

La jurisdicción del CIADI: una evolución en el arreglo de controversias internacionales

Héctor Mauricio Medina Casas*

Hemos sido convocados con el fin de rendir merecido homenaje al doctor Germán Cavelier, gran jurista de nuestro país, que desde la academia y el ejercicio de la abogacía divulgó y enriqueció el derecho internacional en Colombia. En desarrollo de ese objetivo, el presente ensayo aborda un tema de gran actualidad e interés, que involucra problemáticas relativas tanto al derecho internacional público como al privado: el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI).

En materia de solución de controversias internacionales, comúnmente se han identificado dos tipos de arbitraje, dependiendo de la calidad de los sujetos que en ellos intervienen. Uno, de carácter estatal (arbitraje interestatal), vincula solamente a Estados como sujetos de derecho internacional, y busca poner fin a los conflictos que se suscitan entre éstos; y otro, de carácter privado, cuyo fin es la solución de controversias entre operadores comerciales internacionales (arbitraje comercial internacional).

Como un desarrollo del derecho internacional, desde hace algunas décadas se está consolidando otro tipo de arbitraje, cuyo fin es la solución de los litigios presentados entre inversionistas privados internacionales y los Estados receptores de dichas inversiones. Decimos desarrollo, pues antes de la existencia de esta forma de solución de controversias los particulares sólo podían dirimir sus conflictos con estos sujetos ante las jurisdicciones internas de los Estados demandados y, eventualmente, mediante el ejercicio de la protección diplomática que hiciera su Estado frente al otro por la violación del derecho internacional. Esta situación no

* Abogado de la Pontificia Universidad Javeriana. Magíster (DEA) en Derecho Internacional Económico, Universidad de París I (Panthéon-Sorbonne). Profesor de la Universidad del Rosario. Socio de la firma M&P Abogados. El autor agradece la importante colaboración de la línea de investigación en materia de arbitraje de la Universidad del Rosario en la elaboración de este artículo.

era del todo favorable para la solución de controversias, puesto que el inversionista siempre preferirá un foro ajeno al Estado demandado por considerarlo más imparcial y, además, porque el ejercicio de la protección diplomática no constituye un mecanismo idóneo para solucionar estas diferencias.

Este nuevo arbitraje, que se ha denominado *arbitraje mixto*,¹ es administrado principalmente por el CIADI, creado mediante el Convenio sobre arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados suscrito en Washington el 18 de marzo de 1965². A través de este Convenio se instituyó un sistema institucional e internacional de solución de conflictos en materia de inversiones internacionales, alternativo a la jurisdicción de los Estados receptores de capital extranjero.

El CIADI administra dos sistemas de solución de diferencias.³ Por una parte, el sistema establecido mediante el Convenio, en virtud del cual conoce de las controversias entre Estados y nacionales de otros Estados, siempre que ambos Estados lo hubieran ratificado. Por la otra, el sistema del mecanismo complementario,⁴ para los casos en los que solamente un Estado, sea el receptor o sea el exportador de la inversión, hace parte del Convenio. Para cumplir su función, el Centro está compuesto por un consejo administrativo y un secretario, y mantiene una lista de conciliadores y árbitros expertos en la materia.⁵

El Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados fue celebrado bajo el auspicio del Banco Internacional de Reconstrucción y Desarrollo, con el objeto de promover el flujo de inversiones entre los países signatarios. En efecto, los países exportadores de capital ven como garantía que los conflictos sobre las inversiones de sus nacionales sean resueltos por jueces independientes del Estado receptor de la inversión y, en

¹ Algunos autores prefieren denominarlo arbitraje *semiinternacional* o *arbitraje transnacional*. La primera expresión es utilizada por Eisemann, F. "La double sanction prévue par la Convention de la B.I.R.D. en cas de collusion ou d'ententes similaires entre un arbitre et la partie qui l'a désigné", en *AFDI*, 1977, p. 436. La segunda por Burdeau, G. "Nouvelles perspectives pour l'arbitrage dans le contentieux économique intéressant les Etats", en *Revue de L'arbitrage*, 1995, p. 9.

² Para un estudio más detallado sobre el CIADI: Álvarez, G. *Las características del arbitraje del CIADI*, disponible en <http://www.worldbank.org/icsid/document>. Véase también: Zuleta, E. "El CIADI, una opción para reflexionar", en *Revista de Derecho Público*, No. 14, 2002, Universidad de los Andes, pp. 143-164.

³ Escobar, A. "Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones", en *La solución de controversias en el hemisferio*, Bogotá, Cámara de Comercio, 1997, pp. 287-297.

⁴ Adoptado por el Consejo Administrativo del CIADI, el 27 de septiembre de 1978.

⁵ Artículo 3 del Convenio de Washington.

ese orden de ideas, la ratificación del Convenio debe implicar un mayor flujo de inversión hacia los Estados que lo han hecho.

A la fecha, 155 países han firmado el Convenio creador del CIADI y, de éstos, 142 han depositado los instrumentos de ratificación,⁶ entre los cuales se encuentra Colombia, que aprobó el Convenio mediante la Ley 267 de 1995⁷ y depositó el instrumento de ratificación el 15 de julio de 1997.

La actualidad del estudio del CIADI y su importancia para Colombia son innegables. Además de ser parte del Convenio, el país ha suscrito varios acuerdos bilaterales para la protección y promoción de la inversión, en los cuales se ha comprometido a someter los conflictos que se presenten con inversionistas provenientes de esos países a la jurisdicción del CIADI,⁸ sin que hasta la fecha haya enfrentado reclamación alguna ante dicha institución. Del mismo modo, el tratado de libre comercio firmado entre Colombia, México y Venezuela (G-3)⁹ prevé esta posibilidad, así como lo hace el borrador del Tratado de Libre Comercio (TLC) entre Estados Unidos y Colombia y el Acuerdo de Libre Comercio de las Américas (ALCA), cuyas negociaciones están en proceso.

Ahora bien, conviene abordar si la jurisdicción del Centro califica como jurisdicción interna o como jurisdicción internacional, toda vez que ciertos autores le niegan esta última característica. En efecto, algunos consideran que los particulares, por su naturaleza privada, no pueden acceder al orden internacional, por ser este tipo de procedimientos necesariamente de carácter interno.¹⁰ No obstante, comparemos el análisis realizado por Charles Leben, quien, comparando las características de la Corte Internacional de Justicia con las del CIADI, concluye que este último constituye una verdadera jurisdicción internacional. De hecho, en su concepto, el CIADI cumple las características de toda jurisdicción internacional, ya que (i) fue

⁶ Información actualizada a mayo 25 de 2005. Véase <http://www.worldbank.org/icsid/constate/c-states-sp.htm>.

⁷ Mediante sentencia C-442 de 1996 (M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz), la Corte Constitucional encontró ajustado el Convenio sobre arreglo de diferencias a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados a la Constitución Política vigente.

⁸ A la fecha, Colombia ha firmado tratados bilaterales para la promoción y protección recíproca de inversiones con Cuba (Ley 245), España (Ley 437), Chile (Ley 672), Perú (Ley 279) y el Reino Unido (Ley 246). De éstos, el único tratado que no tiene prevista la posibilidad de acudir al CIADI es el firmado con Cuba. El único vigente es el celebrado con Perú. Todos los demás fueron declarados parcialmente inexecutable por la Corte Constitucional.

⁹ Artículo 17-18 del Tratado de libre comercio entre Colombia, México y Venezuela.

¹⁰ Sobre el punto véase: Anzilotti, D. *Cours de droit International*, París, Panthéon-Assas, 1999, pp. 135-136.

creado mediante un tratado internacional; (ii) en el procedimiento se aplica el derecho internacional consagrado en su tratado creador; (iii) en cuanto al fondo los tribunales pueden aplicar el derecho internacional con el fin de solucionar la controversia; (iv) se resuelven controversias de tipo internacional, y (v) sus decisiones no están sometidas a procedimientos establecidos en el derecho interno.¹¹

Bajo este entendido, a través de este ensayo se presentan las principales características de la jurisdicción del CIADI. Se aborda, en primer lugar, el Consentimiento como requisito para el sometimiento de controversias al CIADI y, en segundo lugar, su ámbito de aplicación.

El consentimiento: fundamento esencial de la jurisdicción del CIADI

En términos generales, la palabra *jurisdicción* proviene del *latín iuris dictio*, que etimológicamente significa declarar o imponer el derecho.¹² Ella resulta del poder soberano de los Estados y, básicamente, puede definirse como “la función pública de administrar justicia mediante un proceso”.¹³ Corresponde a los Estados regular su ejercicio dentro de su territorio con el fin de impartir justicia de manera adecuada.

En materia internacional, resultado también del poder soberano, los Estados gozan de la denominada *inmunidad de jurisdicción*. En virtud de esta figura, los Estados solamente pueden ser juzgados ante sus propios tribunales y, de esta manera, se excluye la posibilidad de seguirles un proceso judicial en territorios o en foros distintos del suyo.¹⁴ Sin embargo, no se trata de una inmunidad absoluta, pues los Estados de manera voluntaria pueden renunciar a ella, ya sea aceptando su participación dentro de un proceso iniciado ante otros tribunales o renunciando convencionalmente, a través de un contrato celebrado con un particular o de un tratado internacional.¹⁵ De esta manera, se hace necesaria la manifestación de la voluntad del Estado para someterse a una jurisdicción diferente a la suya.¹⁶

¹¹ Leben, C. “*La théorie du contrat d'état et l'évolution du droit international des investissements*”, en *Recueil des Cours L'Académie de Droit International de La Haye*, t. 302, 2003, pp. 331-341.

¹² López Blanco, H. F. *Procedimiento civil parte general*, Bogotá, Edupre, 2002, p. 127.

¹³ *Ibid.*, p. 128.

¹⁴ Sobre este punto de la inmunidad de jurisdicción véase: Carreau, D. *Droit international*, Paris, Pedone, 2001, pp. 375-384.

¹⁵ Combacau, J. y Sur, S. *Droit international public*, Paris, Montchrestien, 1999, pp. 243-244.

¹⁶ Es conocido en derecho internacional que la jurisdicción internacional se encuentra fundada en el consentimiento de los Estados y sólo existe en los términos en que ésta ha sido aceptada. Así

En lo que se refiere al CIADI, este principio tiene plena aplicación y, por consiguiente, los Estados sólo pueden acudir a su jurisdicción si lo han manifestado. El consentimiento de los Estados se verifica con el cumplimiento de dos condiciones: en primer lugar, la ratificación del Convenio creador del Centro y, en segundo lugar, el sometimiento de una controversia concreta para que allí sea resuelta.

La ratificación del Convenio, necesaria mas no suficiente

El CIADI cuenta con jurisdicción internacional, gracias a la voluntad de los Estados manifestada en la aceptación y ratificación del Convenio. Al ratificarlo, los Estados aceptan la existencia de una nueva jurisdicción, a la cual podrán acudir para la solución de sus controversias en materia de inversión. Ahora bien, los Estados que no hacen parte del Convenio no podrán acceder al Centro,¹⁷ toda vez que un tratado no crea derechos ni obligaciones para un tercer Estado sin su consentimiento (*pacta tertiis nec nocent nec prosunt*).¹⁸

El Convenio creador del CIADI puede clasificarse como un tratado abierto, en el sentido de permitir a terceros Estados ratificarlo con posterioridad a su entrada en vigor. En este sentido, el artículo 67 estipula: “Este convenio quedará abierto a la firma de los Estados miembros del Banco. Quedará también abierto a la firma de cualquier otro Estado signatario del estatuto de la Corte Internacional de Justicia al que el Consejo Administrativo, por voto de dos tercios de sus miembros, hubiere invitado a firmar el Convenio”.

Sin embargo, la ratificación del Convenio no implica el sometimiento automático de los Estados parte a esta jurisdicción. Para que esto sea posible, se requiere, además, que los Estados manifiesten su consentimiento en ese sentido, tal como se deduce del preámbulo del Convenio, que contiene la siguiente declaración de los Estados: “... [sic] la mera ratificación, aceptación o aprobación de este convenio por parte del Estado contratante, no se reputará que constituye una obligación de someter ninguna diferencia determinada a conciliación o arbitraje, a no ser que medie el consentimiento de dicho Estado”.

se desprende de los asuntos *Mavrommatis* (1924) y de los fosfatos marroquíes (1938), conocidos por la Corte Permanente de Justicia Internacional.

¹⁷ Excepcionalmente los Estados que no hacen parte del Convenio podrían acudir al Centro a través del mecanismo complementario que ha sido creado para estos casos. El reglamento del mecanismo complementario puede consultarse en: <http://www.worldbank.org/icsid/facility/facility.htm>.

¹⁸ Benadava, S. *Derecho internacional público*. Santiago de Chile, Editorial Jurídica Cono Sur, 1993, p. 78.

En cuanto a las consecuencias derivadas de su ratificación, podemos identificar dos de tipo jurídico y una de tipo político. Desde el punto de vista jurídico, en primer lugar el Estado parte adquiere el derecho de someter al CIADI la solución de sus controversias en materia de inversión, y de esta forma cuenta con la posibilidad de acudir a un órgano especializado en la materia, que goza de la mayor reputación en el ámbito internacional. Claro está, se requerirá que el Estado manifieste su intención de someterse a esta jurisdicción, tal como se verá más adelante.

En segundo lugar, la ratificación del Convenio por parte de los Estados contratantes implica su renuncia al ejercicio de la protección diplomática. En efecto, el artículo 27 dispone:

1. Ningún Estado contratante concederá protección diplomática ni promoverá reclamación internacional respecto a cualquier diferencia que uno de sus nacionales y otro Estado contratante hayan consentido en someter o hayan sometido a arbitraje conforme con este convenio, salvo que este último Estado contratante no haya acatado el laudo dictado en tal diferencia o haya dejado de cumplirlo.
2. A los efectos de este artículo no se considerará como protección diplomática las gestiones diplomáticas informales que tengan como único fin facilitar la resolución de la diferencia.

La protección diplomática puede ser definida como la facultad que tienen los Estados para reclamar, a ‘nombre’ de sus nacionales, los perjuicios que éstos han sufrido por la violación del derecho internacional que hiciera otro Estado.¹⁹ En otras palabras, en virtud de la protección diplomática, el nacional perjudicado traslada sus derechos a su Estado de origen, para que éste los haga valer frente al Estado que ha faltado al derecho internacional.

No han sido pocas las reclamaciones internacionales iniciadas en ejercicio de la protección diplomática²⁰ por violación del derecho internacional. No obstante, se trata de un procedimiento complejo que no siempre conviene a los nacionales y a los Estados involucrados en la controversia, situación que justifica su renuncia.

En efecto, el ejercicio de la protección diplomática puede ser injusto con los inversionistas afectados en la medida en que el Estado no está obligado a adelantar,

¹⁹ Carreau, *op. cit.*, pp. 460-474.

²⁰ Para mencionar algunos: Asunto *Mavrommatis* (1924) CPJI, Asunto de los prestamos serbios y brasileños (1929) CPJI, Caso *Nottebohm* (1953) CIJ y el Caso de la *Barcelona Traction* (1970) CIJ.

frente al otro Estado, la reclamación de su nacional.²¹ Para ejercer la protección diplomática se requiere el agotamiento de los recursos internos existentes en el Estado que presuntamente faltó al derecho internacional y, una vez agotados, el Estado que inicia la protección diplomática tiene toda la dirección de la reclamación, y puede llegar a soluciones que no satisfagan los intereses de sus nacionales. En otras palabras, el nacional pierde el control de la situación litigiosa y se somete al arreglo que logre su Estado. Por otro lado, la actuación de un Estado frente a otro, a través de la protección diplomática, podría configurar en materia internacional una intromisión en los asuntos internos de un Estado, situación proscrita por el derecho internacional.

En cuanto a la consecuencia política, la ratificación del Convenio tiene un efecto positivo frente a la comunidad internacional, pues el Estado parte se presenta como un sujeto que reconoce la jurisdicción internacional y que está dispuesto a acatar sus decisiones, situación que lo hace llamativo para atraer inversiones extranjeras a su territorio. Expuesto lo anterior, es necesario examinar la manifestación concreta del consentimiento de los Estados y los inversionistas para someter una controversia al CIADI.

El sometimiento concreto de la controversia

Como se ha mencionado, el CIADI tiene jurisdicción para conocer controversias en materia de inversión, siempre que exista un acuerdo escrito de las partes involucradas en el conflicto. La particularidad de la jurisdicción del Centro sobre este punto radica en que no solamente el acuerdo puede manifestarse a través de una cláusula compromisoria o de un compromiso, como suele suceder en materia de arbitraje, sino que además el Centro puede conocer una controversia de conformidad con lo que se estipule en tratados internacionales o en las leyes de los Estados receptores de capital.

En ese sentido, podemos afirmar que frente al CIADI las partes en conflicto pueden manifestar su voluntad de manera simultánea o escalonada. En efecto, si en un mismo acto las partes acuerdan someter su controversia al CIADI, existirá un consentimiento simultáneo; tal es el caso del contrato de arbitraje. Por el contrario, si cada una de las partes manifiesta su voluntad en momentos distintos,

²¹ Se trata de una facultad discrecional del Estado que se ejerce de acuerdo con su conveniencia. Así, por ejemplo, es el Estado quien debe analizar los costos, tanto políticos como económicos, del ejercicio de la acción.

existirá un consentimiento escalonado, caso típico de los procesos que surgen en virtud de acuerdos bilaterales de promoción y protección de las inversiones y de leyes nacionales.

Conviene abordar las particularidades de cada una de estas manifestaciones del consentimiento. En primer lugar, a través del contrato de arbitraje las partes manifiestan someter sus diferencias, actuales o futuras, a la jurisdicción arbitral. El contrato de arbitraje puede presentarse como un compromiso o como una cláusula compromisoria, y constituir la diferencia específica entre ambas figuras la existencia de un conflicto al momento de celebrar el contrato. En el compromiso, la controversia existe al momento de la manifestación de voluntad de las partes, mientras que en la cláusula compromisoria aún no se ha suscitado ninguna diferencia entre ellas.²²

Con el fin de facilitar el sometimiento de controversias a través de alguna de estas figuras, el CIADI ha elaborado modelos tanto de cláusula compromisoria como de compromiso.²³ Estos modelos reconocen, tal y como lo estipula el Convenio, que no sólo los Estados que lo han ratificado pueden someter sus diferencias al Centro, sino también alguna de sus subdivisiones políticas o alguno de sus organismos públicos;²⁴ además, en desarrollo de la autonomía otorgada a las partes, éstas tienen la libertad de escoger cuál de los servicios del CIADI desean

²² Sobre la definición de compromiso y cláusula compromisoria en derecho colombiano, véanse los artículos 115, 116 y 117 de la Ley 446.

²³ Para la cláusula compromisoria: “El [Gobierno]/[nombre de la subdivisión política u organismo público] de *nombre del Estado Contratante* (en adelante denominado el ‘Estado Receptor’) y nombre del inversionista (en adelante denominado ‘el inversionista’) convienen por la presente en someter al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (en adelante denominado el ‘Centro’) toda diferencia que surja de este acuerdo o se relacione con el mismo, para su arreglo mediante [conciliación]/[arbitraje]/[conciliación seguida de arbitraje si la diferencia permanece sin resolverse dentro de *plazo* después de comunicado el informe de la Comisión de Conciliación a las partes] de conformidad con el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (en adelante denominado el ‘Convenio)’.” Y para el compromiso: “El [Gobierno]/[*nombre de la subdivisión política u organismo público*] de *nombre del Estado Contratante* (en adelante denominado el ‘Estado Receptor’) y *nombre del inversionista* (en adelante denominado ‘el Inversionista’) convienen por la presente en someter al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (en adelante denominado el ‘Centro’) para su arreglo mediante [conciliación]/[arbitraje]/[conciliación seguida de arbitraje si la diferencia permanece sin resolverse dentro de *plazo* después de comunicado el informe de la Comisión de Conciliación a las partes] de conformidad con el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, la siguiente diferencia surgida de la inversión que se describe a continuación:...” Véase <http://www.worldbank.org/icsid/model-clauses-spa/7.htm#a>.

²⁴ Artículo 25 num. 3 del Convenio de Washington.

utilizar, ya sea el servicio de conciliación, el de arbitraje, o los dos, por lo cual el arbitraje está condicionado al fracaso de la conciliación.

En segundo lugar, la voluntad del Estado para someter una controversia al Centro puede estar expresada en acuerdos bilaterales para la promoción y protección de las inversiones, conocidos en el mundo por el nombre de bilateral *investment treaties* (BIT). Estos acuerdos son tratados internacionales que vinculan a dos o más Estados con el fin de crear un entorno jurídico atractivo para la inversión extranjera mediante el otorgamiento de garantías y condiciones mínimas de protección al inversionista.²⁵

Es común encontrar en este tipo de actos cláusulas que regulan aspectos, como la admisión y el tratamiento de las inversiones internacionales; la compensación por pérdidas; la nacionalización y la expropiación; la repatriación de la inversión y de sus rendimientos; y la manera como se resolverán las controversias que se presenten tanto entre los Estados partes, como entre sus inversionistas y el Estado receptor de la inversión.²⁶

En cuanto a las controversias entre Estados e inversionistas de otros Estados, las cláusulas de los acuerdos indican cuál o cuáles serán los foros competentes para solucionarlas. Así, algunos señalan un foro único competente, mientras que otros permiten al inversionista escoger entre diferentes alternativas²⁷ (CIADI, el reglamento de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Comercial Internacional o tribunales nacionales).

A título de ejemplo, dentro del contexto colombiano, el acuerdo bilateral para la promoción y protección de las inversiones celebrado entre Colombia y Perú acepta someter al CIADI las diferencias que surjan entre alguno de estos Estados y sus inversionistas, de la siguiente manera:

²⁵ Sobre el punto véase: Lizarazu, L. “Acuerdos bilaterales de promoción y protección a la inversión (APPI)”, en *La inversión extranjera en Colombia. Régimen jurídico y análisis económico*, Bogotá, Universidad Sergio Arboleda, 1997, pp. 93-129. Zapata, A. “Acuerdos bilaterales para la promoción y protección de inversiones internacionales. La experiencia colombiana”, en *Colecciones de derecho económico II*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000, pp. 125-176.

²⁶ Sobre el arbitraje y los acuerdos bilaterales para la promoción y protección de las inversiones en Latinoamérica, véase Blackaby, N. “El arbitraje según los tratados bilaterales de inversión y tratados de libre comercio en América Latina”, en *Revista Internacional de Arbitraje I*, Universidad Sergio Arboleda, Comité Colombiano de Arbitraje y Legis, Bogotá, 2004, pp. 17-63.

²⁷ Esta posibilidad es la más utilizada en el ámbito internacional y se conoce como cláusula de elección de vías.

... (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 o arbitraje, según lo dispuesto en el Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativas a las Inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados abierto para firmar en Washington el 18 de marzo de 1965.²⁸

Disposiciones similares también se encuentran en los capítulos que regulan las inversiones internacionales en algunos tratados de libre comercio; así, por ejemplo, en los tratados celebrados entre Colombia, México y Venezuela (G-3),²⁹ Canadá, Estados Unidos y México (TLCAN), y en los proyectos de ALCA y de TLC, entre Colombia y Estados Unidos, que posibilitan el someter al CIADI las diferencias que por razones de inversión se presenten entre éstos e inversionistas provenientes de alguno de estos Estados.

De este modo, los Estados manifiestan su voluntad para someter las controversias en materia de inversiones al CIADI, sin importar con quién se presenten, siempre que se trate de inversionistas provenientes del otro Estado contratante.³⁰ En otras palabras, a través de este tipo de cláusulas el Estado receptor de capital realiza una oferta de arbitraje, pública y permanente, a los inversionistas del otro Estado,³¹ quienes se encuentran en la libertad de aceptarla o rechazarla. La acep-

²⁸ Artículo 12 del Acuerdo para la Promoción y Protección de las Inversiones, celebrado entre Colombia y Perú.

²⁹ Artículo 17-18: "... 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 de 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; o 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 este no se encuentre disponible...".

³⁰ Este tipo de arbitraje se denomina en inglés *arbitration without privity*. Sobre el tema véase Paulsson, J. "Arbitration Without Privity", en *ICSID Review-Foreign Investment Law Journal*, vol. 10, No. 2, 1995, pp. 232-257.

³¹ La naturaleza jurídica de la manifestación que realizan los Estados en someterse al CIADI con fundamento en la cláusula de un acuerdo para la promoción y protección de las inversiones o de un

tación del inversionista se verificará con la presentación de la demanda ante el CIADI, momento en el que se perfecciona el acuerdo de las partes a través de cual se otorga competencia al Centro para conocer de las controversias existentes.

En otros términos, el Estado manifiesta su consentimiento en el tratado internacional y el inversionista lo hace mediante la presentación de su demanda, tal y como lo manifestaron, para citar un ejemplo, los árbitros en la controversia surgida entre *American Manufacturing & Trading Inc.* y la República Democrática del Congo:

... no podrá sostenerse que el consentimiento de las partes de presentarse ante el CIADI simplemente resulta de un acuerdo preexistente entre los Estados Unidos y Zaire. [...] En el presente caso sucede que AMT ha optado por un procedimiento ante el CIADI. AMT ha expresado su elección sin ambigüedad alguna. Este deseo junto con el de Zaire expresado en el tratado, crearán el consentimiento necesario para validar la asunción de jurisdicción por el Centro.³²

En tercer lugar, también es posible acudir a la jurisdicción del CIADI si la legislación del Estado receptor de capital lo permite. Este tipo de legislación —que en algunos países se denomina *código de inversiones*— consagra los derechos y obligaciones del Estado y del inversionista extranjero. En ciertos casos, estas normas permiten someter las controversias que se presentan entre inversionistas y el Estado receptor de la inversión a tribunales internacionales, ya sea porque se otorga este derecho al inversionista extranjero (acuerdo escalonado) o porque la ley permite el arbitraje internacional, previo acuerdo de las partes (acuerdo simultáneo).

Dentro de los casos adelantados ante el CIADI, vale la pena traer a colación los que enfrentaron a *Southern Pacific Properties Ltd.* con la República de Egipto³³ y a la sociedad *Tradex Hellas S. A.* con la República de Albania, en los cuales los tribunales adquirieron competencia en virtud de las leyes de estos Estados, que permitían acudir al CIADI para resolver las controversias presentadas con sus inversionistas. Particularmente, en el segundo de los casos el tribunal manifestó:

tratado de libre comercio ha sido abordada en diferentes arbitrajes CIADI, así, por ejemplo: *Asian Agricultural Products Limited* contra la República Socialista Democrática de Sri Lanka, caso CIADI ARB/87/3; *American Manufacturing & Trading Inc.* contra la República Democrática del Congo, caso CIADI ARB/93/1; *Ceskoslovenska Obchodni Banka, A. S.* contra la República Eslovaca, caso CIADI ARB/97/4; y *Lanco Internacional Inc.* contra la República de Argentina, caso CIADI ARB/97/6.

³² Caso CIADI ARB/93/1.

³³ Decisión de jurisdicción del 27 de noviembre de 1985, caso CIADI ARB/84/3.

Starting with the Art. 26 of the ICSID convention, the Tribunal notes that, although consent by written agreement is the usual method of submission to ICSID jurisdiction, it can now be considered as established and not required further reasoning that such consent can also be effected unilaterally by a Contracting State in its national laws the consent becoming effective at the latest if and when the foreign investors files its claim with ICSID making use of the respective national law...³⁴

Otros países, como Ecuador y Venezuela, consagran en sus leyes la posibilidad de acudir al arbitraje CIADI, mas no como una facultad del inversionista, sino como una opción otorgada a las dos partes involucradas en el conflicto.³⁵ En Colombia, el Decreto 2080 de 2000, por medio del cual se expidió el régimen general de inversiones de capital del exterior en Colombia y de capital colombiano en el exterior, permite acudir al arbitraje internacional para la solución de este tipo de controversias, siempre que las partes en el conflicto así lo hubieran pactado. Nuestra legislación interna no hace alusión expresa al arbitraje CIADI; en consecuencia, existe libertad para escoger el foro a través del cual se solucionarán las controversias.³⁶

Por su parte, la recientemente expedida Ley 963, por medio de la cual se establece un régimen de estabilidad jurídica para inversionistas, dispone que en los contratos de estabilidad jurídica que celebre el Estado para promover nuevas inversiones podrá incluirse una cláusula compromisoria por medio de la cual se solucionen las diferencias que surjan entre las partes; pero en tal caso se solucionarán mediante arbitraje nacional regido de manera exclusiva por las leyes colombianas.³⁷ De tal forma, las controversias surgidas por estos contratos típicos de inversión celebrados entre el Estado colombiano y un inversionista, no podrán ser dirimidas frente al CIADI.

Ahora bien, en la práctica, la manifestación del consentimiento a través del contrato arbitral tiene incidencias distintas a la manifestación a través de un acuerdo

³⁴ Decisión de jurisdicción del 24 de diciembre de 1996, caso CIADI ARB/94/2.

³⁵ Véase la Ley de Promoción y Protección de Venezuela, artículo 22 y la ley de inversiones de la República del Ecuador, artículo 29.

³⁶ Artículo 14 del Decreto 2080 de 2000: "Ley y jurisdicción aplicables. 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, 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".

³⁷ Artículo 7 de la Ley 963.

bilateral de promoción y protección de la inversión, de un tratado de libre comercio, o de la legislación del Estado receptor de capital. En efecto, cuando se trata del contrato arbitral, el procedimiento lo puede iniciar tanto el inversionista como el Estado receptor de la inversión; por el contrario, si el Estado manifestó su voluntad mediante un tratado o una ley, el procedimiento sólo lo podrá iniciar el inversionista extranjero, toda vez que éste manifiesta su consentimiento con la presentación de su demanda. En este último caso, el Estado únicamente tendrá la posibilidad de hacer una reclamación al inversionista ante sus propios tribunales, o ante el CIADI, una vez el inversionista ha iniciado el procedimiento, por medio de una demanda de reconvencción.³⁸

Adicionalmente, no es común encontrar que el contrato arbitral exija adelantar un período de consultas³⁹ o agotar los recursos internos existentes en el Estado receptor de capital⁴⁰ como requisito previo para iniciar la acción ante el CIADI; en cambio, estas disposiciones son relativamente habituales en los acuerdos bilaterales para la promoción y protección de las inversiones y en los tratados de libre comercio.

Visto cómo se accede a la jurisdicción del CIADI, se aborda a continuación su contenido y alcance.

Ámbito de aplicación de la jurisdicción del CIADI

El ámbito de aplicación hace referencia al tipo de controversias que pueden ser sometidas a la jurisdicción del CIADI y a la calidad de las personas que pueden actuar ante éste. En lo esencial, el ámbito de aplicación está determinado por el artículo 25 del Convenio que preceptúa lo siguiente:

1. La jurisdicción del Centro se extenderá a las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión entre un Estado contratante (o cualquiera

³⁸ En pocos casos los Estados han presentado demandas de reconvencción dentro del procedimiento. El primer caso en el que esta posibilidad se abordó fue *S.A.R.L. Benvvenuti & Bonfant contra People's Republic of the Congo*, caso CIADI ARB/77/2.

³⁹ Sobre el período de consultas véase: *Salini Costruttori SPA e Italstrade SPA* contra el Reino de Marruecos, caso CIADI ARB/00/4.

⁴⁰ Sobre el agotamiento de los recursos internos, véase: *Maffezini* contra el Reino de España caso CIADI ARB/97/7. La singularidad de este caso radica en que a pesar que el tratado bilateral para la promoción y protección de las inversiones celebrado entre Argentina y España, exigía el agotamiento de los recursos internos para acceder a la jurisdicción internacional, el tribunal omitió la exigencia y se declaró competente con fundamento en la cláusula de la nación mas favorecida, toda vez que España

subdivisión política u organismo público de un Estado contratante acreditados ante el Centro por dicho despacho) y el nacional de otro Estado contratante y que las partes hayan consentido por escrito en someter al Centro. El consentimiento dado por las partes no podrá ser unilateralmente retirado.

Como puede observarse, el CIADI fue concebido para resolver exclusivamente diferencias de naturaleza jurídica; sin embargo, el Convenio no definió esta expresión, por lo que debemos acudir a sus trabajos preparatorios y a la definición que sobre el punto existe en la jurisprudencia internacional.

Por un lado, en el ámbito internacional es clásica la definición que sobre el punto dio la Corte Permanente de Justicia Internacional en el asunto de las concesiones *Mavrommatis* en Palestina, en el que expresó: “Un diferendo es un desacuerdo sobre un punto de derecho o de hecho, una contradicción, una oposición de tesis jurídicas o de intereses entre dos personas”.⁴¹

Por el otro, en los trabajos preparatorios del Convenio se precisó que el término se refiere a conflictos de derechos y no simplemente a conflictos de intereses, por ello se excluyeron de la jurisdicción del Centro aquellas diferencias de carácter económico, político y moral⁴² que pudieran suscitarse. Así las cosas, tenemos que toda controversia que pretenda someterse a la jurisdicción del CIADI debe estar fundada en la violación de un derecho existente o en el incumplimiento de una obligación por parte de alguno de los sujetos que intervienen en el procedimiento.

Ahora bien, no toda controversia de naturaleza jurídica puede someterse al procedimiento del Centro, puesto que la jurisdicción está en función de la materia del litigio, en la medida en que el CIADI conoce exclusivamente controversias directamente relacionadas con inversiones internacionales (competencia *ratione materiae*), y del tipo de personas que pueden acudir al Centro (competencia *ratione personae*).

Competencia *ratione materiae*: diferencias sobre inversiones

El CIADI fue creado con el objetivo específico de resolver controversias de naturaleza jurídica derivadas de operaciones de inversión internacional.⁴³ No se encuentra

en otros tratados similares no exigía el recurso previo ante sus tribunales nacionales.

⁴¹ Caso de las concesiones *Mavrommatis* en Palestina, CPJI, 1924.

⁴² ICSID, History of the ICSID Convention. Documents Concerning the Origin and the Formulation of the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States, Washington, D. C., ICSID, vol. II-1, mencionado por Álvarez, *op. cit.*

⁴³ Artículo 1 del Convenio de Washington.

en el Convenio una definición de inversión, ni de inversión internacional, razón por la cual les corresponde a los Estados que lo ratifican determinar las operaciones que en su concepto califican como tal. En efecto, de los trabajos preparatorios del Convenio se desprende que a pesar de los intentos de sus redactores por definir el término inversión, no fue posible llegar a un consenso, y se concluyó que correspondería a los Estados, al momento de manifestar su consentimiento, definir qué entendían por inversión y cuáles de estas operaciones someterían al Centro.

La doctrina ha intentado igualmente definir este término, estableciendo ciertos elementos que en su concepto deben reunirse para que una operación califique como inversión. Estos elementos son principalmente la existencia de un aporte, una determinada duración y la existencia de un riesgo.⁴⁴ Algunos otros, además de lo anterior, exigen que el aporte constituya una contribución significativa al desarrollo del Estado receptor de la inversión.⁴⁵

En la práctica, los Estados, más que definir el término *inversión*, lo que hacen es enumerar, ya sea en sus leyes internas, en los acuerdos para la promoción y protección de las inversiones o en los capítulos de inversión de los tratados de libre comercio que suscriben, las operaciones que consideran como tal. Así, por ejemplo, es común encontrar que califica como inversión la adquisición de acciones o de cuotas sociales, la adquisición de inmuebles o los aportes realizados mediante actos o contratos.

Dentro de los asuntos sometidos a arbitraje del CIADI, la primera vez que se estudió con detenimiento el significado y alcance de la palabra *inversión* fue en el caso que enfrentó a la sociedad Fedax NV con el Estado de Venezuela, en el cual el Estado argumentó que el Centro carecía de competencia, por cuanto la operación no calificaba como una inversión internacional. De dicho asunto puede deducirse, en primer lugar, que la inversión realizada por el inversionista puede ser tanto una inversión directa como una inversión indirecta, y en segundo lugar, que no siempre los elementos clásicos que caracterizan la operación de inversión son necesarios para que el Centro adquiera competencia.

Por un lado, Venezuela manifestó que el Centro sólo tenía competencia para resolver controversias derivadas de inversiones extranjeras directas, al tenor de lo

⁴⁴ Sobre las distintas definiciones de inversión, véase: Carreau, D. y Juillard, P. *Droit international économique*, Paris, LGDJ, 1998, pp. 394-406.

⁴⁵ Schreuer, C. "Commentary on the ICSID Convention", en *ICSID Review-Foreign Investment Law Journal*, vol. 11, 1996.

establecido en el artículo 25 del Convenio, según el cual la controversia debe surgir directamente de una inversión. Frente a este argumento, el tribunal precisó que la expresión *directamente* hace referencia al término diferencias y no a inversión, por lo que el Centro tiene competencia para conocer tanto inversiones directas como indirectas, por lo que, en consecuencia, asume competencia para estudiar una operación financiera relacionada con títulos emitidos por la República de Venezuela.⁴⁶

Por otro lado, el tribunal sostuvo que en el contexto del Acuerdo para la Promoción y Protección de Inversiones celebrado entre los Países Bajos y Venezuela debía hacerse una interpretación extensiva del término *inversión*, por lo que no sólo calificaba como tal las inversiones indirectas, sino también las operaciones de endeudamiento estatal apoyados con emisión de títulos por parte de Venezuela. Bajo tal circunstancia, el tribunal calificó como inversión una operación cuyo riesgo no estaba materializado en obtener una ganancia o una pérdida dependiente del éxito de una actividad empresarial o económica, sino en un incumplimiento contractual del deudor. Esta decisión no ha estado exenta de críticas, puesto que para algunos, además de alejarse de la definición clásica de inversión, la línea argumentativa esbozada por el tribunal CIADI permitiría que todo incumplimiento contractual estuviera bajo la cobertura jurisdiccional del Centro.⁴⁷

Arbitrajes posteriores han delimitado aún más el concepto de inversión. Vale la pena traer a colación el caso *Joy Mining Machinery Limited* contra la República de Egipto, en el cual los árbitros precisaron que la definición de operaciones de inversión realizada mediante contratos o tratados debía estar estrechamente vinculada con los objetivos del artículo 25 del Convenio, por lo que no toda operación podía calificarse como tal. En ese sentido, se indicó que la operación de inversión debe tener (i) un aporte y (ii) cierta duración, (iii) conllevar un riesgo, (iv) generar unas ganancias y (v) contribuir al desarrollo del Estado receptor del capital.⁴⁸ Además, el tribunal

⁴⁶ Fedax NV vs. Estado de Venezuela, decisión sobre jurisdicción de julio 11 de 1997, caso CIADI ARB/96/3. En similar sentido: Laudo del 12 de julio de 2001, *Ceskoslovenska Obchodni Banka, A. S. v. The Slovak Republic*, caso CIADI ARB/97/4.

⁴⁷ Para un comentario crítico de la decisión sobre jurisdicción del caso Fedax NV vs. Republica de Venezuela véase Gaillard, E. "Chronique des Sentences Arbitrales. Centre International pour le Règlement des Différends Relatives aux Investissements (CIRDI)", en *Journal de Droit International*, No. I, 1999, pp. 273-297.

⁴⁸ Decisión de jurisdicción del 6 de agosto e 2004, caso CIADI ARB/03/11. En este asunto el tribunal se declaró incompetente para conocer una operación relativa el incumplimiento de un contrato de compraventa acompañado de la prestación de ciertos servicios de asistencia técnica.

indicó que no todo contrato internacional puede catalogarse como una operación de inversión internacional, pues esto sólo es posible cuando existe un vínculo estrecho con el artículo 25 del Convenio y con los elementos mencionados.

En suma, los Estados definen que operaciones someten a la jurisdicción del Centro, bajo el entendido que exista una vinculación entre la operación y el artículo 25 del Convenio.

Competencia *ratione personae*: diferencias Estado-inversionista

El CIADI fue concebido para resolver controversias entre Estados e inversionistas o, en otros términos, entre sujetos de derecho internacional público y entre particulares; en este sentido, el Centro carece de competencia para resolver las controversias que surgen directamente entre Estados o directamente entre particulares, así se vinculen operaciones de inversión internacional.

Desde el punto de vista del Estado, el Convenio establece que pueden acudir al CIADI tanto los Estados que la han ratificado como sus subdivisiones políticas u organismos públicos acreditados ante dicha institución; en tal caso, el consentimiento de la subdivisión política o del organismo público debe estar aprobado por el Estado, salvo que este último hubiera indicado al Centro que esa aprobación no es necesaria.⁴⁹

A la fecha, los Estados de Australia, Perú, Portugal, Reino Unido, Ecuador, Guinea, Kenia, Madagascar, Nigeria y Sudán han acreditado subdivisiones políticas y organismos públicos ante el Centro y, de éstos, los cuatro primeros han notificado que sus instituciones no requieren aprobación para consentir al arbitraje del CIADI.⁵⁰

Ahora bien, la falta de consentimiento y autorización no constituye un obstáculo para que los inversionistas busquen el resarcimiento de los perjuicios causados por subdivisiones políticas u organismos públicos, toda vez que en el ámbito internacional el Estado es responsable por las actuaciones u omisiones de sus dependencias políticas y administrativas. Así se reconoció en el asunto que enfrentó a la sociedad estadounidense Metalclad con el Estado de México, en el cual el tribunal condenó a este último por las actuaciones del Estado federado de San Luis de Potosí y del municipio de Guadalcázar.⁵¹

⁴⁹ Artículo 25 num. 3 del Convenio de Washington.

⁵⁰ <http://www.worldbank.org/icsid/pubs/icsid-8/icsid-8-c.htm>.

⁵¹ *Metalclad Corporation vs. Estados Unidos Mexicanos*, caso CIADI ARB (AF)/97/1, laudo del 30 de agosto de 2000. Debe anotarse que este asunto se resolvió de conformidad con el mecanismo

Desde la perspectiva del inversionista, la Convención distingue entre inversionistas personas físicas e inversionistas personas jurídicas. En lo que respecta a personas físicas, la Convención exige que éstas posean la nacionalidad de un Estado contratante tanto en el momento de la manifestación del consentimiento como en el momento de registrar la solicitud de arbitraje ante el Centro, siempre que esa nacionalidad sea diferente de la nacionalidad del Estado parte en la controversia.⁵²

Varios comentarios pueden hacerse al respecto: en primer lugar, el Convenio no exige que el inversionista tenga la nacionalidad del Estado parte en la controversia en el momento de realizar la operación de inversión internacional, puesto que las exigencias están dadas en función de la manifestación del consentimiento y del registro de la solicitud de arbitraje; en ese sentido, sería viable someter al Centro una controversia originada en una inversión realizada por un nacional de un Estado que no ha suscrito el Convenio, siempre que con posterioridad adquiera la nacionalidad de un Estado contratante y la posea en los momentos que se han señalado. Claro está, la viabilidad de este supuesto estará en función de lo dispuesto en los acuerdos para la promoción y protección de las inversiones y en los acuerdos de libre comercio suscritos por el Estado receptor del capital, en los cuales, por regla general, se establecen los requisitos que deben llenar las inversiones para poder ser sometidas al Centro.

En segundo lugar, el Convenio excluye de la jurisdicción del Centro a todo aquel que posee doble nacionalidad cuando una de estas nacionalidades es la del Estado receptor del capital. En tales casos se entiende que el inversionista actúa como nacional frente al Estado receptor, por lo que no cumple los requisitos para acceder al Centro. En este punto, el Convenio parece seguir aquel principio de derecho internacional, según el cual nadie es extranjero en su tierra, con lo que descarta, adicionalmente, todo análisis referente a la nacionalidad efectiva⁵³ del inversionista.

Así se reconoció en el importante caso de *Champion Trading* y otros contra la República de Egipto,⁵⁴ en el cual el tribunal declaró que carecía de jurisdicción para

complementario del CIADI, toda vez que el Estado de México no es parte de la Convención de Washington.

⁵² Artículo 25 num. 2 del Convenio de Washington.

⁵³ Sobre el principio de la nacionalidad efectiva véase Mantilla Rey, R. *El estatuto de la nacionalidad colombiana*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 1995, pp. 85-98; y Mayer, P. *Droit international privé*, Paris, s. e., 1998, pp. 547-551.

⁵⁴ *Champion Trading Company, Ameritrade International Inc, James T. Wabba, John B. Wabba y Timothy T. Wabba* contra la República de Egipto, caso CIADI ARB/02/9.

conocer las reclamaciones presentadas por personas físicas nacionales de Estados Unidos y de Egipto; en efecto, el tribunal, basándose en los criterios de interpretación establecidos por la Convención de Viena de 1969, indicó que no podía hacer uso del criterio de la nacionalidad efectiva, toda vez que el Convenio establece con claridad el tratamiento de los inversionistas con doble nacionalidad, sin que dicho tratamiento configure una violación a los principios internacionales existentes sobre la materia.

Por último, eventualmente podría hacerse uso del criterio de la nacionalidad efectiva en arbitrajes CIADI en casos como el inicialmente planteado, en los cuales se discuta la nacionalidad de un inversionista por provenir de un país ajeno al Convenio y haber adquirido la nacionalidad de un Estado parte de manera previa al inicio del procedimiento. Este supuesto no se encuentra regulado en el Convenio, por lo que consideramos que los árbitros podrían indagar acerca de la nacionalidad efectiva de los inversionistas.⁵⁵

En cuanto a las personas jurídicas, el Convenio dispone que, al momento de manifestar el consentimiento, tengan la nacionalidad de un Estado contratante distinto al Estado parte en la controversia, o que teniendo en dicha fecha la nacionalidad del Estado receptor del capital, las partes hubieran acordado atribuirles el carácter de no nacionales por estar sometidas a control extranjero.⁵⁶ De este modo, el Convenio establece dos situaciones distintas en las cuales las personas jurídicas pueden acceder al Centro; sin embargo, no define los términos nacionalidad⁵⁷ ni control, por lo que corresponde a los Estados contratantes su definición.

Distintos arbitrajes del CIADI han reconocido la validez de los criterios de la incorporación y de la sede social, regularmente utilizados por los Estados para determinar la nacionalidad de sus personas jurídicas. En cuanto al control, han manifestado que puede estar en función de la titularidad de las acciones, de la nacionalidad de los directores o de la nacionalidad de quienes posean el control efectivo de la compañía, de conformidad con lo que hayan establecido los Estados contratantes.⁵⁸

⁵⁵ En el ámbito internacional distintas decisiones han hecho uso de la nacionalidad efectiva para solucionar los conflictos de doble nacionalidad. Sobre el punto véase: Asuntos *Canevaro* (1912), *CPA* y *Nottebohm* (1953) CIJ.

⁵⁶ Artículo 25 num. 2 lit. c del Convenio de Washington.

⁵⁷ Sobre la nacionalidad de las sociedades consulte: Menjucq, M. *Droit international et européen des sociétés*, Paris, Montchrestien, 2001, pp. 15-54.

⁵⁸ Sobre el punto véase: Autopista Concesionada de Venezuela vs. República Bolivariana de Venezuela, decisión de jurisdicción del 27 de septiembre de 2001, caso CIADI ARB/00/5 y *Tokios Tokelés v. Ukraine*, decisión de jurisdicción de abril 29 de 2004, caso CIADI ARB702/18.

Las discusiones alrededor del control de las sociedades en la historia del Centro no han sido pocas; de hecho, desde el primer caso que se planteó a esta entidad se discutió el alcance de dicha expresión. En el primer caso registrado ante el Centro que enfrentó a *Holiday Inns S.A.* y otras sociedades con Marruecos⁵⁹ se discutió acerca del acuerdo de las partes para reconocer como extranjera una sociedad que poseía la nacionalidad del Estado parte en la controversia. En efecto, *Holiday Inns S. A.* presentó la demanda en su propio nombre y en representación de cuatro subsidiarias constituidas según el derecho marroquí, y afirmó que Marruecos había consentido en atribuirle a estas sociedades el carácter de extranjeras de manera tácita, toda vez que siempre habían sido tratadas en dicho Estado como extranjeras. Sobre el punto, el tribunal consideró que la atribución de sociedad extranjera por parte del Estado podía ser expresa o tácita, pero que en dicho caso no se presentaba ninguna de las dos, por lo que se excluyó, a estas sociedades del procedimiento.⁶⁰

Igualmente importantes son los asuntos Autopista Concesionada de Venezuela (Aucoven) con la República Bolivariana de Venezuela y *Tokios Tokeles* con Ucrania. En el primero de ellos, la República de Venezuela afirmó que el Centro carecía de jurisdicción, ya que quien controlaba efectivamente a la sociedad venezolana era una sociedad mexicana (ICA), y no su filial constituida en Estados Unidos (Icatech), que detentaba la mayoría de las acciones de la compañía venezolana. La estrategia venezolana era clara: si lograba convencer al tribunal de que quien controlaba a la sociedad venezolana era la matriz mexicana, automáticamente el Centro perdía jurisdicción, toda vez que México no hace parte del Convenio. En su decisión, el tribunal consideró que las partes, al momento de definir lo que entendían por control, sólo aludieron a la propiedad accionaria de la compañía y no utilizaron criterios económicos de control efectivo, razón por la que no podía apartarse de dicho acuerdo, mucho menos cuando la propiedad accionaria de la compañía constituía un criterio razonable para efectos de determinar el control extranjero.⁶¹

Por último, en el asunto *Tokios Tokeles*, el gobierno de Ucrania afirmó ante el tribunal que esta sociedad, constituida en Lituania, por efectos del control tenía nacionalidad ucraniana, ya que sus accionistas mayoritarios eran nacionales de ese

⁵⁹ Caso CIADI ARB/72/1, radicado ante el Centro el 13 de enero de 1972.

⁶⁰ Para un análisis detallado sobre el punto, véase Rambaud, P. *Premiers enseignements des arbitrages du CIRDI*, s. l., AFDI, 1982, pp. 471-491.

⁶¹ Caso CIADI ARB/00/5.

Estado. En ese orden de ideas, la sociedad no calificaba como un inversionista genuino, por lo que era cual fue necesario levantar el velo corporativo y declarar que el Centro carecía de competencia para conocer el asunto. En su decisión, el tribunal afirmó que, por regla general, el criterio del control tiene como finalidad permitir el acceso a la jurisdicción del Centro y no restringirlo, y además, que en el acuerdo de promoción y protección de inversiones celebrado entre los dos Estados no se estableció ninguna limitación al respecto, razones que lo llevaron a declararse competente para conocer el caso.⁶²

Como puede observarse, en la práctica del CIADI se ha reconocido la amplia libertad que tienen los Estados para establecer los criterios que determinan la nacionalidad de las personas jurídicas, los cuales son aceptados por los árbitros, en la medida en que constituyan criterios razonables y se ajusten al espíritu del Convenio.

A modo de conclusión, debemos indicar que el Convenio reconoce una gran libertad a los Estados para definir los asuntos y las condiciones que deben reunirse para someter una controversia al CIADI. Esta situación impone un conocimiento adecuado no sólo del Convenio, sino de la jurisprudencia del Centro, con el fin de delimitar, desde el momento en que se manifiesta el consentimiento, su jurisdicción, y evitar así la interposición de excepciones preliminares que en la mayoría de las veces son rechazadas por los tribunales conformados para dirimir la controversia. En otros términos, en materia de jurisdicción no hay mejor defensa para los Estados que definir con claridad que asuntos y bajo que circunstancias aceptan someter al CIADI.

En el momento actual, caracterizado por el gran número de procedimientos adelantados ante el CIADI contra países de América Latina, las enseñanzas adquiridas en sus cuarenta de años de existencia no deben ser despreciadas.

Bibliografía

- Álvarez, G. *Las características del arbitraje del CIADI*, disponible en <http://www.worldbank.org/icsid/document>.
- Anzilotti, D. *Cours de droit International*, Paris, Panthéon-Assas, 1999.
- Benadava, S. *Derecho internacional público*. Santiago de Chile, Editorial Jurídica Cono Sur, 1993.
- Blackaby, N. “El arbitraje según los tratados bilaterales de inversión y tratados de libre comercio en América Latina”, en *Revista Internacional de Arbitraje I*,

⁶² Caso CIADI ARB/02/18.

- Universidad Sergio Arboleda, Comité Colombiano de Arbitraje y Legis, Bogotá, 2004, pp. 17-63.
- Burdeau, G. “Nouvelles perspectives pour l’arbitrage dans le contentieux économique intéressant les Etats”, en *Revue de L’arbitrage*, 1995.
- Carreau, D. *Droit international*, Paris, Pedone, 2001.
- . y Juillard, P. *Droit international économique*, Paris, LGDJ, 1998.
- Combacau, J. y Sur, S. *Droit international public*, Paris, Montchrestien, 1999.
- Eisemann, F. “La double sanction prévue par la Convention de la B.I.R.D. en cas de collusion ou d’ententes similaires entre un arbitre et la partie qui l’a désigné”, en *AFDI*, 1977.
- Escobar, A. “Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones”, en *La solución de controversias en el hemisferio*, Bogotá, Cámara de Comercio, 1997, pp. 287-297.
- Gaillard, E. “Chronique des Sentences Arbitrales. Centre International pour le Règlement des Différends Relatives aux Investissements (CIRDI)”, en *Journal de Droit International*, No. I, 1999, pp. 273-297.
- Leben, C. “La théorie du contrat d’état et l’évolution du droit international des investissements”, en *Recueil des Cours L’Académie de Droit International de La Haye*, t. 302, 2003, pp. 331-341.
- Lizarazo, L. “Acuerdos bilaterales de promoción y protección a la inversión (APPI)”, en *La inversión extranjera en Colombia. Régimen jurídico y análisis económico*, Bogotá, Universidad Sergio Arboleda, 1997.
- López Blanco, H. F. *Procedimiento civil parte general*, Bogotá, Edupre, 2002.
- Mantilla Rey, R. *El estatuto de la nacionalidad colombiana*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 1995.
- Mayer, P. *Droit international privé*, Paris, s. e., 1998.
- Menjucq, M. *Droit international et européen des sociétés*, Paris, Montchrestien, 2001.
- Paulsson, J. “Arbitration Without Privity”, en *ICSID Review-Foreign Investment Law Journal*, vol. 10, No. 2, 1995, pp. 232-257.
- Rambaud, P. *Premiers enseignements des arbitrages du CIRDI*, s. I., *AFDI*, 1982, pp. 471-491.
- Schreuer, C. “Commentary on the ICSID Convention”, en *ICSID Review-Foreign Investment Law Journal*, vol. 11, 1996.
- Zapata, A. “Acuerdos bilaterales para la promoción y protección de inversiones internacionales. La experiencia colombiana”, en *Colecciones de derecho*

económico II, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000, pp. 125-176.

Zuleta, E. “El CIADI, una opción para reflexionar”, en *Revista de Derecho Público*, No. 14, 2002, Universidad de los Andes, pp. 143-164.