
Jurisdicción y competencia ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI)*

Jurisdiction and competence before the International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID)

Jorge Andrés Mora Méndez**

Universidad Carlos III de Madrid. España
jorgeandresmoramendez@hotmail.com

RESUMEN

El presente artículo de investigación tiene como fin delimitar los presupuestos procesales de las controversias que se adelantan ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones. En este sentido, en primera instancia se explicará el concepto de presupuesto procesal, el cual adquiere un contenido especial en los conflictos de inversión. Posteriormente, se analizarán los presupuestos de manera puntual, como lo son la jurisdicción y competencia y, a partir de estos, la capacidad para ser parte, el consentimiento y la disputa legal relativa a inversiones. Finalmente, se señalarán unas breves conclusiones.

Palabras clave: CIADI, presupuesto, inversión, jurisdicción, competencia, consentimiento, capacidad

ABSTRACT

This research article aims to define the procedural requirements of disputes being carried out before the International Centre for Settlement of Investment Disputes. In this sense, the concept of procedural requirement, which takes a special content in investment disputes, will be explained at first instance. Later, requirements will be analyzed specifically, as are the jurisdiction and competence, and from these the capacity to take part, consent and the legal dispute concerning investments. Finally some brief conclusions will be drawn.

Key-words: ICSID, requirement, investment, jurisdiction, competence, consent, capacity

Fecha de recepción: 9 de octubre de 2015

Fecha de aceptación: 30 de octubre de 2015

* El presente artículo de reflexión es producto del proceso investigativo desarrollado al interior del Máster en Derecho Privado de la Universidad Carlos III de Madrid.

** Abogado, candidato a filósofo y Especialista en Filosofía del Derecho y Teoría Jurídica de la Universidad Libre, Candidato a Magister en Derecho Privado de la Universidad Carlos III de Madrid y en Derecho Procesal de la Universidad Nacional de Rosario Argentina, Miembro del Instituto Colombiano de Derecho Procesal y Profesor Universitario a Nivel pregrado y posgrado y asesor jurídico a asuntos propios del derecho privado y procesal civil.

INTRODUCCIÓN

Los conflictos en los cuales se presenta afectación a la inversión de una persona natural o jurídica por parte de un Estado no siempre han sido resueltos por el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (en adelante CIADI), ni regulados sustancialmente por Tratados de Libre Comercio (en adelante TLC), Tratados Bilaterales de Inversiones (en adelante TBIs), contratos de inversión suscritos entre inversionistas y Estados receptores o leyes de inversiones creadas por los mismos Estados, entre otro tipo de tratados. Durante la primera mitad del siglo XX, estos asuntos eran de competencia exclusiva de la Corte Internacional de Justicia y subordinados por Tratados de Amistad, Comercio y Navegación (TACN), lo que suponía enormes dificultades para que los inversionistas pudieran acceder a un proceso tendiente a obtener una indemnización, pues debían conseguir el aval de su Estado de origen que era el único legitimado en la causa para concurrir ante el Tribunal Internacional Competente.

No obstante lo anterior, la evolución de los modelos de Estado-nación y el protagonismo de los agentes económicos a nivel mundial propiciaron durante los años 60 del siglo pasado la suscripción de los TBIs, en los cuales se abrió la posibilidad de que los inversionistas, además del camino diplomático ante la Corte Internacional de Justicia, pudieran someter a un tribunal arbitral una diferencia en torno a una inversión que, presuntamente, ha sido afectada como consecuencia del actuar de un Estado, sometiendo el conflicto ante el CIADI, institución que tiene su origen en el Convenio de Washington de 1965. Dicha institución y convenio han sido utilizados también en los recientes TLC que se están firmando a nivel mundial, en los cuales se suelen incluir capítulos tendientes a resolver los conflictos relativos a la inversión, señalando de manera puntal al CIADI

como el tribunal competente para conocer de dichos asuntos.

Así las cosas, al momento de escribir estas líneas existen dos caminos para resolver diferencias en torno a la inversión: la protección diplomática ante la corte Internacional de Justicia y la protección ante el CIADI. A pesar de lo anterior, parece ser que el camino más utilizado en la actualidad es el del CIADI, por cuanto la vía diplomática resulta costosa para el inversor debido a su larga duración, gastos económicos y la inexistencia de la legitimación en la causa del inversionista para acudir directamente ante el Tribunal internacional.¹ La profesora Irene García (2013) señala las problemáticas en los siguientes términos:

- (a) desde un punto de vista *temporal* es notable la desventaja que representa frente a otros medios de solución de controversias en materia de inversión, especialmente del arbitraje internacional en materia de inversión, pues la protección diplomática puede solicitarse por el agraviado frente a un Estado de origen, si y solo si este ha agotado todos los recursos administrativos y judiciales existentes en el Estado causante del perjuicio, que puede durar años y hasta décadas; esto conlleva al (b) punto de vista *económico* pues la erogación de grandes costos para mantener el proceso hasta llegar a una sentencia firme a través de la protección diplomática de su Estado de origen será enorme, tal como será la existencia del posible lucro cesante. (c) Existe además una *dependencia del individuo agraviado* –sea persona física o moral- frente a su Estado de origen para poder activar la protección diplomática a través del endoso, consistente en el accionar de un Estado por el cual se hace cargo de la reclamación del derecho de sus nacionales (p. 10).

¹ Para analizar las estadísticas relacionadas con la labor del CIADI desde su creación hasta el año 2015, ver: [https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/resources/Documents/ICSID%20Web%20Stats%202015-2%20\(Spanish\).pdf](https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/resources/Documents/ICSID%20Web%20Stats%202015-2%20(Spanish).pdf) . Consultado el 26 de febrero de 2016.

En este orden de ideas, en las páginas que siguen se desarrollará exclusivamente el arbitraje ante el CIADI, de conformidad con lo estipulado en el Convenio de Washington de 1965 y en la doctrina relevante en torno a los presupuestos procesales que deben reunirse para obtener un laudo arbitral por parte dicho tribunal, pues este tipo de procesos tiene ciertas particularidades que los diferencian tanto de los procesos judiciales como de otros tipos de procesos arbitrales. Para tal efecto, se considera apropiado hacer una breve aproximación del concepto de presupuesto procesal para, posteriormente, abordar de forma separada cada uno de ellos, esto es, la jurisdicción y competencia.

1. PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

La suscripción de tratados internacionales de libre comercio, acuerdos bilaterales de inversión, contratos de inversión suscritos entre inversionistas y Estados receptores o leyes de inversiones creadas por los mismos Estados traen como consecuencia que distintos empresarios decidan invertir en mercados extranjeros, confiando en la seguridad que promueven los referidos tratados, leyes o contratos. Cuando esos deseos de inversión se ven frustrados como consecuencia de acciones u omisiones de los Estados receptores de la inversión que afectan a la misma, surge la posibilidad de iniciar un proceso arbitral internacional con el fin de dirimir la controversia entre el inversionista extranjero y el Estado receptor de la inversión, lo que implica la iniciación de un proceso. En este sentido, el problema de investigación del presente escrito es el siguiente: ¿Cuáles son los presupuestos procesales que deben tenerse en cuenta para iniciar un proceso arbitral ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones y qué diferencias pueden establecerse con los tradicionales presupuestos establecidos para iniciar un proceso judicial en sede interna? la pregunta resulta de interés si se tienen en cuenta las particularidades que revis-

ten este tipo de procesos, relativas a la calidad de las partes, la naturaleza del Tribunal arbitral, al agotamiento de recursos de jurisdicción interna y al conflicto propiamente dicho.

2. METODOLOGÍA

La investigación es de tipo cualitativo, desarrollada a partir del análisis de material documental bibliográfico.

3. RESULTADOS DE INVESTIGACIÓN:

3.1 Presupuestos procesales

Según el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española se debe entender por *presupuesto* como el “motivo, causa o pretexto con que se ejecuta algo”. En términos procesales, cuando se hace alusión a *presupuesto* se está haciendo referencia a lo que se requiere o necesita para que se pueda desarrollar el proceso y se obtenga una sentencia o laudo arbitral, tal como lo sostiene José Chozas (1997), quien escribe que ha de entenderse como presupuesto procesal a “aquellas circunstancias que deben concurrir en un proceso para que el órgano jurisdiccional pueda dictar una sentencia sobre el fondo (jurisdicción y competencia del Juez o Tribunal, capacidad de las partes, representación, postulación, etc.)” (p. 200).

En este orden de ideas, cuando se emplea el vocablo *presupuesto procesal* se está haciendo referencia a aquellos aspectos de carácter adjetivo que se deben tener en cuenta para la existencia de una decisión final o definitiva en un proceso. Por lo tanto, lo problemático está en definir cuáles son esos presupuestos y cómo pueden variar de un proceso judicial a un arbitral y, de forma concreta, a un proceso ante el CIADI. En efecto, de forma tradicional se ha entendido que son presupuestos procesales la jurisdicción, la competencia, la capacidad para ser parte, el derecho de postulación, la demanda en debida forma e incluso la ausencia

de caducidad², elementos que, aunque presentes en el proceso arbitral, no incluyen a uno que resulta fundamental en este tipo de procesos: el consentimiento de la partes para someterse a un tribunal arbitral.

En este sentido, en materia arbitral, el consentimiento es fundamental para que haya existencia de proceso, por lo cual debe integrar el listado de presupuestos procesales. Aunado a lo anterior y al hacer referencia al arbitraje de inversiones ante el CIADI de forma específica, es posible encontrar otro presupuesto como lo es la disputa legal, en el sentido de entender dicha disputa única y exclusivamente en asuntos relativos a la posible afectación de la inversión de una persona jurídica o natural frente al actuar de un Estado. Así las cosas, a continuación se explicarán los principales presupuestos del arbitraje ante el CIADI, denotando desde ya que serán la jurisdicción y competencia el eje rotativo sobre el cual circunden otros presupuestos, como lo son la capacidad para ser parte, la disputa legal y el consentimiento.

Jurisdicción y competencia

Para entender este primer presupuesto es necesario hacer una aclaración previa: los conceptos de jurisdicción y competencia no significan lo mismo y deben ser actualizados a la realidad de nuestros tiempos. En efecto, tradicionalmente se ha entendido que la jurisdicción es una potestad para administrar justicia, la cual es dimanante de la soberanía del Estado y que, por ello, necesariamente es única, pues conceptualmente es imposible que un Estado tenga más de una jurisdicción (Montero Aroca, p. 30). Por su lado, la competencia ha sido entendida como aquella

forma de repartir la función jurisdiccional en diferentes autoridades judiciales, atendiendo a criterios establecidos en normas positivas como, por ejemplo, la calidad de las partes, la cuantía de la pretensión o la naturaleza del asunto, el lugar de conflicto que da origen a la controversia e incluso la posible conexidad de las diferentes pretensiones o atracción entre ellas (Azula Camacho, p. 212).

Estos conceptos, aunque bien diferenciados, no definen lo que realmente puede significar la jurisdicción y la competencia en pleno siglo XXI, pues esa “potestad jurisdiccional” propia de la jurisdicción ya no sólo está en cabeza del Estado sino también en Organismos Internacionales que pueden incluso condenar a los propios Estados, tal como sucede con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la Corte Internacional de Justicia, el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), entre otros, fenómeno que debe obligar a definir a la jurisdicción como una potestad para administrar justicia en cabeza del Estado y de Organismos Internacionales. Así mismo, el concepto de competencia tendrá que ser visto y desarrollado desde la estructura jurisdiccional y características del derecho internacional, pues entrarán a cuestionarse otros elementos diferentes a los factores que tradicionalmente se han tenido en cuenta y que ya fueron mencionados anteriormente. Por todo lo anterior y partiendo sobre las connotaciones especiales que pueden tener estos conceptos desde la óptica del arbitraje de inversiones ante el CIADI, a continuación se desarrollará de manera separada tanto la jurisdicción como la competencia.

3.2 La jurisdicción

La disposición normativa que se debe analizar es el artículo 25 del Convenio CIADI, la cual establece unos requisitos jurisdiccionales objetivos y otros subjetivos. Los requisitos jurisdiccionales objetivos son aquellos que

² En necesario aclarar que la doctrina especializada presenta diferencias al momento de hacer una lista taxativa de los presupuestos procesales. En este sentido la enunciación que se ha querido presentar se hace de conformidad a las modernas tendencias del derecho procesal contemporáneo. Ver Bustamante Rúa, Pabón Giraldo, Soto Soto y Ramírez Carvajal (2010).

se refieren el objeto material de la discusión, diferenciando, por un lado, que la controversia ha de ser de naturaleza jurídica, y por otro, que aquel conflicto ha de surgir directamente de una inversión. En contraste con lo anterior, los requisitos jurisdiccionales subjetivos se circunscriben únicamente en la calidad que tienen las partes del conflicto, toda vez que una de ellas debe ser un Estado contratante -o una subdivisión política u organismo público actuando con aprobación del Estado- y la otra parte debe ser nacional de otro Estado contratante (Fernández Masía, 2004, p.54). A continuación se explicará de una forma más detallada.

3.3.1 Requisitos jurisdiccionales objetivos

A. Controversia jurídica

A pesar de que el Convenio CIADI señala como requisito para acceder a la jurisdicción del Tribunal Internacional que el conflicto sea jurídico, lamentablemente no es posible encontrar una definición de lo que ha de entenderse por “jurídico”, ni en el cuerpo normativo de la Convención, ni en la doctrina sentada por los Tribunales. Lo anterior hace pensar que, cuando se estipula que uno de los requisitos consiste en tener una diferencia jurídica, se está aludiendo a un conflicto en torno a un derecho u obligación que al ser incumplido exige una indemnización como consecuencia de la fuerza vinculante derivado un tratado internacional o contrato.

En este sentido, se está estableciendo un límite a las posibles cuestiones objeto de discusión que pueden ser susceptibles de conocimiento jurisdiccional por parte del CIADI, excluyendo de paso a varias posibilidades que deben preverse para incluirlas en futuros acuerdos. Una de estas circunstancias de las que hay que prestar especial atención es la de la posibilidad de renegociar los acuerdos existentes entre las partes cuando aparecen desequilibrios contractuales o circunstancias que puedan impedir el cumplimiento normal de las obligaciones ya contraídas, pues

si llegaren a existir cláusulas de revisión en los mismos contratos nada impediría en someter dicho asunto al CIADI, siempre y cuando la contraparte se rehúse a dar cumplimiento a esa renegociación, situación que sería fuertemente discutida si no existen este tipo de estipulaciones. Dicha situación ha sido comentada por el profesor Bernardini (1998) en los siguientes términos:

En este aspecto es preciso distinguir diferentes supuestos: en un primer caso, ante la existencia del acuerdo de inversión de una cláusula de revisión de los términos del mismo o *hardship*, no cabe duda de que una reclamación basada en un desacuerdo entre las partes sobre la existencia de las circunstancias que pueden dar lugar a tal renegociación y por tanto a la interpretación de tal acuerdo debería considerarse como una controversia de naturaleza jurídica incluíble en la jurisdicción objetiva del Centro. Más problemática se presenta la cuestión cuando no existe una cláusula de revisión del acuerdo. En este caso, se abre la posibilidad de que ante el cambio de circunstancias una de las partes, y ante la negativa de la otra a renegociar el contrato, se pueda alegar la terminación de las relaciones contractuales, acudiendo si prosiguiese la diferencia, ante un tribunal arbitral del Centro (citado por Fernández Masía, 2004, p. 60).

Así las cosas, si lo que se pretende es delimitar lo que ha de entenderse por jurídico, será necesario observar los límites jurisdiccionales del CIADI, alejando de su potestad todo conflicto que verse sobre aspectos éticos, de intereses, comerciales o de otra índole, siendo el incumplimiento de obligaciones o estipulaciones inmersas en el contrato lo que determinará o no si la controversia es susceptible de ser atribuido al CIADI.

B. Controversia en materia de inversión

El primer inconveniente que se presenta para abordar este requisito objetivo está en la indeterminación del concepto de inversión, pues en la Convención nunca se define. En efecto, al no

definirse lo que ha de entenderse por inversión será necesario atenerse al consentimiento de la partes, lo que resulta fundamental en este tipo de circunstancias, pues van a ser los contratantes quienes determinen qué ha de entenderse por inversión como consecuencia de la autonomía contractual de la que gozan, pudiendo acordar como inversión desde contratos de concesión o joint venture hasta contratos de servicios, leasing e incluso transferencia de tecnologías.

En consecuencia de lo anterior, la indeterminación del concepto de inversión ha sido criticada por cierto sector de la doctrina especializada, pues bajo la autonomía de la voluntad de las partes se puede disfrazar cualquier asunto como inversión y, por ende, expandir de forma antinatural la competencia del CIADI. Por ello se hace necesario extraer de la doctrina establecida por el CIADI los criterios que han sido utilizados para determinar lo que ha de entenderse por inversión, los cuales han sido determinados por los profesores Kundmuller Camintti y Rubio Guerrero (2006), así:

I) Un plazo de duración significativo, II) la generación de un retorno cuantificable a favor del inversionista, III) la presencia de elementos de riesgo para el inversionista, IV) La determinación y compromiso del inversionista de concretar la inversión y V) La relevancia para el desarrollo económico en el territorio del Estado receptor (p. 93).

La presencia de estos cuatro elementos resulta determinante para establecer la jurisdicción objetiva del CIADI en aquellos asuntos en los que se pretende, por una de las partes, desviar el asunto por fuera de dicho tribunal, pues es bien sabido que en algunas ocasiones existe un contrato marco sobre el cual se estructuran muchos otros acuerdos, en los cuales se encuentra una estipulación diferente a la del marco en lo que tiene que ver con la designación del tribunal que pueda resolver las futuras diferencias. En este tipo de controversias, ha sido claro el CIADI

en la necesidad de determinar el acuerdo base, siendo éste el que determine la jurisdicción del CIADI, como sucedió en el caso *Holidays Inns contra Marruecos*³.

3.3.2 Requisitos jurisdiccionales subjetivos

A. Capacidad para ser parte

Este es uno de los aspectos característicos del arbitraje de inversión que se desarrolla ante el CIADI. En efecto, el CIADI tiene la característica de resolver controversias de naturaleza mixta, es decir, que no va a tener atribuciones jurisdiccionales para solucionar conflictos entre dos estados o entre dos particulares.⁴ En este sentido, ha de entenderse por controversia mixta como toda diferencia que resulte entre un Estado y un particular cuyo origen es distinto al del Estado parte del conflicto.

Así las cosas, es necesario que el Estado demandante o demandado de la controversia sea parte de la Convención, siendo imperioso identificar el momento de ratificación del tratado y su correspondiente entrada en vigencia, sin olvidar que, de conformidad con la doctrina establecida

³ *Holidays Inns S.A. y Otros V.S. Marruecos. Caso CIADI ARB/72/1*. Los hechos del caso giran en torno a una diferencia relativa a un acuerdo entre el Gobierno de Marruecos y dos empresas privadas; *Holiday Inns, S.A.* (una sociedad suiza) y *Occidental Petroleum, Inc.* (una empresa estadounidense). La discusión giró en torno a la determinación de la jurisdicción por parte del CIADI dada la pluralidad de relaciones contractuales, las cuales estaban vinculadas unas con otras a partir de un contrato marco. Al respecto, el Tribunal señaló tener competencia sobre el asunto, el cual finalizó con un arreglo surtido entre las partes.

⁴ Para situaciones en las que se busque dar solución a conflictos entre dos Estados o dos particulares, el derecho internacional da otras opciones circunscritas en el ámbito de la Corte Internacional de Justicia o en el arbitraje comercial regido, por ejemplo, por la convención de Viena de mercaderías internacionales o por un sistema normativo de un Estado cuando las partes señalan la norma aplicable en caso de controversia como consecuencia del principio de la autonomía de la voluntad

por el CIADI, es la solicitud del arbitraje la que determinará la jurisdicción del CIADI y no la fecha del consentimiento de la partes, permitiendo que una relación contractual que en un principio no pudiere estar sometida a la orden jurisdiccional del Tribunal Internacional lo pudiera estar en un futuro.

Respeto al inversionista extranjero como contraparte en los asuntos ante el CIADI es necesario hacer varios comentarios. Lo primero es que la legitimación en la causa la tendrá solo el inversionista cuyo origen sea un Estado diferente al de la disputa, sin que nada tenga que ver si se trata de una persona natural o jurídica, debiendo cumplir unos requisitos puntuales dependiendo de su condición, tal y como lo comentan los profesores Kundmuller Camintti y Rubio Guerrero (2006):

La persona natural debe satisfacer dos condiciones, una condición positiva y una condición negativa: (I) la condición positiva se refiere a que tiene que ser de un Estado que es parte de la Convención y (II) la condición negativa es que no sea nacional del Estado de la inversión. En este sentido, el artículo 25 (2) (a) de la Convención exige el cumplimiento de ambas condiciones tanto al momento del consentimiento de las partes como al momento del registro de la solicitud de arbitraje con la finalidad de asegurar que se trate efectivamente de una controversia internacional.

La persona jurídica, por su lado, debe cumplir cualquiera de esas dos condiciones: (i) debe tener la nacionalidad de un Estado contratante distinto al Estado parte de la diferencia en el momento en que las partes prestan su consentimiento a la jurisdicción del CIADI o (ii) si tiene la nacionalidad del Estado parte de la diferencia, deben las partes haber acordado atribuirle el carácter de nacional de otro Estado contratante, a los efectos de la Convención, por estar sometido a control extranjero, conforme el artículo 25 (2) (b) de la Convención del CIADI (p. 82).

En este orden de ideas, frente a las personas naturales se impide que aquellas que tengan la doble

nacionalidad puedan acceder a esta jurisdicción cuando sus nacionalidades concuerden con las del Estado en disputa y la del Estado origen del inversionista, sin que pueda aplicarse el principio de nacionalidad efectiva (Medina Casas, p. 221). Así mismo, respecto a las personas jurídicas, es necesario aclarar que en el derecho internacional se suelen emplear determinados criterios para fijar su nacionalidad, como lo son el del lugar de constitución, el lugar de la sede y el criterio de control (Kundmuller y Rubio, p. 82). De igual forma, es importante aclarar respecto a las personas jurídicas que ha de ser preferiblemente compuesta por capital privado, aunque el CIADI ha dado la posibilidad de vincular a empresas de capital mixto (estado-privado) atendiendo a un criterio de funcionalidad, en el sentido no ejercer una función esencialmente pública (Sutherland, citado por Fernández Masía, 2004, p. 91).

Otro aspecto relevante que se puede tener en cuenta para determinar la jurisdicción del CIADI se presenta cuando una persona jurídica haya sido constituida en un Estado, tenga su sede efectiva en otro Estado y, por último, sea controlada por nacionales de un tercer país. En este caso, confluyen los criterios de constitución, sede y control anteriormente señalados, lo que obliga a plantear una solución al respecto⁵. En efecto, en estas situaciones se aplica el mismo criterio de la doble nacionalidad que anteriormente fue plantado para las personas naturales, en el entendido de que si una de las nacionalidades de la persona jurídica (constitución, sede o control) corresponde a la del Estado parte de la controversia se impediría el acceso a la jurisdicción del CIADI.

⁵ El CIADI por lo general aplica uno de los tres criterios para justificar su jurisdicción en un caso concreto, observando las reglas para la constitución de cada estado, determinando la organización propia de la empresa para descubrir de dónde emana el control propiamente dicho o incluso levantando el velo societario para determinar la jurisdicción por la nacionalidad de los socios y no por la de la persona jurídica propiamente dicha.

En el mismo hilo conductor, otro debate que se puede presentar tiene que ver con la misma autorización que la Convención otorga en su artículo 25.2 al permitir al inversionista tener la misma nacionalidad del Estado parte de la diferencia para poder conocer de la controversia, siempre y cuando las partes hubieren acordado dicho aspecto en su contrato, pero se reconozca que existe un control extranjero por parte de la sociedad inversionista. Como se observa, es una excepción a la regla general que requiere que el inversionista tenga una nacionalidad diferente a la del Estado parte de la controversia, la cual obedece a que en muchos Estados se obliga a los inversionistas extranjeros a crear una sociedad en el país receptor de la inversión con el fin de darle mayor control a la operación, lo que podría impedir el conocimiento de muchos casos por parte del CIADI, situación que se evita con la formulación de la excepción descrita.

3.4 La competencia

Para determinar la competencia del CIADI es necesario tener en cuenta únicamente el consentimiento, lo que puede resultar extraño si se compara con los criterios que se suelen utilizar para determinar la competencia en los ordenamientos jurídicos internos, en la medida de que aspectos como la calidad de las partes –que fue vinculado al momento de hablar de jurisdicción- resulta determinante. Lo anterior obedece a que, a diferencia de los sistemas normativos que existen en sede interna, el CIADI no está conformado por un organigrama jurisdiccional compuesto por diversas autoridades jurisdiccionales, como sucedería en Estados propiamente dichos en donde es posible encontrar diversos jueces que conocen de distintos asuntos dependiendo de su jerarquía y especialidad. En este sentido, el CIADI conoce de todos los asuntos que reúnan los requisitos objetivos y subjetivos propios de su jurisdicción y de forma particular el requisito de consentimiento que a continuación se desarrollará.

3.4.1 El consentimiento

Para que el CIADI pueda llegar a tener competencia en una controversia concreta, no sólo se necesita que se cumplan los requisitos objetivos y subjetivos anteriormente desarrollados frente a la jurisdicción, como tampoco se necesita únicamente que el Estado receptor de la Inversión haya suscrito la Convención. En efecto, como todo procedimiento arbitral, el arbitraje de inversiones ante el CIADI requiere del consentimiento de las partes para que sea una realidad, lo que quiere decir que aun cuando los Estados hayan suscrito la Convención, ellos tienen la potestad frente a cada circunstancia concreta de inversión en someter las futuras controversias a este Tribunal especializado.

En efecto, la misma Convención otorga protagonismo al consentimiento como requisito necesario para acceder al CIADI, pues ya en el artículo 25.4 se otorga la posibilidad a los Estados para que limiten el tipo de diferencias que quisieran someter al Tribunal Internacional, potestad normativa de la cual han hecho uso países como Jamaica⁶, China⁷, entre otros⁸. En

⁶ El Estado de Jamaica decidió no someter sus diferencias en materia de inversiones sobre minerales y otros recursos naturales, lo que propició una interesante discusión respecto a los efectos que producía este acto jurídico, pues el Estado objetó la jurisdicción en varios casos que tuvieron como elemento común la adquisición de compromisos contractuales previos a la exclusión jurisdiccional del CIADI, por lo cual, si bien se aceptó la limitación establecida en el artículo 25.4 de la convención, no se declara la falta de jurisdicción del CIADI. Ver: Asunto Alcoa Minerals of Jamaica, Inc. vs. Jamaica (ICSID Case n° ARB/74/2), laudo sobre jurisdicción del 06/07/1975. Asunto Kaiser Bauxite Company vs. Jamaica (ICSID Case CIADI n° ARB/74/3), laudo sobre jurisdicción del 06/07/1975. Asunto Reynolds Jamaica Mines Limited and Reynolds Metals Company vs. Jamaica (ICSID Case n° ARB/74/4), no se emitió laudo el proceso se cerró por aplicación de la Regla 44.

⁷ China someterá al CIADI únicamente las controversias en relación con las compensaciones resultantes de expropiaciones y nacionalizaciones.

⁸ Así, por ejemplo, Jamaica (no someterá las diferencias con relación a inversiones en minerales y otros recursos

efecto, la disposición normativa en comento consagra:

Los Estados Contratantes podrán, al ratificar, aceptar o aprobar este Convenio o en cualquier momento ulterior, notificar al Centro la clase o clases de diferencias que aceptarían someter, o no, a su jurisdicción. El Secretario General transmitirá inmediatamente dicha notificación a todos los Estados Contratantes. Esta notificación no se entenderá que constituye el consentimiento a que se refiere el apartado (1) anterior.

En este sentido, el consentimiento puede ser otorgado por parte del Estado de diferente forma y en distintos plazos y modos. Respecto a la forma, es necesario aclarar que la única forma como se entiende que el convenio es válido es cuando éste se expresa por escrito. Frente a los plazos, el consentimiento puede ser expresado antes de surgir el conflicto y, por ende, al momento de suscribir un contrato de inversión, o posterior a dicha suscripción, e incluso expresarse como consecuencia de un mandato legal que emane del Estado que ofrezca al inversionista no amparado en principio con la jurisdicción del CIADI someterse a ella en caso de futuras controversias.

Respecto a los modos, es menester diferenciar que dada la evolución del derecho internacional de inversiones el consentimiento puede presentarse de tres formas a saber:

naturales), Papua Nueva Guinea (únicamente aquellas diferencias que sean fundamentales para la propia inversión), Arabia Saudita (excluye todas las cuestiones vinculadas con inversiones petrolíferas y actos de soberanía) y Turquía (notificó que acepta someter al CIADI las diferencias que surjan directamente de las actividades de una inversión que hayan obtenido el permiso necesario, de conformidad con la legislación turca sobre inversión extranjera, y que efectivamente se haya iniciado. Sin embargo, las controversias en relación con la propiedad y derechos reales sobre los bienes inmuebles serán de competencia exclusiva de la jurisdicción turca). Ver Pérez Pacheco (2013).

(I) en un contrato arbitral incorporado en un contrato de inversión celebrado entre partes (contractual), (ii) en una estipulación contractual estipulada en un Tratado Bilateral de inversiones o en un capítulo de inversiones de un tratado de libre comercio y (iii) mediante la aceptación de una oferta contenida en la legislación del Estado receptor de la inversión (legislativo) (Kundmuller y Rubio, p. 86).

Finalmente, es importante aclarar que, durante los últimos tiempos, los Estados han expresado su consentimiento haciendo uso de los contemplado en el artículo 26 del Convenio, el cual los faculta para exigir el previo agotamiento de los recursos administrativos o judiciales que puedan llegar a tener en sede interna para amparar los derechos del inversionista, situación que surge como consecuencia de la posibilidad que se quieren dar los mismos Estados para corregir sus propios errores e incluso de la necesidad de ahorrarse recursos económicos en defensas judiciales en tribunales internacionales. En este sentido, se suele incluir en los TLC o Tratados de Protección y Promoción a la inversión cláusulas que señalan unos términos razonables para que los conflictos sean resueltos por los tribunales nacionales e, incluso, cláusulas *fork in the road* que ofrecen al inversor la posibilidad de escoger entre un procedimiento en sede interna o un arbitraje internacional, con la consecuencia de que una vez realizada la elección se convierte en definitiva (Fernández Masía, 2008, p. 35).

CONCLUSIONES

1. El derecho internacional de la Inversión y de paso el arbitraje ante el CIADI aun se encuentran en una etapa de desarrollo, lo que abre un campo aun inexplorado que requiere de especialistas que conozcan este moderno método alternativo de solución de conflictos creado para resolver controversias entre Estados y particulares, única y exclusivamente cuando la controversia gira en torno a una inversión.

2. Los conceptos de jurisdicción y competencia deben ser replanteados en el derecho internacional y explorados bajo parámetros diferentes a cuando son abordados en el derecho interno, pues al no existir una estructura jurisdiccional definida bifurcada se incorporan en la jurisdicción elementos que tradicionalmente han sido vinculados con la competencia, tal como sucede con la calidad de las partes que, en materia de inversión, constituyen un elemento subjetivo de la jurisdicción.
3. Aspectos como la multiplicidad de nacionalidades de personas naturales o la concurrencia de lugares de constitución y mandato de las personas jurídicas se vislumbran como uno de los aspectos más novedosos en materia jurisdiccional de la inversión.
4. El agotamiento de los recursos de jurisdicción interna es un amplio camino por recorrer, que debe ser observado a partir de cada ordenamiento jurídico en particular, puesto que allí se analizaran desde recursos ordinarios, pasando por extraordinarios e incluso acciones de naturaleza constitucional, obligando a que los especialistas en derecho internacional de la inversión no sólo tengan una competencia propia de esta especialidad sino que deben tener una visión mucho más amplia del derecho.

REFERENCIAS

- Azula Camacho, J. (2010). *Manual de derecho procesal. Tomo I, Teoría general del Proceso*. Bogotá, Colombia: Editorial Temis.
- Bernardini, P. (1998). Renegotiation of the investment contract. *ICSID Review-FILJ*, 13(2), 411-425.
- Bustamante Rúa, M. M., Pabón Giraldo, L., Soto Soto, Ó., y Ramírez Carvajal, D. (2010). *Derecho procesal Contemporáneo* (Compilación). Medellín, Colombia: editorial Universidad de Medellín.
- Chozas Alonso, J. M. (1997). *Los presupuestos procesales en el proceso penal y su tratamiento*. La Coruña, España: Editorial Universidad de la Coruña.
- CIADI. (2015). Carga de casos del CIADI - Estadísticas. Recuperado de [https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/resources/Documents/ICSID%20Web%20Stats%202015-2%20\(Spanish\).pdf](https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/resources/Documents/ICSID%20Web%20Stats%202015-2%20(Spanish).pdf) [febrero 18, 2016]
- CIADI. Holidays Inns S.A. y otros V.S. Marruecos. Caso ICSID ARB/72/1.
- CIADI. Alcoa Minerals of Jamaica, Inc. vs. Jamaica (ICSID Case n° ARB/74/2).
- CIADI. Kaiser Bauxite Company vs. Jamaica (ICSID Case CIADI n° ARB/74/3).
- CIADI. Asunto Reynolds Jamaica Mines Limited and Reynolds Metals Company vs. Jamaica (CSID Case n° ARB/74/4).
- Fernández Masía, E. (2004). *Arbitraje en Inversiones extranjeras: el procedimiento arbitral en el CIADI*. Valencia, España: Tirand lo Blanch.
- Fernández Masía, E. (2008). *Tribunales Nacionales, Arbitraje Internacional y Protección de Inversiones Extranjeras*. Madrid, España: Marcial Pons.
- García Corona, I. G. (2013). *El arbitraje de Inversión: la cláusula de la nación mas favorecida en derechos adjetivos*. México D.F., México: Universidad Autónoma de México.
- Kundmuller Caminitti, F. y Rubio Guerrero, R. (2006). El arbitraje del CIADI y el derecho internacional de las inversiones: un nuevo horizonte. *Revista Lima Arbitration*, 1, 69-112.
- Medina Casas, H. M. (2009). Partes en el arbitraje CIADI. *Revista International Law*, 15, 215-242.
- Montero Aroca, J. (1979). *Introducción al derecho procesal. Jurisdicción, acción y proceso*. Madrid, España: Editorial Tecnos.
- Pérez Pacheco, Y. (2013). Consentimiento Estatal al Arbitraje del CIADI. (19-57). *Lecciones y Ensayos*, 91, 19-57.
- Sutherland, P. F. (1979). The World Bank Convention on the Settlement of Investment Disputes. *ICLQ*, 28(3), 367-400.