de inversiones extranjeras

Los Estados receptores de inversión, con el propósito de atraer inversión extranjera, dictan normas en sus órdenes jurídicos internos, en las cuales se consagra el arbitraje transnacional unilateral. Estas leyes se caracterizan porque los Estados consagran una “oferta abierta” a los inversores extranjeros, para que por la vía arbitral se solucionen las controversias que surjan con ocasión de la inversión.

Como se indicó anteriormente en el presente texto, según datos proporcionados por el CIADI, existen actualmente en el mundo unas treinta leyes de inversión en las cuales los Estados brindan, por medio de actos jurídicos unilaterales, su consentimiento para someter sus diferencias en materia de inversión al arbitraje transnacional unilateral. Dos ejemplos de estas leyes se pueden encontrar en los órdenes jurídicos egipcio y albanés.

Ley egipcia 43 de 1974 sobre inversiones extranjeras

Esas “ofertas” o “consentimiento en blanco” se han presentado en leyes en materia de inversión extranjera como la Ley Egipcia 43 de 1974, sobre inversiones extranjeras. El 28 de agosto de 1984, la Secretaría del CIADI tuvo la oportunidad

de este Convenio por parte del Estado Contratante no se reputará que constituye una obligación de someter ninguna diferencia determinada a arbitraje a no ser que medie el consentimiento de dicho Estado.” (Preámbulo del Convenio del CIADI). (b) El hecho de que la República de Paraguay celebrara con la República del Perú, el 31 de enero de 1994, el Convenio sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones no significa que Paraguay haya dado su consentimiento a someterse a la jurisdicción del CIADI, porque: (i) las inversiones financieras especulativas no están protegidas por el CBI y (ii) para estar protegidas por el CBI, las inversiones que se realicen deben haber sido admitidas de previo por el Estado en el que se realizan y las del señor Olguín no lo fueron.

de registrar por primera vez una solicitud de arbitraje presentada por *Southern Pacific Properties (Middle East) Limited* contra la República Árabe de Egipto, para solucionar diferencias en relación con el desarrollo de un proyecto turístico, donde la mencionada ley consagraba la jurisdicción del CIADI para tales efectos.

El tribunal arbitral integrado conforme a las reglas de procedimiento aplicables al arbitraje del CIADI, en sus decisiones sobre su competencia del 27 de noviembre de 1985 y 14 de abril de 1988, va a concluir que su competencia se deriva del artículo 8 de la Ley 43 de 1974, sobre inversiones extranjeras. A reglón seguido, considera el Tribunal del CIADI que la legislación egipcia constituye para Egipto el consentimiento por “escrito” requerido por el artículo 25 de la Convención de Washington.

El Tribunal funda su conclusión sobre la interpretación presentada en el reporte a los administradores, adjunta al Convenio de Washington de 1965, que explica que un Estado receptor ofrece, dentro del marco de una legislación destinada a promover las inversiones, someter a la competencia del CIADI los diferendos que resulten de ciertas categorías de inversiones, mientras que el inversor podrá dar su consentimiento aceptando la oferta por escrito.

Ley albanesa 7764 de 1993 sobre inversiones

Otro ejemplo de esta clase de leyes se encuentra en la Ley albanesa 7764 del 2 de noviembre de 1993, sobre inversiones, donde en su artículo 8 dispone sobre la materia lo siguiente:

1. Si un différend relatif a un investissement étranger survient entre un investisseur étranger et une partie privée albanaise ou une entreprise de' Etat albanaise, et si ce différend ne peut pas être réglé a l'amiable, l'investisseur étranger peut choisir de le soumettre a la procédure de règlement des différends qui aura été convenue entre les Parties. Si aucune procédure de règlement des différends n'a été convenue, l'investisseur étranger, peut soumettre le différend a une juridiction judiciaire ou administrative de la République d'Albanie compétente en vertu des lois de cet Etat.
2. Si un différend relatif a un investissement étranger naît entre un investisseur étranger et la République d'Albanie et si ce différend ne peut pas être réglé a amiable, l'investisseur étranger peut choisir de le soumettre une juridiction judiciaire ou administrative de la République d'Albanie compétente en vertu des lois de cet Etat. En outre, si le différend survient a propos de ou se rattache a une expropriation, a une indemnisation pour expropriation, a une discrimination ou a un transfert prévu

a l'article 7, l'investisseur étranger peut soumettre le différend, et la République d'Albanie accepte cette soumission, au Centre International pour le Règlement des Différends relatif aux Investissements (*le Centre*) établi par la Convention de Washington pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements entre Etats et Ressortissants d'autres Etats du 18 mars 1961 (*la Convention CIRDI*).

El 2 de noviembre de 1994, la Secretaría del CIADI recibe de una persona jurídica de nacionalidad griega, Tradex Hellas SA, una demanda de arbitraje contra el Estado de Albania con el objeto de que se indemnice la expropiación de la cual ha sido objeto por parte del Estado.

Tardex S. A. se compromete en 1991 con el gobierno de Albania a realizar una inversión en materia agrícola, industrial y de ingeniería. Las negociaciones concluyen el 10 de enero de 1992 con la creación de una sociedad denominada T. B. Torovista para realizar las inversiones sobre la base de una participación del 33% y 67%, respectivamente.

La diferencia se presenta cuando, según Tardex S. A., ciertas medidas tomadas por el gobierno del Estado albanés convirtieron el desarrollo del objeto social de la empresa común en imposible, lo cual privó la inversión de todo valor. Estas medidas, entonces, se consideraron actos de expropiación que condujeron a la liquidación de la empresa, en 1993.

Tradex S. A. funda la competencia del CIADI en el consentimiento proporcionado por el Estado de Albania, de manera general, en diversos textos relativos a la protección de inversiones. Uno de ellos es el de la Ley 7764 del 2 de noviembre de 1993, relativo a la protección de inversiones extranjeras, vigente desde el 1 de enero de 1994.

En este caso, el tribunal arbitral, integrado conforme a las reglas de procedimiento aplicables al arbitraje del CIADI, va a llegar a la misma conclusión del tribunal que resolvió las diferencias entre *Southern Pacific Properties (Middle East) Limited* y la República Árabe de Egipto. Consideró que el gobierno de Albania había aceptado claramente en la Ley 7764 de 1993, sobre la protección de inversiones extranjeras, someter su diferencia a la jurisdicción del CIADI. La Secretaría del CIADI sigue registrando cada vez más casos de arbitraje transnacional unilateral, cuyo consentimiento para la jurisdicción del Centro se encuentra en esta clase de leyes.

Consagración y desarrollo en el orden jurídico interno colombiano

Dentro del contexto de la mundialización, el Estado de Colombia, en cumplimiento del mandato constitucional para promover la internacionalización de las relaciones económicas, ha concluido una serie de TIBPPRI y de TLC, con el objeto de atraer la inversión extranjera e impulsar el desarrollo del comercio internacional bilateral y multilateral en el marco subregional, regional y mundial.

En la presente parte se examina la manera como el Estado colombiano, siguiendo la tendencia del derecho internacional de las inversiones, ha consagrado en su ordenamiento jurídico esta institución arbitral. Por un lado, Colombia ha concluido TIBPPRI con los siguientes Estados:

1. El Reino Unido de la Gran Bretaña e Irlanda del Norte.
2. La República de Perú.
3. La República de Chile.
4. El Reino de España.
5. La República de Cuba.

Por otro lado, también ha adoptado tratados internacionales que establecen zonas de libre comercio, entre los cuales se encuentran el TLC suscrito con la República Bolivariana de Venezuela y los Estados Unidos Mexicanos, y viene actualmente negociando otros instrumentos de esta naturaleza, como el TLC con el gobierno de los Estados Unidos de América.

En todos estos instrumentos se pueden encontrar disposiciones que aceptan el arbitraje transnacional unilateral. En este orden de ideas, en la primera subparte se aborda el estudio de los TIBPPRI y, en la segunda, el de los TLC, de los cuales hace parte Colombia con el respectivo análisis jurisprudencial.

Tratados internacionales bilaterales para la promoción y protección recíproca de inversiones

Analizando los TIBPPRI, éstos se pueden reunir en tres grupos: el primero, aquellos en los cuales el consentimiento está únicamente limitado al CIADI; el segundo, otros en los cuales el consentimiento se limita a la aplicación de las reglas de la Comisión de las Naciones Unidas sobre Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI o Uncitral, por su acrónimo en inglés), y, por último, aquellos que permiten acudir, tanto al CIADI como a las reglas de la CNUDMI.

Los TIBPPRI que consagran el arbitraje transnacional unilateral del CIADI

El primero de los TIBPPRI corresponde al acuerdo celebrado con el Gobierno del Reino Unido de la Gran Bretaña e Irlanda del Norte,¹⁸ en Londres, el 9 de marzo de 1994, en cuyo artículo 9, inciso 1º, se dispone sobre la solución de diferencias entre Estado e inversor que:

Cada Parte Contratante *por este acuerdo consiente en someter* al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversión (en adelante “el Centro”) cualquier controversia legal que surja entre esa Parte Contratante y un nacional o compañía de la otra Parte Contratante relacionada con una inversión de ésta en el territorio de la primera para su arreglo por medio de conciliación o arbitraje, según lo dispuesto por el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversión entre los Estados y los nacionales de otros Estados abierto para firma en Washington el 18 de marzo de 1965.

Esta fórmula es tradicionalmente empleada por el gobierno del Reino Unido de Gran Bretaña, que ha celebrado más de ochenta TIBPPRI con los diferentes Estados de la sociedad internacional. La Corte Constitucional Colombiana, en la sentencia mediante la cual declara exequibles la ley aprobatoria y el tratado internacional mismo, precisa lo siguiente:

Considera [...] que el sometimiento de las diferencias surgidas con ocasión de la ejecución, la interpretación y la aplicación del Tratado a la jurisdicción del CIADI y a los tribunales de arbitramento, se ajusta a los postulados de la Constitución Política de Colombia. En primer lugar, debe anotarse que las autoridades judiciales colombianas no quedan excluidas, de plano, de la resolución de los conflictos relativos a las inversiones cobijadas por el Convenio bajo examen. En efecto, son las autoridades colombianas las que deben conocer, en primera instancia, de las mencionadas controversias, toda vez que, según el artículo 9-3 del Acuerdo, sólo podrá acudir al CIADI una vez se haya hecho uso de los recursos locales dentro de los tres meses siguientes a la notificación escrita del reclamo.

De igual forma, el numeral 4 del artículo 9º determina que el CIADI carecerá de

¹⁸ Aprobado por la Ley 246 del 29 de diciembre de 1995. Declarados exequibles la ley y el tratado, con excepción del artículo 6º, que se declara inexecutable, por la sentencia C-358 del 14 de agosto de 1996, con ponencia de los magistrados: Carlos Gaviria Díaz y José Gregorio Hernández Galindo. El Estado de Colombia aún no ha manifestado la voluntad para obligarse por virtud del tratado.

competencia si la controversia es sometida a los tribunales administrativos del país receptor de la inversión.

Las disposiciones contenidas en los artículos 9 y [...] del Acuerdo sometido a la revisión de la Corte, no hacen sino reiterar el principio de Derecho Internacional consuetudinario según el cual el agotamiento de las vías judiciales internas es prerequisite para recurrir a cualquier forma de jurisdicción internacional. Según este principio, a menos que las partes acuerden otra cosa, los litigios referentes a inversiones internacionales deben ser resueltos por las cortes nacionales. En tanto principio de derecho internacional, en él se fundan las relaciones internacionales del Estado colombiano (C. P., artículo 9).

Una visión integral de la Carta Política permite concluir que ésta busca, como uno de sus propósitos fundamentales, la resolución pacífica de los conflictos. Para el logro de este objetivo consagra una serie de mecanismos que tienden a desconcentrar la administración de justicia y a establecer mecanismos alternativos de solución de controversias tales como las jurisdicciones especiales, los jueces de paz, la conciliación o el arbitramento.

El segundo de los instrumentos internacionales de este grupo es el TIBPPRI celebrado con el gobierno de la República de Perú,¹⁹ en Lima, el 26 de abril de 1994, en el artículo 12, relativo al arreglo de controversia entre una parte contratante y un nacional o empresa de la otra parte contratante. Aquí se repite textualmente la fórmula contenida en el TIBPPRI adoptado con el gobierno del Reino Unido de Gran Bretaña. Su tenor dice:

(3) Cada Parte Contratante por este Convenio consiente en someter al Centro cualquier controversia de naturaleza jurídica que surja entre esa Parte Contratante y un nacional o empresa de la otra Parte Contratante relacionada con una inversión de ésta en el territorio de la primera para su arreglo por medio de conciliación y arbitraje, según lo dispuesto en el Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativas a las Inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados abiertos para firma en Washington el 18 de marzo de 1965.

La Corte Constitucional colombiana, en las consideraciones de *jure* consignadas en la sentencia que declara exequibles la ley aprobatoria y el tratado internacional, señala que:

¹⁹ Aprobado por la Ley 279 del 13 de mayo de 1994. Declarados exequibles la ley y el tratado, con excepción del artículo 7º, que se declara inexecutable, por la Sentencia C-008 del 23 de enero de 1997, con ponencia del magistrado Alejandro Martínez Caballero. El Estado de Colombia manifestó la voluntad para obligarse por virtud del tratado.

Las controversias que pueden surgir del tratado son de dos tipos: entre los Estados Partes, o entre uno de los Estados y cualquier inversionista proveniente del otro. Para el primer caso, cuando los dos países no logren superar por la vía diplomática el conflicto después de tres meses de haberse iniciado, deberá acudir a un tribunal de arbitramento que resuelva las diferencias, el cual es regulado por el artículo 13 del presente convenio. De otro lado, en relación con los desacuerdos entre una de las Partes y algún inversionista en particular, que no puedan ser resueltos amigablemente, el artículo 12 faculta al inversionista para tomar una de estas determinaciones: acudir ante el tribunal competente del territorio de la Parte en donde surgió la controversia, o someterse al arbitraje del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a inversiones.

La Corte considera que el sometimiento de las diferencias surgidas con ocasión de la ejecución, la interpretación y la aplicación del presente tratado a la decisión de tribunales de arbitramento internacionales es coherente con los postulados constitucionales, tal y como lo señaló en las sentencias C-358 de 1996 y C-379 de 1996.

TIBPPRI que consagra el arbitraje transnacional unilateral de la CNUDMI

En el segundo grupo se encuentra el TIBPPRI celebrado con el gobierno de la República de Cuba,²⁰ suscrito en Bogotá el 16 de julio de 1994, en el artículo 12, sobre arreglo de controversias entre una parte contratante y un nacional o empresa de la otra parte contratante. Este dispone lo siguiente sobre el tema objeto de estudio:

1. Las controversias que pudieran surgir entre una de las Partes Contratantes y un inversionista de la otra Parte Contratante con relación a las inversiones de que trata el presente Convenio deberán, en cuanto sea posible, ser resueltas amigablemente entre las Partes en la controversia.
2. Si una controversia no pudiera ser resuelta dentro de los seis meses a partir de la fecha en la que se produce la notificación escrita de la diferencia, la misma podrá someterse, a elección del inversionista, a:
 - a) El Tribunal competente de la Parte Contratante en cuyo territorio haya surgido la controversia;

²⁰ Aprobado por la Ley 245 del 29 de diciembre de 1995. Declarados exequibles la ley y el tratado, con excepción del artículo 7°, que se declara inexecutable, por la sentencia C-379 del 22 de agosto de 1996, con ponencia del magistrado Carlos Gaviria Díaz. El Estado de Colombia aún no ha manifestado la voluntad para obligarse por virtud del tratado.

b) Un Tribunal Arbitral según las disposiciones de los párrafos 3 a 5 del artículo 13 en lo referente a su composición y en los demás aspectos según las Reglas de Arbitraje de la Comisión de Naciones Unidas sobre Derecho Mercantil Internacional (“Reglas de Arbitraje CNUDMI”), aprobadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 15 de diciembre de 1976.

3. La Parte Contratante implicada en el litigio se abstendrá durante el procedimiento arbitral o la ejecución del laudo de oponer la circunstancia que el inversionista de la otra Parte Contratante haya recibido una indemnización resultante de una póliza de seguro con cobertura parcial o total del daño.

La Corte Constitucional colombiana, en la sentencia que declara exequibles la ley aprobatoria y el tratado, considera que:

Se prevé en estas disposiciones la vía arbitral para resolver cualquier controversia relacionada con las inversiones de que trata el presente Tratado. Las controversias pueden ser de dos tipos: entre los Estados Partes o entre uno de los Estados y cualquier inversionista proveniente del otro.

Se establece, para el primer caso, que cuando Colombia y Cuba no logren superar por la vía diplomática el conflicto después de seis meses de haberse iniciado, deberá acudir a un tribunal de arbitramento que resuelva las diferencias. El artículo 13 determina el procedimiento para conformar dicho tribunal.

En tratándose de desacuerdos entre una de las Partes y algún inversionista en particular que no puedan ser resueltos amigablemente, el artículo 12 faculta al inversionista para tomar una de estas determinaciones: acudir ante el Tribunal competente del territorio de la Parte donde surgió la controversia, o nombrar un Tribunal Arbitral de acuerdo con el procedimiento previsto en el artículo 13, el que se regulará por las Reglas de Arbitraje de la Comisión de Naciones Unidas sobre Derecho Mercantil Internacional (“Reglas de Arbitraje CNUDMI”), aprobadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 15 de diciembre de 1976.

Los TIBPPRI que consagran el arbitraje transnacional unilateral CIADI y CNUDMI

Finalmente, en el tercer grupo se encuentran los TIBPPRI celebrados por Colombia con los gobiernos del Reino de España y la República de Chile, que consagran el arbitraje transnacional unilateral y que permiten a los Estados parte e inversores extranjeros acudir o bien al CIADI o bien a la CNUDMI.

En el TIBPPRI celebrado con el gobierno del Reino de España²¹, suscrito en Bogotá, el 9 de junio de 1995, el artículo XI, relativo a las controversias entre una parte contratante e inversores de la otra parte contratante, se permite claramente escoger el foro por parte del inversor. En efecto, esta disposición establece que:

2. Si la controversia no pudiera ser resuelta de esta forma en un plazo de seis meses a contar desde la fecha de notificación escrita mencionada en el párrafo 1, *será sometida a elección del inversionista:*

- A los tribunales competentes de la Parte Contratante en cuyo territorio se realizó la inversión;
- Al tribunal de arbitraje ad hoc establecido por el Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Comercial Internacional;
- Al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) creado por el “Convenio sobre el 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, cuando cada Estado parte en el presente Acuerdo se haya adherido a aquél;
- O al Mecanismo Complementario del CIADI para la Administración de Procedimientos de Conciliación, Arbitraje y Comprobación de Hechos en caso de que una de las Partes Contratantes no se haya adherido al Convenio.

La Corte Constitucional colombiana, en la sentencia que declara exequibles la ley aprobatoria y el tratado, considera que:

El Acuerdo en este aspecto prevé distintas formas para dirimir las controversias que se susciten, bien sea entre las Partes Contratantes o entre una de éstas y los inversionistas de la otra.

[...]

En el segundo evento, se conviene un arreglo amistoso de las diferencias relativas a las inversiones, que de no prosperar a los seis meses de notificadas, a elección del inversionista, serán sometidas a: -los Tribunales competentes del Estado Parte receptor de la inversión, -el Tribunal de Arbitraje *ad hoc* establecido por el Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Comercial Internacional, -el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversión (C.I.A.D.I.), -el Mecanismo Complementario del (C.I.A.D.I.) para la Administración

²¹ Aprobado por la Ley 437 del 17 de febrero de 1998. Declarados exequibles la ley y el tratado, con excepción del artículo 7º, que se declara inexecutable, por la sentencia C-494 del 15 de septiembre de 1998, con ponencia del magistrado Hernando Herrera Vergara. El Estado de Colombia no ha manifestado la voluntad para obligarse por virtud del tratado.

de Procedimientos de Conciliación, Arbitraje y Comprobación de Hechos en caso de que una de las Partes no haya adherido al Convenio.

En forma general los arbitrajes deben basar su dictamen de acuerdo con lo establecido en el Acuerdo, o en otros Acuerdos vigentes entre las Partes Contratantes y en los principios universalmente reconocidos en el Derecho Internacional. Además las sentencias que ellos profieran serán definitivas y vinculantes para las Partes en controversia, por lo que éstas se comprometen a ejecutarlas de acuerdo con su legislación nacional.

Con respecto a la forma como se encuentra redactada esta cláusula del tratado, es importante tener en cuenta la jurisprudencia arbitral proferida por tribunales del CIADI. Una importante decisión es la proferida por el tribunal arbitral integrado para solucionar las diferencias entre Eudoro Armando Olguín y la República de Paraguay (Caso ICSID No. ARB/98/5), que al resolver sobre las objeciones a la jurisdicción del CIADI establece en el numeral 27 que:

En este caso particular, el consentimiento de Paraguay es más claro ya que el artículo 8 del CBI señala, claramente, que cuando se presenten controversias entre las partes contratantes, ellas celebrarán consultas para solucionarlas y si ello no es posible en un plazo de 6 meses, la persona que realizó la inversión puede someter la disputa, entre otros, al arbitraje internacional del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones.

Con base en estas consideraciones se puede concluir que el carácter unilateral del arbitraje transnacional está dado en la medida en que se le permite al inversor extranjero escoger a su elección el foro arbitral, previamente indicado en el instrumento internacional; por lo que se estima que el consentimiento del Estado receptor de la inversión ha consentido entonces en esta modalidad de arbitraje.

En el TIBPPRI celebrado con el gobierno de la República de Chile y su protocolo, hechos en Cartagena de Indias,²² el 22 de enero de 2000, y los canjes de notas aclaratorias, de 22 de enero de 2000 y de 9 y 30 de marzo de 2000, se consagra expresamente en el artículo 9, sobre solución de controversias entre

²² Aprobado por la Ley 672 del 30 de julio de 2001. Declarados exequibles la ley y el tratado, por la sentencia C-294 del 23 de abril de 2002, con ponencia del magistrado Jaime Araujo Rentería. El Estado de Colombia no ha manifestado la voluntad para obligarse por virtud del tratado.

una parte contratante y un inversionista de la otra parte contratante, que: “... cada parte da su *consentimiento anticipado e irrevocable* para que toda diferencia de esta naturaleza pueda ser sometida a cualquiera de los tribunales arbitrales señalados en los literales b) y c) del numeral 2 de ese artículo”.

En efecto, los numerales establecen que el inversionista tiene dos opciones en materia arbitral. Primero, acudir a un tribunal ad hoc que, salvo que las partes en la diferencia acordaren lo contrario, se establecerá de acuerdo con las normas de arbitraje de la CNUDMI, y, segundo, acudir a arbitraje internacional del CIADI. La Corte Constitucional colombiana, en el examen constitucional que lleva a cabo sobre la ley aprobatoria del tratado y el instrumento internacional mismo, considera que:

En estas disposiciones se consagra la forma de resolver las controversias que se presenten entre una parte contratante y un inversionista de la otra parte; o entre las partes contratantes.

En el primer caso, se señala que las controversias deben resolverse, en la medida de lo posible, por medio de consultas. Si mediante ellas no se soluciona el problema, el inversionista tiene tres opciones: 1. acudir a los tribunales competentes de la parte contratante en cuyo territorio se efectuó la inversión; 2. acudir a un tribunal ad-hoc que, salvo que las partes en la diferencia acordaren lo contrario, se establecerá de acuerdo con las normas de arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho mercantil Internacional; y 3. Acudir a arbitraje internacional del 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.

[...]

Estos preceptos no vulneran la Constitución pues el arreglo directo y el arbitramento son mecanismos civilizados de dar solución en forma pacífica y pronta a los conflictos que se presentan entre las partes contratantes o entre un inversionista y una de las partes contratantes, en la aplicación, interpretación, desarrollo y ejecución del Instrumento Internacional que es objeto de revisión. Por otra parte, “la Corte considera que la promoción de la internacionalización de las relaciones políticas, económicas, sociales y ecológicas de que trata el artículo 226 de la Carta no sería posible sin el recurso, en determinadas oportunidades, a los tribunales internacionales. sent. ídem”.

Así es como en los diferentes TIBPPRI celebrados por el Estado colombiano se consagra esta categoría de arbitraje, considerada además por la Corte Constitucional colombiana como ajustada a la Constitución Política.

Los TLC que consagran el arbitraje transnacional unilateral

El Estado de Colombia ha suscrito varios TLC dentro del espíritu del fortalecimiento de los lazos de integración con los Estados de la subregión y región (Caricom,²³ G-3, Chile,²⁴ Estados de Mercosur²⁵ y actualmente adelanta negociaciones con el gobierno de los Estados Unidos de América). El arbitraje transnacional unilateral ha sido consagrado igualmente por el Estado colombiano en instrumentos internacionales que tienen por objeto y fin el establecimiento de zonas de libre comercio. Como ejemplo de ello se puede citar el G-3, por medio del cual se establece una zona de libre comercio entre los Estados de Colombia, Venezuela y México.²⁶

Los Estados parte en este instrumento internacional acordaron, en la sección B, sobre la solución de controversias entre una parte y un inversionista de la otra parte, contenido en el Capítulo XVI (sobre inversión), lo siguiente:

Artículo 17-18. Comunicación y sometimiento de la reclamación al arbitraje.

1. El inversionista contendiente que pretenda someter una reclamación a arbitraje en los términos de esta sección lo comunicará a la parte contendiente.
2. Siempre que hayan transcurrido noventa días desde la comunicación a la que se refiere el párrafo anterior y seis meses desde que tuvieron lugar las medidas que motivan la reclamación, un inversionista contendiente podrá someter la reclamación a arbitraje de acuerdo con:
 - a. Las reglas del convenio sobre arreglos de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados, celebrado en Washington el 18 de marzo de 1965 (“Convenio del CIADI”), cuando la parte contendiente y la parte del inversionista, sean Estados parte del mismo;
 - b. Las reglas del mecanismo complementario de CIADI, cuando la parte contendiente o la parte del inversionista, pero no ambas, sean Estado parte del Convenio de CIADI;

²³ Acuerdo sobre Comercio y Cooperación Económica y Técnica entre el gobierno de la República de Colombia y la Comunidad del Caribe (Caricom-Colombia), 24 de julio de 1994.

²⁴ Acuerdo de Complementación Económica No. 24 para el Establecimiento de un Espacio Económico Ampliado entre Chile y Colombia (Chile-Colombia), 6 de diciembre de 1993.

²⁵ Acuerdo de Complementación Económica suscrito entre los gobiernos de la República Argentina, de la República Federativa del Brasil, de la República del Paraguay y de la República Oriental del Uruguay, estados partes del Mercosur y los gobiernos de la República de Colombia, de la República del Ecuador y de la República Bolivariana de Venezuela, países miembros de la Comunidad Andina, del 18 de octubre de 2004.

²⁶ Aprobado por la Ley 172 del 20 de diciembre de 1994. Declarados exequibles la ley aprobatoria y el tratado, por la Sentencia C-137 de 28 de enero de 1995, con ponencia del magistrado Jorge Arango Mejía. Está en vigor para Colombia. El Estado de Colombia manifestó la voluntad para obligarse por virtud del tratado, entrando en vigor el 1 de enero de 1995.

c. Las reglas de arbitraje de la comisión de Naciones Unidas sobre Derecho Mercantil Internacional (“Reglas de arbitraje de CNUDMI”), aprobadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 15 de diciembre de 1976, cuando la parte contendiente y la parte del inversionista no sean Estado parte del Convenio de CIADI, o éste no se encuentre disponible.

3. Las reglas propias de cada uno de los procedimientos arbitrales mencionados en el párrafo anterior serán aplicables salvo en la medida de lo establecido por esta sección.

4. *Cada parte consiente en someter las reclamaciones a arbitraje de conformidad con lo previsto en esta sección 2.*

De esta forma se acepta en este TLC el arbitraje transnacional unilateral para que los inversores extranjeros puedan solucionar sus diferencias relativas a una inversión con cualquiera de los Estados parte.

Esta norma permite que se acuda al CIADI, a las reglas del mecanismo complementario del CIADI (para Estados no parte en el Convenio de Washington de 1965, caso de los Estados Unidos Mexicanos) y a las reglas de arbitraje de la CNUDMI. La Corte Constitucional colombiana, en la revisión de constitucionalidad sobre la ley aprobatoria del tratado y el instrumento internacional mismo, no se detiene mucho en el examen de este punto, al considerar solamente que:

En materia de inversión, el Tratado establece el principio de Trato Nacional y el de Nación Más Favorecida para los inversionistas de los tres países. Se prevén disposiciones en materia de requisitos de desempeño, se fijan las garantías para la transferencia de la inversión y de sus utilidades, disciplinas en materia de expropiación y se establece un mecanismo de solución de controversias entre una parte y un inversionista.

En materia de garantías de expropiación, cabe precisar que las obligaciones en este tema se aplican exclusivamente entre México y Venezuela. Colombia, de acuerdo con lo establecido en el anexo al artículo 17.08 se reserva la aplicación de dichas disciplinas.

En este capítulo se desarrolla el marco regulatorio propicio para promover el flujo de inversión creciente que se espera, resulte de la entrada en vigencia del Acuerdo.

La Corte Constitucional colombiana, en esta decisión, se centra en examinar el artículo 17-08, por el cual se proscribe la expropiación y la nacionalización directas o indirectas de una inversión o de un inversionista de otra parte en el territorio de las partes y se prohíbe la adopción de medidas equivalentes a la ex-

propiación o nacionalización de esas inversiones, sin referirse de manera directa a la solución de controversias entre inversor y Estados. De igual forma, por lo anterior se puede observar cómo el Estado colombiano consagra este tipo de arbitraje en los TLC.

Conclusiones

El presente acápite se quiere remarcar cómo el arbitraje transnacional unilateral en el derecho internacional de las inversiones se constituye actualmente, sin lugar a dudas, en una institución del derecho arbitral que está produciendo efectos trascendentes y novedosos en las estructuras de los ordenamientos jurídicos internos de los Estados.

El Estado colombiano no ha estado ajeno a esos efectos. Así es como, por ejemplo, en el marco de las negociaciones que adelanta el gobierno los Estados Unidos de América, sin que se conozca aún el texto definitivo del tratado, por informaciones recibidas de parte de los negociadores internacionales en la Mesa de Inversión, en este acuerdo internacional se estipulará, en el Capítulo de Inversión, en la parte sobre solución de diferencias entre inversor y Estado, el arbitraje transnacional unilateral.

En este mismo sentido, a pesar de que después de llevado a cabo un estudio sobre el derecho de la inversión extranjera en Colombia se pueda afirmar que en nuestro orden jurídico interno no existe un acto jurídico unilateral autónomo (norma constitucional, legal o reglamentaria) que consagre el arbitraje transnacional unilateral, ello no significa que no estemos sujetos a sus efectos.

Así, el Decreto 2080 del 18 de octubre de 2000, por medio del cual se expide el régimen general de inversiones de capital del exterior en Colombia y de capital colombiano en el exterior, se señala en el Capítulo VI, sobre solución de controversias, sanciones y controles, que:

Salvo lo dispuesto en los tratados o convenios internacionales vigentes, en la solución de controversias o conflictos derivados de la aplicación del régimen de las inversiones de capital del exterior, se aplicará lo dispuesto en la legislación colombiana.

Con la misma salvedad contemplada en el inciso anterior y sin perjuicio de las acciones que puedan instaurarse ante jurisdicciones extranjeras —continúa diciendo el artículo 14 de dicha norma— todo lo atinente a las inversiones de capital del exterior, también estará sometido a la jurisdicción de los tribunales y normas arbitrales colombianas, salvo que las partes hayan pactado el arbitraje internacional.

No obstante lo anterior, la Ley 963 del 8 de julio de 2005, por la cual se instaure un régimen de estabilidad jurídica para los invasores en Colombia, expresamente dispone en el artículo 7° que las diferencias originadas en los contratos de estabilidad jurídica podrán ser resueltos por tribunales arbitrales nacionales, lo cual permite la aplicación de las leyes colombianas. Así es como prescribe que “Los contratos de estabilidad jurídica podrán incluir una cláusula compromisoria para dirimir las controversias derivadas de los mismos. En este caso, se establecerá un tribunal de arbitramento nacional regido exclusivamente por leyes colombianas”.

Es importante señalar cómo, en todo caso, la Corte Constitucional colombiana, en la sentencia C-441 de 1996, por medio de la cual revisó la constitucionalidad de la ley aprobatoria del Convenio de Washington de 1965 y el convenio mismo, consideró que el consentimiento de las partes constituye la piedra angular de la solución de las controversias en el derecho internacional de las inversiones.

Bibliografía

- Ben Hamida, Walid. “L’arbitrage Etat-investisseur étranger: regards sur les traites et projets récents”, en *Journal de Droit International*, No. 2, 2004.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencias C-358 de 1996 y C-379 de 1996.
- Colombia de Colombia. Decreto 2080 del 18 de octubre de 2000.
- de Colombia. Ley 963 del 8 de julio de 2005.
- Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados.
- Dupuy, Pierre Marie. *Droit International Public*, Pasis, Dalloz, 1995.
- Paulsson, J. “Arbitration without Privity”, en *ICSID Revue, Foreign Investment Law Journal*, 1995.
- Pellet, Allain. *Droit international public*, Paris, LGDG, 1995.