

OBJECIONES A LA JURISDICCIÓN ARBITRAL DEL CIADI

YARITZA PÉREZ PACHECO

Investigador-Docente

*Sección de Derecho Internacional Privado y Comparado del Instituto de Derecho Privado,
Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela*

Recibido: 15.01.2012 / Aceptado: 24.01.2012

Resumen: En el arbitraje de inversión constituido bajo las Reglas del CIADI, a cada tribunal le corresponde decidir sobre su propia jurisdicción y competencia respecto de las controversias que le han sido planteadas. Para ello deberá analizar los instrumentos normativos que resulten aplicables, tanto internacionales como nacionales. En estas controversias es muy común que los Estados demandados presenten objeciones a la jurisdicción del tribunal CIADI. En el presente estudio se plantean algunos problemas tomados de la práctica arbitral y sus posibles respuestas en torno a la determinación de la jurisdicción subjetiva, objetiva y por razón del tiempo.

Palabras clave: arbitraje internacional, inversión extranjera, CIADI, tratados de inversión.

Abstract: In investment arbitration constituted under the Rules of the ICSID, to each tribunal is to decide its own jurisdiction and competence over the controversies that has been raised. For this, it should analyze the policy instruments that are applicable both internationally and nationally. In these controversies is often seen that the respondent States object the ICSID tribunal's jurisdiction. Therefore, emerge some problems taken from the arbitral practice and their possible answers on the subjective, objective and according to time determination of jurisdiction.

Key words: international arbitration, foreign investment, ICSID, investment treaties.

Sumario: I. Introducción. II. Objeciones por razón de los sujetos. 1. Estados Parte del Convenio de Washington. 2. Inversor nacional de otro Estado contratante. III. Objeciones por razón de la materia. 1. Diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión. 2. Materias excluidas mediante notificación del Estado Parte. 3. Interrelación de mecanismos de resolución de controversias. IV. Objeciones por razón del tiempo. 1. Ámbito de vigencia temporal del tratado. 2. Requerimientos previos al arbitraje. V. Alegación acumulativa de fuentes de jurisdicción. V. Consideraciones finales.

I. Introducción

1. A todo tribunal arbitral constituido bajo las Reglas del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (en adelante, CIADI o el Centro), le corresponde decidir sobre su propia jurisdicción y competencia respecto de las controversias que le han sido planteadas. Para ello, el tribunal deberá analizar los instrumentos internacionales en juego: el Convenio para el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados (en adelante, Convenio de Washington o Convenio), los contratos celebrados entre las partes, el tratado de inversión, las normas de Derecho internacional sobre los tratados, las normas de derecho interno, según sea el caso.

2. Las objeciones a la jurisdicción conducen al tribunal arbitral, en primer lugar, a determinar si las partes -Estado e Inversor- cumplen con los requisitos *ratione personae* exigidos por el Convenio para someter las controversias con respecto a las cuales han dado su consentimiento al procedimiento de arbitraje incoado; en segundo lugar, es necesario determinar si el instrumento normativo invocado resulta aplicable al caso concreto, en atención a las materias cubiertas por éste y el Convenio de Washington, requisito *ratione materiae*; y, por último, si las reclamaciones enunciadas por la parte demandante, en su solicitud de arbitraje, se produjeron dentro del ámbito de aplicación temporal del instrumento que contiene la cláusula de resolución de controversias Inversor-Estado, requisito *ratione temporis*. Estas tres cuestiones a su vez llevan implícitas otras tantas.

En esta oportunidad analizamos las objeciones a la jurisdicción del CIADI que se encuentran estrechamente vinculadas con el consentimiento de las partes, ya sea por razón de la materia, de los sujetos, el ámbito temporal de aplicación del tratado y la alegación acumulativa de fuentes de jurisdicción.

II. Objeciones por razón de los sujetos

3. Es importante destacar que el CIADI conoce de disputas surgidas entre inversionistas y Estados, excluyéndose las disputas entre inversionistas, así como aquellas entre Estados. Esta es una característica propia del arbitraje en materia de inversión, que constituye una excepción al principio predominante en el Derecho internacional según el cual las relaciones internacionales son relaciones entre Estados. El inversionista tiene la posibilidad de acudir directamente a la jurisdicción arbitral cuando un Estado incumpla las obligaciones contempladas en el marco de un acuerdo de inversiones. En este sentido, la eficacia de todo pacto de arbitraje Inversor-Estado celebrado al amparo del Convenio de Washington está condicionada a que se hubiere celebrado entre un Estado Contratante y un nacional de otro Estado Contratante.

4. En la actualidad los únicos Estados del continente americano que aún no forman parte del CIADI son Brasil, Cuba y Surinam, pero también han surgido algunas iniciativas alternas que pretenden sustituir los mecanismos de resolución de controversias previstos en el Convenio de Washington.¹ Sin embargo, siguen planteándose un importante número de controversias en materia de inversión ante el CIADI y algunos problemas se presentan sobre el cumplimiento de los requisitos de jurisdicción subjetiva para acceder al arbitraje del Centro. Así, las objeciones por razón de los sujetos pueden estar vinculadas ya sea a uno de los Estados Parte del Convenio de Washington o bien al inversor nacional de otro Estado Contratante.

1. Estados Parte del Convenio de Washington

5. Cuando se hace referencia a las objeciones por razón de los sujetos vinculadas con los Estados Parte del Convenio de Washington, debemos atender a dos aspectos fundamentales: por una parte, la falta de ratificación del Convenio por parte del Estado receptor o por parte del Estado del cual es nacional el inversor y, por la otra, las condiciones de arbitrabilidad subjetiva.

6. En relación a la falta de ratificación del Convenio de Washington se hace referencia a aquellos casos en los cuales uno de los Estados al momento de la firma del contrato de inversión que incluye una cláusula de resolución de controversias, previendo el arbitraje CIADI, no es parte del Convenio de Washington. A su vez, dos situaciones pueden plantearse: Si el inversor es nacional de un Estado que no es parte del Convenio el escenario se dificulta, ya que el perfeccionamiento del consentimiento no

¹ E. MORENO-PAREDES, «El Arbitraje de Inversiones en América del Sur: Propuesta de Creación de un Centro Alternativo de Arbitraje dentro de la Estructura Internacional de la Unión de Naciones Suramericanas», *Inter-American Law Review, University of Miami*, vol. 42, 2010, pp. 175-195. K. FACH GOMEZ, «Proponiendo un decálogo conciliador para Latinoamérica y CIADI», *Revista Facultad De Derecho y Ciencias Políticas*, vol. 40, n° 113, 2010, pp. 439-454.

depende de la voluntad del inversor sino del Estado del cual es nacional. Si es el Estado receptor el que no es parte del Convenio, la celebración del contrato de inversión en los términos descritos en el encabezamiento constituye un compromiso de hacerse parte del Convenio. En todo caso, el Mecanismo Complementario del CIADI es aplicable cuando el Estado Parte en la diferencia o el Estado del cual es nacional el inversionista no son Estados contratantes del Convenio, aunque se requiere un consentimiento por escrito de las partes indicando el sometimiento a dichas Reglas (artículos 2 y 4 del Reglamento), ya que su aplicación no es automática.

7. También se presentan problemas a la hora de determinar cuál es la función que desempeñan las agencias estatales o subdivisiones políticas que en ocasiones sirven como receptores de capitales,² en la medida en que éstas actúan en ejercicio de una atribución propia del Estado. Así, se requiere de especiales consideraciones a la hora de analizar si el consentimiento del Estado receptor fue debidamente otorgado de conformidad con el derecho de dicho Estado. Así, respecto al Estado y sus entes se pueden generar tres tipos de problemas: la facultad de convenir el arbitraje, la capacidad para firmar una cláusula compromisoria y la condición de disponer sobre la arbitrabilidad en contratos de inversión. Estas condiciones de arbitrabilidad subjetiva son importantes ya que podrían provocar tanto la inadmisibilidad del arbitraje como la nulidad del mismo. Como todo contrato, los contratos de Estado son producto de un acuerdo de voluntades entre dos o más personas y, en consecuencia, el consentimiento entre las partes es una condición necesaria para la existencia del contrato.

8. En relación con el primer problema, la facultad de comprometer al Estado en arbitraje, está referida a la determinación de la facultad para manifestar el consentimiento arbitral en nombre de la entidad jurídica del Estado, lo cual es esencialmente el resultado de un procedimiento jurídico, si no se ha observado dicho procedimiento, no hay consentimiento.³ Los apartados (1) y (3) del artículo 25 del Convenio de Washington estipulan que una subdivisión u organismo público de un Estado Contratante podrá, con el permiso de este Estado, someterse a la jurisdicción del CIADI para los efectos de resolver una diferencia jurídica que surja de una inversión entre esa subdivisión o ese organismo público y un nacional de otro Estado Contratante. Tales disposiciones son opcionales y no se aplican a diferencias entre el propio Estado Parte y un nacional de otro Estado Parte que puedan relacionarse con un contrato de inversión entre una subdivisión u organismo público de ese Estado y dicho nacional. En otras palabras, el artículo 25(3) no restringe la jurisdicción material del tribunal; más bien, crea eficiencias potenciales en las operaciones del CIADI al establecer, con la aprobación del gobierno central, el derecho de tales organismos públicos o subdivisiones de ser parte en un procedimiento arbitral CIADI.

Lo anterior encuentra su precedente en la historia de las negociaciones del Convenio de Washington, cuyas disposiciones fueron diseñadas para responder a la preocupación de aquellos Estados que ejercían sus funciones en materia de inversión por medio de entidades jurídicas separadas, incluyendo organismos públicos, subdivisiones y empresas propiedad del Estado.

9. En cuanto a la capacidad para firmar un compromiso arbitral, segundo problema planteado, debemos tener en cuenta que el concepto de competencia en derecho público y de capacidad en derecho privado tienen idéntico significado, ya se trate de una persona estatal o de una persona privada: poder legal o aptitud de obrar o de ejecutar determinados actos. Sin embargo, ambos conceptos no tienen el mismo alcance: en el derecho privado, la capacidad es la regla y la incapacidad la excepción; en el derecho público el principio es todo lo contrario, se requiere siempre de una disposición legal expresa para que se repute la competencia. En efecto, la autoridad pública que emite el consentimiento de someterse a arbitraje debe tener competencia legal para ello.⁴

² N. GONZÁLEZ MARTÍN, «Un acercamiento al CIADI: el caso Ecuador», en N. GONZÁLEZ MARTÍN y S. RODRÍGUEZ JIMÉNEZ (coords.), *Arbitraje Comercial Internacional*, México, UNAM-Editorial Porrúa, 2007, pp. 171-173. A. VINCZE, «Jurisdiction ratione personae in ICSID arbitration», *European Integration Studies, Miskolc*, vol. 3, n° 1, 2004, pp. 113-114.

³ P. REUTER, *Introducción al Derecho de los Tratados*, México, Fondo de Cultura Económica, 2ª ed., 2001, p. 216.

⁴ A. R. BREWER-CARIAS, *Contratos Administrativos*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 1992, pp. 61-62.

10. En el tercer problema se plantea la necesidad de que la materia sometida a arbitraje deba ser arbitrable, lo cual cae bajo la noción de inversión adoptada por las partes en el instrumento mediante el cual se constituye la relación de inversión, pero también debe estar comprendida dentro de aquellas que el Estado puede someter a arbitraje internacional, de conformidad con su sistema normativo interno.⁵

11. En materia de objeciones a la jurisdicción arbitral CIADI por razón de los sujetos un nuevo problema se planteó frente a China en el año 2007, en el primer caso en el cual interviene un nacional de este Estado contratante desde el año 1993, cuando China se hizo parte del Convenio de Washington. Se trata de un inversor de Hong Kong, quien solicitó el arbitraje CIADI alegando que el gobierno de Perú había expropiado su empresa destinada a la fabricación de productos alimenticios derivados del pescado y su exportación a mercados asiáticos. La cuestión principal se centró en determinar si el Tribunal CIADI tenía jurisdicción para conocer de la disputa planteada por un nacional de la Región Administrativa Especial de Hong Kong, para lo cual era necesario determinar si el TBI China-Perú (1994) resultaba directamente aplicable a éste, ya que se trata de «un país, con dos sistemas».⁶

2. Inversor nacional de otro Estado Contratante

12. La noción de «inversor» (persona física o jurídica) es un tema fundamental en los tratados de inversión ya que sólo quien califica como tal puede encontrarse protegido por el tratado en cuestión. Además, cuando el Estado ha realizado una oferta de consentimiento para someter las disputas que surjan con relación a una inversión a la jurisdicción arbitral CIADI, no lo hace frente a un número indiscriminado de personas, esta oferta sólo puede ser aceptada por aquel que califica como inversor de acuerdo con los términos del Convenio de Washington y el tratado de inversión respectivo. Este requisito en apariencia sencillo presenta innumerables complejidades.

13. Generalmente, se admite que el vínculo de nacionalidad entre el Estado y los inversores, confiere al Estado la obligación de protección de los intereses de sus nacionales en el extranjero. Los inversores que deseen beneficiarse de los derechos y ventajas de los tratados bilaterales de inversiones (en adelante TBIs) deben tener la nacionalidad del Estado Parte cuya protección invocan.

14. Las objeciones a la jurisdicción arbitral CIADI vinculadas con el inversor nacional de otro Estado Contratante consisten en determinar si quien inicia un arbitraje ante el CIADI puede ser considerado un nacional de otro Estado Contratante. En todos los tratados de inversión se define el concepto de «inversor», planteándose en general dos aspectos: los tipos de entidades que pueden considerarse como inversores (personas físicas y jurídicas) y los criterios para determinar la nacionalidad del inversor, en virtud de que el tratado sólo se aplica a los inversores que tenga la nacionalidad del otro Estado Parte.

15. La primera problemática gira en torno a la determinación de la nacionalidad de la persona que realiza la inversión para lo cual debe distinguirse entre persona natural y persona jurídica. En los tratados de inversión la definición típica de «inversor» persona física hace referencia a un «nacional de una Parte» reconocida como nacional o ciudadano por el ordenamiento jurídico interno de esa Parte. Además, en algunos tratados de inversión la noción de inversor también comprende a los residentes permanentes de dicho Estado Parte. Así, el tema de la nacionalidad de las personas físicas en el arbitraje de inversiones no presenta mayores particularidades para el Derecho internacional de inversiones, por lo cual le corresponde al sistema jurídico del Estado del cual es nacional el inversor fijar los extremos que determinan su nacionalidad.

⁵ N. CUOMO, «La validez del acuerdo arbitral en materia de inversiones extranjeras e hidrocarburos en Bolivia», *Revista Boliviana de Derecho*, Santa Cruz, Fundación Iuris Tantum, n° 11, enero 2011, pp. 233-236, en http://seer.uscs.edu.br/index.php/revista_direito/article/viewArticle/922

⁶ Asunto Tza Yap Shum vs. Perú (ICSID Case n° ARB/07/6), decisión sobre jurisdicción del 19/06/2009.

16. En los supuestos de determinación de la nacionalidad de la persona física el problema más común es el de doble nacionalidad y la determinación de cuál de las nacionalidades debe prevalecer. En la práctica internacional esta problemática ha llevado, en algunos casos, a la adopción de la noción de «nacionalidad real y efectiva». Sin embargo, la formulación de criterios para delimitar que se entiende por «real y efectiva» no es tarea fácil. Sin embargo, en algunos casos los tratados de inversión abordan esta problemática y en alguno de ellos, como por ejemplo el TBI Uruguay-EE.UU., se considera a las personas con doble nacionalidad como nacionales del Estado de su «nacionalidad dominante y efectiva». Las cuestiones sobre doble nacionalidad han sido abordadas en los casos *Hussein Nuaman Soufraki vs. Emiratos Árabes* y *caso Víctor Pey Casado y Fundación Presidente Allende vs. Chile*⁷, por ejemplo.

17. En el caso *Tza Yap Shum*, se considero la disposición del TBI según la cual: «El término ‘inversionistas’ significa: Con respecto a la República Popular China: (a) Personas naturales que tengan la nacionalidad de la República Popular China de conformidad con sus leyes». En atención a los alegatos de las partes y sus respectivos expertos, el Tribunal llega a la conclusión que es la Ley de Nacionalidad de la República Popular China, la que gobierna la adquisición y pérdida de la nacionalidad china y que la misma tiene vigencia en la Región Administrativa Especial de Hong Kong⁸, en consecuencia el inversionista ostenta la nacionalidad China de conformidad con dicha Ley. En sentido contrario, An Chen, profesor de la Escuela de Derecho de la Universidad Xiamen, China, tomando en consideración la «jurisprudencia» del CIADI, opina que la decisión del Tribunal es «incorrecta, irracional e inaceptable», ya que desconoce las circunstancias históricas y legales de Hong Kong, antes y después de su retorno a China.⁹ Esta decisión desconoce la autonomía de Hong Kong con respecto a las relaciones internacionales y la celebración de tratados, lo cual resulta patente en la participación de éste en la OMC como un Estado Parte, distinto a China.¹⁰

18. En relación a la nacionalidad de las personas jurídicas, el artículo 25(2)(b) contiene dos supuestos: En la primera frase se refiere a que una persona jurídica será considerada como «nacional de otro Estado Contratante» si se trata de una «persona jurídica que...tenga la nacionalidad de un Estado contratante distinto al Estado parte en la diferencia.» Este supuesto no plantea mayores problemas más allá de los derivados del Derecho internacional privado en cuanto a la determinación de la nacionalidad de las personas jurídicas, en los cuales será necesario determinar el factor de conexión aplicable en esta materia (lugar de constitución, sede social, sede real, domicilio, etc.).¹¹

19. La segunda frase del artículo se refiere a una situación adicional: se considerara nacional de otro Estado contratante a «las personas jurídicas que, teniendo...la nacionalidad del Estado parte en la diferencia, las partes hubieran acordado atribuirle tal carácter, a los efectos de este Convenio, por estar sometidas a control extranjero.» Es este supuesto, el que mayor polémica ha generado en el arbitraje de inversión. Se refiere a una sociedad que tiene la nacionalidad del Estado Parte en la diferencia (Estado receptor de la inversión) y que, por tal razón, podría estar impedida de reclamar en contra de su propio Estado, por lo cual el criterio de control extranjero le permite reclamar como si fuese una sociedad de nacionalidad de la otra Parte Contratante, en la medida en que así se haya acordado entre los Estados Partes involucrados.¹²

Esta segunda parte del artículo 25(2)(b) del Convenio de Washington involucra a su vez dos aspectos. El primero es el relativo al alcance de la disposición y si éste establece un requisito autónomo de

⁷ Asunto *Hussein Nuaman Soufraki vs. Emiratos Arabes Unidos* (ICSID Case n° ARB/02/7), laudo del 07/07/2004; Asunto *Víctor Pey Casado y Fundación Presidente Allende vs. Chile* (ICSID Case n° ARB/98/2), laudo del 08/05/2008, párrafo 573.

⁸ Asunto *Tza Yap Shum vs. Perú* (ICSID Case N° ARB/07/6), decisión sobre jurisdicción del 19/06/2009, párrafos 52-66.

⁹ A. CHEN, «Queries to the Recent ICSID Decision on Jurisdiction Upon the Case of *Tza Yap Shum v. Republic of Peru: Should China-Peru BIT 1994 Be Applied to Hong Kong SAR under the «One Country Two Systems» Policy»*, *The Journal of World Investment & Trade*, vol. 10, n° 6, 2009, pp. 832-845.

¹⁰ *Ibidem*, pp. 836-838.

¹¹ J. SCHOKKAERT Jan e Y. HECKSCHER, «Protected Investors Nationality», *The Journal of World Investment & Trade*, vol. 10, n° 5, 2009, pp. 699 y ss.

¹² Asunto *Camuzzi vs. Argentina* (ICSID Case N° ARB/03/7), decisión sobre jurisdicción del 11/05/2005, párrafos 28-30.

jurisdicción o una opción adicional a otras. El segundo aspecto, se refiere a las modalidades del ejercicio del control societario y la alternativa de un control mediante un pacto de accionistas. Estos aspectos han originado innumerables objeciones por parte de los Estados demandados, especialmente en los casos incoados contra Argentina tras la última crisis económica que azotó a este país¹³, y que dieran origen a más de 49 demandas contra el Estado latinoamericano iniciadas por diversos inversores extranjeros nacionales de Estados con los cuales Argentina había celebrado un TBI.¹⁴

20. Así, la mayoría de los tratados de inversión reconocen que un inversionista de uno de los Estados Parte puede constituir en el otro Estado Parte una entidad que le sirva de «vehículo» para llevar a cabo su inversión, lo cual es una práctica frecuente dado que el Estado receptor de la inversión en muchas ocasiones impone a los inversionistas extranjeros la obligación de constituir una persona jurídica local.¹⁵ El problema que plantea este supuesto es la determinación de la expresión «controladas directa o indirectamente» sobre lo cual se han planteado diversos puntos de vistas en los tribunales arbitrales CIADI y, en consecuencia, las diversas soluciones interpretativas han causado preocupación, ya que el Convenio de Washington prefirió evitar dar precisiones sobre su contenido dejándose a las partes en los acuerdos o contratos que llegaren a celebrar.¹⁶

21. La legalidad de la inversión no debe confundirse con la forma jurídica que adoptan las personas a través de las cuales se realiza la inversión. En efecto, los inversores pueden elegir libremente el vehículo a través del cual realizan sus inversiones siempre y cuando cumplan con los requisitos para participar en la economía del Estado receptor. Así, por ejemplo, en la decisión de Tokios Tokelés vs. Ucrania, el Tribunal se negó a descalificar a la supuesta inversión, ya que no encontró abuso en el procedimiento. Se trataba de una reclamación contra Ucrania por una empresa lituana propiedad de nacionales ucranianos y la cuestión debatida consistía en determinar si la empresa podría ser considerada como un inversor extranjero. En su decisión, dos árbitros, de los tres, reconocieron que «ninguna conducta de la demandante con respecto a su condición de entidad de Lituania constituye un abuso de la personalidad jurídica». El demandante manifiesta no haber creado Tokios Tokelés con el fin de acceder al arbitraje del CIADI, en el marco del TBI con Ucrania, ya que la empresa se fundó seis años antes de la entrada en vigor del TBI. Por otra parte, no se evidencia en el expediente que el demandante hubiera utilizado su nacionalidad para algún «propósito impropio».¹⁷

¹³ El primer laudo en contra de Argentina se produjo en el caso CMS, el 12 de mayo de 2005. S. HAROUT, «Five years later: The CMS award placed in the context of the Argentine financial crisis and the ICSID arbitration boom», *The University of Miami Inter-American Law Review*, vol. 38, n° 3, 2006-2007, pp. 667-697. A. REINISCH, «Necessity in International Investment Arbitration – An unnecessary split of opinion in recent ICSID?», *The Journal of World Investment & Trade*, vol. 8, n° 2, 2007, pp. 192-195. Durante el gobierno de Kirchner se implementó una estrategia heterogénea centrada en tres acciones: renegociación, reestatización y creación empresarial. Esta estrategia perseguía tres objetivos: 1) interrumpir los procesos judiciales que muchas empresas privatizadas llevan adelante en el CIADI; 2) evitar un «tarifazo», limitando la inflación y buscando mantener el nuevo esquema de precios relativos favorable a la producción de bienes transables; y 3) aumentar la influencia del Estado en determinadas áreas. *cf.*: J. C. GAMBINA, B. RAJLAND, D. CAMPIONE (compiladores), *Hegemonía y proceso de acumulación capitalista en Latinoamérica hoy (2001-2007). El caso argentino*, Buenos Aires, Fundación de Investigaciones Sociales y Políticas, 2011, p. 55.

¹⁴ S. VERBANAZ, «Tratados bilaterales de inversión, privatizaciones y régimen de convertibilidad en la Argentina. Las semillas de las demandas ante el CIADI», *Papeles de Europa*, vol. 22, 2011, pp. 138-169.

¹⁵ Asunto LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. and LG&E International Inc. vs. Argentina (ICSID Case N° ARB/02/1), decisión sobre jurisdicción del 30/04/2004.

¹⁶ L. KLESTA, «La nazionalità delle società: il criterio del controllo nel sistema arbitrale ICSID», *Il Risparmio*, n° 6, 1994, pp. 61-62.

¹⁷ Ver Asunto Tokios Tokelés vs. Ucrania (ICSID Case n° ARB/02/18), decisión sobre jurisdicción, 29/04/2004, párrafo 56. Este caso tiene su origen en una acusación de Tokios Tokelés contra el Gobierno del entonces Presidente Leonid Kuchma por el cargo de acoso político a su empresa lituana de publicidad, Taki Spravy, después de la publicación de materiales de una campaña de oposición política, así como de un libro que se oponía al político Yulia Tymoshenko. En 2002, Tokios Tokelés inició un procedimiento de arbitraje CIADI, alegando varias violaciones del TBI Lituania-Ucrania por parte del Gobierno de Ucrania. Sin embargo, en un fallo con fecha del 26/07/2007, el tribunal del CIADI falló por mayoría (2 a 1) que Ucrania no se encontraba en violación de sus obligaciones asumidas en el TBI. Véase, A. ALEXEYEV y S. VOITOVICH, «Tokios Tokelés Vector: Jurisdictional issues in ICSID case Tokios Tokelés v. Ukraine», *The Journal of World Investment & Trade*, vol. 9, n° 6, 2008, pp. 519-549.

El laudo en cuestión inició un periplo normativo para identificar la norma aplicable de cara a la definición de inversor y, a partir de allí, confrontar los hechos concretos con el supuesto abstracto de la normativa aplicable. Analizado el artículo 25 del Convenio de Washington concluyó que este no establecía el método para definir la nacionalidad de las entidades jurídicas, tema que dejaba a la discreción de los Estados en sus tratados bilaterales, y el supuesto de ese artículo sólo era relevante para los casos en los que el inversionista extranjero hubiera asumido forma de entidad jurídica doméstica. Esta situación había sido prevista por los redactores del Convenio para salvaguardar la verdadera naturaleza extranjera del inversionista. Igualmente, determinó que el supuesto en comento no había sido consagrado con relación al «supuesto inversor», vale decir, aquel en el cual el inversionista local se disfraza de extranjero.

Finalmente, el Tribunal rechazó los argumentos de Ucrania afirmando que el artículo 25(2)(b) del Convenio de Washington no era aplicable para restringir la jurisdicción del Centro. Por lo anterior, concluyó que la sociedad lituana debió ser tratada como «nacional de otro Estado». Paralelamente, declaró que las acciones que esta poseía en la subsidiaria localizada en el Estado demandado constituían una inversión, sin importar de dónde había proveniendo el capital para efectuarla.¹⁸

La conclusión del Tribunal coincide con la elaborada en el caso *Aucoven vs. Venezuela*, en tanto que el concepto del control extranjero como el de la nacionalidad de las empresas únicamente se define con ayuda del levantamiento del velo societario, con tal de ampliar el ámbito de aplicación del Convenio de Washington y no viceversa.¹⁹

22. En distintas decisiones los tribunales arbitrales han analizado qué tan lejos debería llegar el análisis de un tribunal para determinar si existe o no control extranjero. En el caso *AMCO vs. Indonesia*, el Tribunal consideró que debía llegar en su análisis hasta el nivel siguiente al de la nacionalidad del Estado receptor;²⁰ en el caso *SOABI vs. Senegal*, el Tribunal buscó el control efectivo y avanzó otro paso hasta llegar al control intermedio es decir, hasta los accionistas mayoritarios de la sociedad que poseía las acciones de la entidad constituida localmente.²¹ En el caso *Aguas del Tunari S.A. vs. Bolivia* se llegó a la conclusión que cuando «una entidad posee capital accionario mayoritario y es propietaria de la mayoría de los derechos de voto, existe un control en los términos del contenido del TBI según el cual están «controladas directa o indirectamente.»²²

23. Otra objeción a la jurisdicción vinculada con las personas jurídicas puede traducirse en la siguiente interrogante: ¿puede un accionista reclamar por sus derechos en una sociedad extranjera en forma independiente de los derechos de esta sociedad? y, en caso afirmativo ¿estos derechos se refieren únicamente a su condición de accionista o incluyen derechos sustantivos relacionados con el desempeño jurídico y económico de su inversión en la persona jurídica? La referencia en el artículo 25(2)(b) del Convenio de Washington al control extranjero, en cuanto a considerar a una sociedad de la nacionalidad del Estado Contratante como nacional de otro Estado Contratante, está dirigida a favorecer el acuerdo entre las partes, evitando así que la personalidad jurídica de la sociedad pudiese interferir con la protección de los intereses reales asociados a la inversión. El mismo resultado se puede alcanzar mediante las disposiciones del tratado de inversión, donde el consentimiento puede incluir accionistas que no son controladores o que son minoritarios.²³

Se ha considerado que el Derecho internacional actual permite reclamaciones de los accionistas en forma independiente de la sociedad, sin importar si esos accionistas son minoritarios o no controla-

¹⁸ Ver Asunto Tokios Tokeles, párrafo 56, *cit.* nota 16.

¹⁹ Asunto *Aucoven vs. Venezuela* (ICSID Case n° ARB/00/5), decisión sobre jurisdicción del 27/09/2001. En el mismo sentido Asunto *Perenco Ecuador Ltd. vs. Ecuador y Petroecuador* (ICSID Case n° ARB/08/6), decisión sobre jurisdicción 30/06/2011, párrafo 71.

²⁰ Asunto *AMCO vs. Indonesia*, (ICSID Case n° ARB/81/1) decisión sobre jurisdicción del 25/09/1983, en *ICSID Report*, 1993, pp. 389 y ss.

²¹ Asunto *Société Ouest Ahcaine des Bétons Industriels vs. Senegal* (ICSID Case n° ARB/82/1), laudo del 25/02/1988, en *ICSID Review-Foreign Investment Law Journal*, n° 10, 1991.

²² Asunto *Aguas del Tunari S.A. vs. Bolivia* (ICSID Case N° ARB/02/3), decisión sobre jurisdicción del 21/10/2005, párrafo 264.

²³ Asunto *CMS vs. Argentina* (ICSID Case n° ARB/01/8), decisión sobre jurisdicción del 17/07/2003, párrafo 41.

dores. Sin embargo, ello es más bien el resultado de la *lex specialis* y de arreglos contenidos en tratados específicos de inversión que lo han autorizado.²⁴ Desde el caso *Antoine Goetz y otros vs. Burundi*, se reconoció esta tendencia al considerar que no se limita la capacidad de acción a las personas jurídicas, sino también a los accionistas de esas personas, que son los verdaderos inversionistas.²⁵

II. Objeciones por razón de la materia

24. Cuando se trata de la jurisdicción *ratione materiae* el tribunal arbitral deberá establecer si la reclamación planteada por el demandante se enmarca en la manifestación de consentimiento del demandado de someterse al arbitraje CIADI. Las objeciones a la jurisdicción que suelen presentarse vinculadas con estos aspectos consiste en determinar si la reclamación planteada es una «diferencia de naturaleza jurídica» y si esta surge «directamente de una inversión», en los términos del artículo 25(1) del Convenio de Washington; si la controversia versa sobre materias que han sido excluidas por el Estado demandado de conformidad con el artículo 25(4) del Convenio; o bien si coexisten más de un mecanismo de resolución de controversias entre las partes contenido en instrumentos distintos.

1. Diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión

25. El artículo 25(1) del Convenio de Washington dispone que la «jurisdicción del Centro se extenderá a las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión» ¿Qué significado tienen esta frase? El término «directamente» en este artículo se relaciona con la «diferencia» y no con la «inversión». En consecuencia, la jurisdicción puede existir aún con respecto a las inversiones que no son directas, siempre y cuando la diferencia surja directamente de dicha transacción.²⁶ Cuando el Convenio de Washington establece como condición para acceder a la jurisdicción arbitral CIADI que se trate de una controversia en materia de inversión, en la práctica, la determinación de dicha condición plantea innumerables dificultades.

26. Adicionalmente, las inversiones son usualmente operaciones compuestas por varias transacciones interrelacionadas. Las transacciones por sí mismas pueden no calificar como una inversión. Sin embargo, cuando una disputa es llevada ante el CIADI, el tribunal debe analizar toda la operación y no sólo la transacción en cuestión. Si la operación en su conjunto puede ser calificada como una inversión, aun cuando no sea una inversión directa y si la disputa ha surgido directamente de esa operación a través de esa transacción, entonces el CIADI tendrá jurisdicción. Dicho esto, quedan tres aspectos a considerar dentro de esta excepción por razón de la materia: el primero ¿Qué es una controversia? El segundo ¿Qué es una diferencia de naturaleza jurídica? y tercero ¿Cuándo una diferencia jurídica surge directamente de una inversión?

27. En las decisiones arbitrales se ha reconocido a la expresión «controversia» el significado comúnmente aceptado, esto es, una controversia es «un desacuerdo sobre un punto de derecho o de hecho, un conflicto de puntos de vista jurídicos o de intereses entre las partes», o una «situación en que dos partes sostienen posiciones claramente opuestas con respecto a la cuestión del cumplimiento o incumplimiento» de una obligación jurídica. En definitiva, puede considerarse que existe una controversia cuando las partes mantienen reclamaciones de derecho o de hecho contrapuestas referentes a sus respectivos derechos u obligaciones, o cuando «la reclamación de una parte se opone positivamente a la de la otra».²⁷

²⁴ *Ibidem*, párrafo 48.

²⁵ Asunto *Antoine Goetz y otros vs. Burundi* (ICSID Case N° ARB/95/3), laudo final del 10/02/1999, párrafo 80.

²⁶ Asunto *Fedax, N. V. vs. Venezuela* (ICSID Case n° ARB/96/3), decisión sobre jurisdicción del 11/07/1997.

²⁷ Asunto *Empresas Lucchetti, S.A. y Lucchetti Perú, S.A. vs. Perú* (ICSID Case n° ARB/03/04), laudo del 07/02/2005, decisión sobre anulación 05/09/2007.

28. Es importante recordar que el Convenio de Washington no está destinado a crear un foro de solución de controversias puramente políticas. La controversia debe cumplir dos criterios para estar comprendida en la jurisdicción *ratione materiae* del Centro: (i) ser una «diferencia de naturaleza jurídica», y (ii) debe emanar directamente de una «inversión». Sin embargo, el Convenio no define ninguno de los dos términos destacados, pero su intención es revelada en el Informe de los Directores Ejecutivos del Banco Mundial, presentado a los gobiernos junto con el Convenio, según el cual:

La expresión «diferencia de naturaleza jurídica» se ha utilizado para dejar aclarado que están comprendidos dentro de la jurisdicción del Centro los conflictos de derechos, pero no los simples conflictos de intereses. La diferencia debe referirse a la existencia o al alcance de un derecho u obligación de orden legal, o a la naturaleza o al alcance de la reparación a que dé lugar la violación de una obligación de orden legal.²⁸

29. En ese sentido se puede observar en el caso Maffezini, que el Tribunal estableció diferencias entre la disputa y la demanda. El Tribunal citó a la Corte Internacional de Justicia en el caso Timor Oriental²⁹ y concluyó que la disputa era un desacuerdo sobre un punto de hecho o de derecho susceptible de ser presentado como una demanda específica (controversia).³⁰

30. Este aspecto también se consideró en el caso Tradex, ante lo cual el Tribunal dejó claro que las disputas surgen usualmente antes que las demandas. En consecuencia, si la fecha de registro de la demanda es anterior a la fecha del consentimiento de las partes, el tribunal no tiene jurisdicción. El Tribunal estableció que una diferencia puede surgir antes de la entrada en vigor de la ley -en este caso, el consentimiento de Albania fue otorgado en una ley local- y eso no debería afectar la jurisdicción del CIADI, si la demanda es presentada oportunamente. Al respecto, el Tribunal señaló por cuanto, según los términos de la ley local, había necesidad de tratar de arreglar las disputas amigablemente antes que la demanda fuera presentada al Centro, la disputa debía necesariamente surgir antes que la demanda. Luego, el tiempo de las disputas y de las demandas es diferente. El Tribunal extendió su jurisdicción a disputas que surgieron antes de la entrada en vigor de la ley local, siempre y cuando la demanda fuese presentada después de ese momento.³¹

31. Esta objeción a la jurisdicción por razón de la materia está íntimamente vinculada a la noción de inversión ya que para determinar si se trata de una «diferencia de naturaleza jurídica que surja directamente de una inversión» previamente deberá determinarse que se está en presencia de una inversión a la luz del Convenio de Washington y del contrato o TBI respectivo.

32. Es muy común que la parte demandante en un arbitraje Inversor-Estado aduzca la existencia de un derecho que encuentra su fuente en obligaciones que, según sostiene, asumió el Estado demandado y, en consecuencia, reclama reparación por su supuesto incumplimiento. También es común encontrarse con reclamaciones en las cuales lo que se discute es el significado de las normas dispositivas contenidas en el tratado de inversión, ya sea que se trate de determinar si se está en presencia de una diferencia de naturaleza jurídica que pueda ser sometida a arbitraje internacional y si las partes han consentido ese procedimiento. Sin duda alguna, una controversia sobre la existencia de esas obligaciones o sobre el significado y alcance de las mismas constituye una diferencia jurídica, y ésta emana directamente de una inversión.

33. En el caso Perenco Ltd. vs. Ecuador y Petroecuador en la decisión sobre jurisdicción se planteó la necesidad de delimitar si una controversia sobre materia técnica o económica constituía una

²⁸ Informe de los Directores Ejecutivos del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento acerca del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, párrafo 26, en <http://icsid.worldbank.org>

²⁹ Corte Internacional de Justicia, Asunto Timor oriental (Portugal vs. Australia), sentencia del 30/06/1995, en *ICJ Reports*, 1995, pp. 90-106.

³⁰ Asunto Emilio Agustín Maffezini vs. España (ICSID Case n° ARB/97/7), decisión sobre jurisdicción del 25/01/2000.

³¹ Asunto Tradex Hellas S.A. vs. Albania (ICSID Case n° ARB/94/2), decisión sobre jurisdicción 24/12/1996.

controversia «jurídica», ante lo cual el tribunal consideró que no debía contraponerse «legal» a «técnico o/y económico», con lo cual la interpretación parece conducirnos a incluir éstas últimas en las primeras.³² Sin embargo, no considero bajo su jurisdicción la reclamación sobre «violación a la Constitución Ecuatoriana, sus disposiciones sobre confiscación, discriminación y retroactividad de leyes» por no ser «esencialmente asuntos legales» y, en consecuencia no cubierta por el consentimiento de las partes.³³ A nuestros entender se trataba de dos aspectos diferentes, aunque directamente relacionados, por una parte, la determinación de si las disputas técnicas o económicas eran controversias legales y no meramente políticas o conflictos de intereses, y por el otro, cuales controversias jurídicas habían sido sometidas por las partes al arbitraje CIADI.

34. En todo caso, la determinación definitiva sobre si corresponde o no admitir la existencia de los derechos aducidos por la demandante dependerá de la decisión sobre el fondo de la diferencia. Así, con independencia de la cuestión relativa al consentimiento que el Estado demandado haya dado o no al arbitraje en el caso concreto, el tribunal arbitral, en la oportunidad de decidir sobre su propia jurisdicción, sólo está llamado a declarar si la reivindicación de los referidos derechos ha dado lugar a una diferencia comprendida dentro de la jurisdicción del Centro, conforme a lo estipulado en el artículo 25(1) del Convenio de Washington.

35. En el caso *Československa obchodní banka, a.s. vs. República Eslovaca* (en adelante caso ČSOB) el Tribunal señaló que aunque tenía jurisdicción sobre la disputa por cuanto ésta surgió directamente de una inversión a través de una transacción específica, la jurisdicción se extendía solamente a la disputa según los términos del consentimiento de las partes.³⁴ En consecuencia, el Tribunal no había adquirido jurisdicción en relación con cada uno de los contratos realizados para implementar la inversión.

36. Hay que destacar que cuando se presenta una objeción a la jurisdicción en la cual se discute si la materia sometida a arbitraje constituye o no una inversión, el Tribunal debe decidir, tomando en consideración el artículo 46 del Convenio de Washington y la Regla de Arbitraje 40, si esas reclamaciones surgen directamente de la materia controvertida, si se encuentran dentro del alcance del consentimiento de las partes y, en consecuencia, dentro de la jurisdicción del Centro. Lo que el tribunal debe examinar es la naturaleza de la controversia o controversias; sus antecedentes pueden ser diferentes pero, nuevamente, lo que importa es si las reclamaciones emanan directamente de la misma materia.³⁵ Tampoco es relevante si la inversión ya no existe para el momento de la presentación de la solicitud de arbitraje, ya sea que el contrato de concesión hubiere terminado cuando se registró, como sucedió en el caso *Helnan International Hotels A/S vs. Egipto*.³⁶

2. Materias excluidas mediante la notificación del Estado Parte

37. El artículo 25(4) del Convenio de Washington establece que «[l]os 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... Esta notificación no se entenderá que constituye el consentimiento a que se refiere el apartado (1) anterior.» Esto es, esta notificación no limita ni amplía la jurisdicción del Centro por razón de la materia y, ante un conflicto entre esta declaración y un consentimiento por escrito, prevalece éste último. A la fecha pocos países han hecho uso de esta disposición, sin embargo, en varios laudos CIADI se han decidido objeciones a la jurisdicción fundadas en este supuesto.

³² Asunto *Perenco Ecuador Ltd. vs. Ecuador y Petroecuador*, párrafo 134, *cit.* nota 18.

³³ *Ibidem*, párrafo 137.

³⁴ Asunto *Československa obchodní banka, a.s. vs. República Eslovaca* (ICSID Case n° ARB/97/4), decisión sobre jurisdicción del 24/05/1999, en *ICSID Review-Foreign Investment Law Journal*, n° 14, 1999.

³⁵ Asunto *CMS*, párrafo 107-127, *cit.* nota 22.

³⁶ Asunto *Helnan International Hotels A/S vs. Egipto* (ICSID Case n° ARB/05/19), decisión sobre jurisdicción del 17/10/2006.

38. Así, en los casos *Alcoa Minerals of Jamaica vs. Jamaica*,³⁷ *Kaiser Bauxite Company vs. Jamaica*,³⁸ y *Reynolds Jamaica Mines Ltd. y Reynolds Metal Company vs. Jamaica*,³⁹ se rechazó la objeción a la jurisdicción del CIADI por parte de los respectivos tribunales arbitrales, ya que la notificación realizada por Jamaica de su deseo de no someter sus diferencias en materia de inversiones sobre minerales y otros recursos naturales no podía considerarse como una retirada del consentimiento otorgado con anterioridad en sus compromisos contractuales. Más recientemente, en el caso *PSEG Global* se presentó esta objeción y el tribunal tuvo que analizar la notificación realizada por Turquía en 1989.⁴⁰ En concreto, la discusión en torno a esta objeción consiste en determinar la naturaleza y el efecto de las notificaciones realizadas por los Estados Partes. Existe consenso en que estas notificaciones no son reservas realizadas por los Estados al texto del tratado.⁴¹

En este punto resulta de interés destacar la práctica internacional, cada vez más común, de sustituir en los tratados las reservas por las declaraciones. Estas declaraciones no cambian los derechos legales y obligaciones del tratado, tampoco enmiendan sus disposiciones. Ellas son simplemente un instrumento que permite a los Estados expresar cuestiones de política que los vinculan y no crean derechos para las otras Partes. Este es un asunto de información llamado a resolver necesidades nacionales.

3. Interrelación de varios mecanismos de resolución de controversias

39. La distinción entre una reclamación basada en un contrato y aquella basada en un tratado, tiene consecuencias directas en las cláusulas de resolución de controversias. Así como una controversia meramente contractual deberá ser sometida al foro previsto en el contrato, igualmente una controversia amparada en la protección de un tratado deberá ser sometida a los mecanismos que este prevé. Esta distinción no contradice el principio básico según el cual una controversia puede originarse en un contrato y tener al mismo tiempo un efecto sobre el tratado. En todo caso, el consentimiento puede ser expresado en términos generales, esto es, abarcando la totalidad de los puntos controvertidos existentes entre las partes, o bien de manera que den su consentimiento sólo respecto a algunos de los puntos controvertidos entre ellas.⁴²

40. Para que una excepción a la jurisdicción del tribunal arbitral basada en la existencia de otra cláusula de elección de foro entre las partes prospere, ésta última debe vincular a las mismas partes y referirse a los mismos asuntos y necesariamente contener obligaciones contrapuestas en cuanto al foro elegido por las partes. Luego, el tribunal arbitral deberá entrar a analizar qué efecto tiene la cláusula de elección de foro invocada sobre su competencia. En consecuencia, esta excepción se refiere a la interrelación de cláusulas de selección de foro en relaciones contractuales y la disponibilidad de mecanismos de resolución de controversias como el arbitraje CIADI en el marco de un tratado de inversión.

41. Esta objeción se ha presentado en varias oportunidades, y sólo para ejemplificar su tratamiento hacemos mención a algunos casos resueltos en los últimos años. El primero, el caso *Lanco*, en el cual el Tribunal consideró que la cláusula de elección de foro contenida en el contrato en cuestión no creaba una obligación incompatible con la jurisdicción del Centro. El Tribunal llegó a la conclusión de que dicha cláusula no constituía «una disposición preacordada sobre solución de diferencias» en el sen-

³⁷ Asunto *Alcoa Minerals of Jamaica, Inc. vs. Jamaica* (ICSID Case n° ARB/74/2), laudo sobre jurisdicción del 06/07/1975.

³⁸ Asunto *Kaiser Bauxite Company vs. Jamaica* (ICSID Case CIADI n° ARB/74/3), laudo sobre jurisdicción del 06/07/1975.

³⁹ 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.

⁴⁰ «sólo las disputas que surjan directamente de una inversión que han obtenido el permiso necesario, conforme a la legislación de la República de Turquía sobre capital extranjero, y que efectivamente hubieren comenzado estarán sujetas a la jurisdicción del Centro». Ver notificación de Turquía en <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet>

⁴¹ Asunto *PSEG Global Inc. y Konya Ilgin Elektrik Üretim ve Ticaret Limited Sirketi vs. Turquía* (ICSID Case n° ARB/02/5), decisión sobre jurisdicción del 04/06/2004, párrafo 143.

⁴² S. RODRÍGUEZ JIMÉNEZ, *El Sistema Arbitral del CIADI*, México, Porrúa-Universidad Iberoamericana-UNAM, 2006., p. 380. E. SAVARESE, «Il concorso di giurisdizioni nelle controversie tra stati e private straniere in materia d'investimenti: a proposito di due contrastanti stentenze dell'ICSID», *Diritto del Commercio Internazionale*, vol. 18, n° 4, 2004, pp. 955-957.

tido del TBI aplicable, ya que «en lo contencioso administrativo no puede seleccionarse la competencia ni renunciarse a ella.»⁴³ En el fondo, las razones que llevan al Tribunal a estas conclusiones es que la cláusula bajo análisis no podía considerarse como exclusiva, por lo cual no implicaba una renuncia al arbitraje internacional.⁴⁴

En el segundo, el caso Aguas del Aconquija, es importante destacar, a los efectos del contenido de la objeción bajo estudio, dos aspectos: primero, la selección de un tribunal determinado se califica expresamente como exclusiva; segundo, las partes, al elegir exclusivamente el tribunal, delimitan expresamente los asuntos que le asignan para su conocimiento, en concreto la «interpretación y aplicación de este Contrato»⁴⁵. En efecto, el Tribunal consideró que la cláusula del Contrato de Concesión no le impide al inversor proceder al amparo del Convenio de Washington en contra de Argentina con una reclamación por violación del TBI Argentina-Francia.⁴⁶ En el mismo sentido, el Tribunal en el caso Impregilo S.p.A. vs. Pakistán concluyó que no tenía jurisdicción sobre los reclamos contractuales, ya que el contrato tiene su propio sistema de resolución de disputas.⁴⁷

Por su parte, el Comité de Anulación en el caso Aguas del Aconquija consideró que la cláusula de resolución de controversias contenida en el TBI Francia-Argentina, mediante la cual el inversor podía elegir la jurisdicción ante la cual someter «toda controversia relativa a las inversiones» (jurisdicción estatal o arbitral), no distingue entre reclamaciones derivadas de un contrato y reclamaciones derivadas de un tratado. De esta manera, el Comité considera como «evidente que una diferencia particular relativa a inversiones puede a un mismo tiempo implicar cuestiones de interpretación y aplicación de las normas del TBI y cuestiones contractuales»⁴⁸.

42. En el caso Aguas del Tunari, el artículo 42.1 del contrato de concesión invocado por la demandada no se refería de manera exclusiva a la jurisdicción de los tribunales bolivianos. Además, la cláusula de elección de foro analizada, de llegar a considerarse como exclusiva, no comprende las mismas obligaciones ni a las mismas partes que se encuentran vinculadas por el TBI.⁴⁹

43. Por último, en el caso Aguas Argentinas, el Tribunal dejó a salvo el hecho de «convenir en una cláusula de solución de controversias dentro del contrato de concesión no significa que las partes hayan renunciado a la jurisdicción del CIADI». Más aún, la falta de conexión de dicha cláusula, «en la cual no se hace ninguna referencia al TBI ni al tratamiento que el TBI garantiza a los inversores,» mal puede afectar la jurisdicción del CIADI al amparo del Convenio de Washington y del TBI aplicable, ni mucho menos «dar pie a ninguna inferencia de que dicha cláusula de solución de controversias significa la renuncia a los derechos de los inversores en el marco del TBI.»⁵⁰

44. En consecuencia, del análisis de los casos anteriores, es posible concluir que las partes de mutuo acuerdo pacten un mecanismo de resolución de controversias distinto al CIADI, y este pacto podría ser incompatible con la jurisdicción del Centro y producir en su caso la renuncia o modificación del mecanismo previamente establecido entre las mismas partes. Más, la sola existencia de dichas cláusulas no crea la incompatibilidad, para lo cual deberán analizarse en cada caso concreto.

⁴³ Asunto Lanco vs. Argentina (ICSID Case n° ARB/97/06), decisión sobre jurisdicción 08/12/1998, párrafos 6 y 26.

⁴⁴ O. SPIERMANN, «Individual rights, state interest and the power to waive ICSID jurisdiction under Bilateral Investment Treaties», *Arbitration International*, vol. 20, n° 2, 2004, pp. 179-191.

⁴⁵ Asunto Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal vs. Argentina (ICSID Case n° ARB/97/3), laudo del 21/11/2000, párrafo 27.

⁴⁶ *Ibidem*, párrafos 54-55.

⁴⁷ Asunto Impregilo S.p.A. vs. Pakistán (ICSID Case n° ARB/03/3), decisión sobre jurisdicción 22/04/2005, párrafos 54-55.

⁴⁸ *Ibidem*, párrafo 60.

⁴⁹ Asunto Caso Aguas del Tunari, párrafos 112-114, *cit.* nota 21.

⁵⁰ Asunto Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. y Vivendi Universal, S.A. vs. Argentina (ICSID Case n° ARB/03/19), resolución en respuesta a la petición de transparencia y participación en calidad de *amicus curiae*, del 19/05/2005, párrafo 45.

45. En la práctica, se constata la posibilidad que tribunales arbitrales puedan conocer de controversias meramente contractuales sobre la base del lenguaje empleado en las cláusulas de solución de controversias del tratado de inversión de que se trate. En efecto, se pueden distinguir varias cláusulas de solución de controversias. En primer lugar, aquellos tratados de inversión con cláusulas de resolución de controversias en las cuales claramente se señala que los tribunales arbitrales deben basar su competencia en la cláusula del tratado de inversión y que sólo podrán decidir de las acciones convencionales que se fundamenten en la violación de las obligaciones asumidas por un Estado en dicho tratado (por ejemplo, el artículo 1116(1) del TLCAN). En segundo lugar, los tratados de inversión en los cuales las cláusulas de resolución de controversias establecen claramente que los tribunales arbitrales son competentes para conocer tanto de las acciones convencionales como de las contractuales (por ejemplo, artículo 24.1 del TBI modelo de EE.UU.). Un tercer grupo, en el cual se distinguen cláusulas «amplias» en relación con el ámbito material del consentimiento otorgado por el Estado en el tratado de inversión (por ejemplo, la cláusula prevista en el artículo 9 del TBI Perú-Dinamarca).

III. Objeciones por razón del tiempo

46. Para que CIADI pueda tener jurisdicción, la demanda debe ser sometida a la consideración del Centro en fecha posterior a la manifestación de consentimiento de las partes. Es este el llamado criterio de jurisdicción *ratione temporis*, el cual hace referencia tanto al ámbito temporal de aplicación del tratado como al cumplimiento de los plazos establecidos en la cláusula de resolución de controversias.

1. Ámbito de vigencia temporal del tratado

47. En relación con el ámbito temporal de aplicación de los tratados se hará referencia en particular a los TBIs, sin embargo las siguientes consideraciones también resultan aplicables a cualquier otro tratado bilateral, multilateral o regional en materia de inversión, según las particulares previsiones del mismo. En primer lugar, debemos distinguir la entrada en vigor y la duración del TBI y, en segundo lugar, como consecuencia directa de lo primero, la aplicabilidad o no a las inversiones realizadas antes de su entrada en vigencia y aquellas realizadas durante su vigencia pero que continúan existiendo y desarrollándose después de la terminación del tratado, ya sea porque expiró su vigencia o porque una de las Partes lo ha denunciado.

48. La modalidad y fecha de entrada en vigor de un tratado se determina normalmente por las disposiciones del tratado en cuestión o por un acuerdo entre los Estados y las organizaciones internacionales negociadoras. En su defecto, el tratado entra en vigor cuando el consentimiento de todas las Partes ha quedado establecido. Así, en los casos de tratados bilaterales, estos entran en vigor después del intercambio de los instrumentos o de la notificación del consentimiento de cada una de las Partes; la entrada en vigor de los tratados multilaterales depende del consentimiento de todos los Estados u organizaciones negociadoras, o de algunos de ellos solamente, o de cierto número de ellos, según lo que se establezca en el texto del tratado en referencia.⁵¹

49. En cuanto a su terminación, los TBIs generalmente se establecen para un período inicial de 10 años, aunque es posible que se celebren por menos tiempo. Estos plazos, por lo general, son prorrogables, aun cuando se trate de la denuncia del tratado por alguna de las partes. Se aplicarán a las inversiones realizadas durante su vigencia por un período igual o menor, según sea el caso, al establecido en el período inicial. En los casos de denuncia, por lo general, se prevé que la misma deba hacerse con 6 meses de anticipación a la fecha de finalización del acuerdo.

⁵¹ P. REUTER, *Introducción al Derecho...op. cit.*, pp. 92-93.

50. En cuanto a la aplicabilidad del tratado a las inversiones realizadas antes de su entrada en vigor o aquellas que se mantienen después de la denuncia del mismo, debemos tener en cuenta, como hilo conductor en la materia, el interés protector de las inversiones.⁵²

En consecuencia, los TBIs incluyen una cláusula de retroactividad mediante la cual se extiende su protección a las inversiones realizadas con anterioridad a su entrada en vigor. Pero, como el tiempo necesario para el desarrollo de la inversión puede llegar a prolongarse más allá del tiempo previsto en su vigencia, en los TBIs se suele incluir una disposición por la cual se extiende el ámbito temporal de aplicación por encima de la terminación o la denuncia, por lo general se establecen 10, 15 o 20 años después de los eventos mencionados. Esto es, la retroactividad en los TBIs es la regla, sin embargo no todos los Estados aceptan incluirla o la incluyen con ciertos límites.⁵³ Así, algunos TBIs aclaran que la retroactividad no significa que se aplique el tratado a las controversias surgidas con anterioridad a la fecha de entrada en vigor del tratado. Esto es, se reconoce la retroactividad de las inversiones, pero no de las controversias. En este último aspecto se centra el análisis de las objeciones a la jurisdicción por razón del tiempo.

51. La eventual consideración en los arbitrajes de inversión de ciertos actos del Estado receptor, anteriores a la entrada en vigor del tratado de inversión, ha sido abordada en innumerables oportunidades.⁵⁴ En la decisión sobre objeciones a la jurisdicción en el caso *Marvin Roy Feldman Karpa vs. México*, el Tribunal CIADI en atención al TLCAN señaló que tenía jurisdicción solamente en relación con los actos u omisiones que hubieran ocurrido después de la entrada en vigor del tratado trilateral y no sobre actos u omisiones previos a su vigencia⁵⁵. Pero si los actos u omisiones eran una continuación de actos u omisiones previos, el tribunal podría tener jurisdicción con relación a éstos que ocurrieron después de la entrada en vigencia del TLCAN.

52. En *Técnicas Medioambientales Tecmed vs. México* se enfatizó que constituye un principio básico de Derecho internacional, salvo que surja una interpretación distinta del tratado o se establezcan disposiciones en contrario, que el texto no se aplica en relación con los actos o hechos que tuvieron lugar o una situación que dejó de existir antes de la fecha de entrada en vigor del instrumento internacional. La prueba de la existencia de cualquier excepción al principio de irretroactividad allí consagrado recae naturalmente en quien la invoque. Sin embargo, los hechos y situaciones anteriores a la entrada en vigencia del tratado constituyen «antecedentes» respecto de la controversia surgida con posterioridad a la entrada en vigor, con lo cual pueden ser relevantes para determinar si se violó el tratado, pero para ello es necesario poder identificar conductas u omisiones posteriores a la entrada en vigor que constituyan violaciones del tratado.⁵⁶

⁵² La regla consuetudinaria sobre la aplicación de las disposiciones de un tratado en el tiempo se encuentra recogida en el artículo 28 de la Convención de Viena, según el cual «...las disposiciones de un tratado no obligaran a una parte respecto de ningún acto o hecho que haya tenido lugar con anterioridad a la fecha de entrada en vigor para esa parte ni de ninguna situación que en esa fecha haya dejado de existir salvo que una intención diferente se desprenda del tratado o conste de otro modo.»

⁵³ Mientras que en el Derecho internacional general la regla es la irretroactividad, en el Derecho internacional de las inversiones se ha consagrado la retroactividad. La irretroactividad de la aplicación de las normas internacionales ha sido considerada un principio general de Derecho Internacional fundamentada en la necesidad de seguridad jurídica que debe amparar a todas las situaciones o derechos adquiridos en virtud de la norma antigua o con anterioridad a la aparición de una norma. Este principio no tienen carácter absoluto y, en ocasiones, motivos de moralidad y justicia o necesidades concretas y determinadas hacen imprescindible que la nueva norma despliegue efectos retroactivos. Esto es, se trata de supuestos en los que la seguridad jurídica cede ante la justicia o ante la voluntad de los sujetos implicados en la aplicación de la norma, como ocurre en los tratados de inversión que admiten la irretroactividad. *cf.* E. ORIHUELA CALATAYUD, *Los tratados internacionales y su aplicación en el tiempo. Consideraciones sobre el efecto inicial de las disposiciones convencionales*, Madrid, Dykinson, 2004, pp. 21-33.

⁵⁴ Para un exhaustivo análisis de las decisiones sobre el comienzo de la entrada en vigor de los TBIs. *cf.* N. GALLUS, «Recent BIT decisions and composite acts straddling the date a treaty comes into force», *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 56, n° 3, 2007, pp. 491-514.

⁵⁵ Asunto *Marvin Roy Feldman Karpa vs. México* (ICSID Case n° ARB(AF)/99/1), laudo del 16/12/2002, párrafos 152-153.

⁵⁶ Asunto *Técnicas Medioambientales Tecmed vs. Estados Unidos Mexicanos* (ICSID Case N° ARB(AF)/00/2), laudo del 29/05/2003, párrafos 63-66. Para un breve resumen véase M. RÁBAGO DORBECKER, «México y el arbitraje en materia de

53. En el caso *Jan de Nul N.V. y Dredging International N.V. vs. Egipto*, el Tribunal declaró que la disposición sobre el ámbito de aplicación temporal del tratado sólo tenía por finalidad excluir las controversias «generadas» antes de la entrada en vigencia del tratado bilateral.⁵⁷ Un enfoque más elaborado es el que se plantea en la decisión del caso *Helnan International Hotels A/S vs. Egipto* con relación al TBI Dinamarca-Egipto que entró en vigor el 29 de enero de 2000. En este caso se plantearon tres posibles hipótesis para considerar si una disputa se encuentra dentro del ámbito de aplicación temporal del tratado. La primera, que la disputa se concrete después de la fecha de entrada en vigor del tratado con fundamento único en divergencias anteriores, en cuyo caso queda claramente excluida la aplicación del tratado; la segunda, que la disputa surja después del 29 de enero de 2000 basada en discrepancias posteriores a esa fecha, lo que coloca a la controversia dentro del ámbito temporal del tratado; y, la tercera, que una controversia sea la continuación de divergencias anteriores pero transformando su naturaleza, de manera que la causa de la disputa ya no son las que existieron antes, sino las que continuaron lo que hace que caigan dentro del ámbito del tratado.⁵⁸

54. La determinación del ámbito de aplicación temporal del tratado se vuelve especialmente relevante cuando hechos distintos forman parte de una misma controversia, pero parte o alguno de esos hechos ocurren antes de la entrada en vigor del tratado. En el caso *Lucchetti* se especificaron los extremos a cumplir para esa determinación («*Lucchetti test*»): primero, se debe establecer en qué medida los hechos que son la causa real de las dos controversias difieren entre sí o son idénticos; segundo, si ambas controversias tienen identidad de objeto; y tercero, si los hechos o consideraciones que dieron lugar a la controversia anterior «han seguido ocupando una posición central en la controversia anterior.»⁵⁹

55. En el caso *MCI* el Tribunal dictaminó que ciertas partes de la demanda recaían fuera del período de vigencia del TBI Ecuador-EE.UU., limitando así la jurisdicción del tribunal sobre ciertos reclamos alegados por los demandantes estadounidenses. En esta oportunidad, Ecuador planteó varias objeciones a la jurisdicción del tribunal, argumentando que el TBI, el cual entró en vigor el 11 de mayo de 1997, no podría ser aplicado de manera retroactiva. De acuerdo con Ecuador, los dos incidentes que dieron origen a la diferencia ocurrieron antes de la entrada en vigor del TBI.

56. En todo caso, el análisis de los casos antes descritos nos permiten concluir que existe una tendencia en los TBIs de amparar a las inversiones realizadas antes de la entrada en vigor del mismo, pero no de las controversias que pudieren suscitarse antes o después de dicha vigencia. Esto es, si bien todo tratado de inversión tiene un inicio y un fin, el ámbito de aplicación temporal del mismo queda fijado por su entrada en vigor y su terminación (expiración de su vigencia o denuncia), periodo dentro del cual pueden generarse controversias en materia de inversión amparadas por dicho tratado.

2. Requerimientos previos al arbitraje

57. Los mecanismos de resolución de controversias pueden prever la necesidad del cumplimiento de ciertas condiciones antes de acceder al arbitraje. Estas condiciones suelen ser el agotamiento de la etapa de negociación y consulta amistosa y el agotamiento de los recursos jurisdiccionales internos del Estado receptor.

inversiones», en N. GONZÁLEZ MARTÍN y S. RODRÍGUEZ JIMÉNEZ (coords.), *Arbitraje Comercial Internacional*, México, UNAM-Editorial Porrúa, 2007, pp. 204-206.

⁵⁷ Asunto *Jan de Nul N.V. y Dredging International N.V. vs. Egipto* (ICSID Case n° ARB/04/13), decisión sobre jurisdicción del 16/06/2006.

⁵⁸ Asunto *Helnan International Hotels A/S vs. Egipto* (ICSID Case n° ARB/05/19), decisión sobre jurisdicción del 17/10/2006. En el mismo sentido, Asunto *African Holding Company of America, Inc. and Société Africaine de Construction au Congo S.A.R.L. vs. Congo* (ICSID Case n° ARB/05/21), decisión sobre jurisdicción del 29/07/2008.

⁵⁹ Asunto *Lucchetti*, laudo final del 07/02/2005, párrafo 50, *cit.* nota 26. Véase, S. LÓPEZ ESCARCENA, «La falta de jurisdicción *ratione temporis* en el caso *Lucchetti*. Comentario a un laudo del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, 7 de febrero de 2005», *Revista Chilena de Derecho*, vol. 33, n° 1, 2006, pp. 159 - 165.

58. Cuando el tratado de inversión mediante el cual se accede al CIADI, establece un período de negociaciones y consultas como primera etapa a transitar dentro del mecanismo de resolución de disputas acordado entre las partes, es muy común que el demandado alegue como objeción a la jurisdicción del Centro que el demandante no ha cumplido con dicha etapa y, en consecuencia, ha accedido de manera indebida a la jurisdicción arbitral del CIADI al violar lo pactado entre las partes.

59. Todo dependerá de la redacción de la cláusula mediante la cual las partes establecen el mecanismo de resolución de controversias. Sin embargo, los tribunales arbitrales CIADI se han inclinado por considerar que alcanzar un acuerdo amistoso implica simplemente «la existencia de razones para la demanda y el deseo de resolver estos asuntos fuera del tribunal.»⁶⁰ Con lo cual se ha considerado que el anuncio del inicio de un período de negociación y consultas no constituye un pre requisito a la jurisdicción arbitral del CIADI.⁶¹ Aunque esto pareciera ser contrario a la intención de las partes al establecer la cláusula de resolución de controversias.

60. Esta interpretación es necesario confrontarla con la propia redacción de las cláusulas de resolución de controversias prevista en los tratados, de las cuales, en la mayoría de los casos, no parecen desprenderse semejantes interpretaciones.

Es muy común que el Estado demandado admita haber dado su consentimiento al arbitraje pero que el mismo estaba condicionado a que el inversor recurriera previamente a la jurisdicción nacional y, en virtud de que dicha condición no se cumple el CIADI carece de jurisdicción para conocer del caso sometido a su consideración. Sin embargo, la redacción del artículo 26 del Convenio de Washington deja claro que si un Estado Contratante no ha condicionado su consentimiento para acceder al arbitraje CIADI al agotamiento previo de recursos internos, tal requisito no será aplicable. De esta manera, el artículo 26 invierte la tradicional regla jurídica internacional, que supone exigible el requisito del agotamiento de recursos a menos que se renuncie a ellos en forma expresa o tácita.⁶²

En general, cuando un tratado garantiza ciertos derechos y dispone el agotamiento de los recursos internos antes que la controversia relativa a dichas garantías pueda someterse a un tribunal internacional, las partes en la controversia mantienen el derecho de someter el caso a ese tribunal en la medida que se hayan agotado los recursos disponibles, independientemente del resultado del proceso nacional. Las partes mantienen ese derecho a recurrir porque es el tribunal internacional, y no el tribunal nacional, el que decide en definitiva sobre el significado y el alcance de las obligaciones internacionales que sean motivo de controversia.⁶³

61. Estas condiciones establecidas en las cláusulas de resolución de controversias en materia de inversión cumplen dos funciones importantes. Primero, permite que cualquier parte en una controversia acceda al tribunal nacional competente. Segundo, garantiza que la parte que presenta su caso ante el tribunal nacional no se vea impedida ni pueda impedir, que el caso se someta al arbitraje internacional una vez expirado el plazo establecido en el tratado como prudencial para la espera de una decisión por parte de la jurisdicción estatal. Ello es así, independientemente de que el tribunal nacional haya dictado o no una sentencia.⁶⁴

62. En el caso Maffezini, el Tribunal indicó que de acuerdo con el artículo 26 del Convenio de Washington, un Estado contratante puede condicionar su consentimiento al arbitraje CIADI al agotamiento previo de los recursos locales. En su defecto, este requerimiento no será aplicable y las disputas

⁶⁰ Asunto Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. vs. Marruecos (ICSID Case n° ARB/00/4), decisión sobre jurisdicción del 23/07/2001, ver texto francés en *Journal du droit International*, n° 129, 2002, p. 196; y traducción inglesa en *International Legal Materials*, n° 42, 2003, p. 609; también en *ICSID Review-Foreign Investment Law Journal*, n° 6, 2004, p. 400.

⁶¹ Asunto Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. vs. Pakistán (ICSID Case CIADI n° ARB/03/29), decisión sobre jurisdicción 14/11/2005, párrafos 100-102.

⁶² Asunto Caso Maffezini, *cit.* nota 29, laudo final del 13/11/2000, párrafo 22.

⁶³ *Ibidem*, párrafo 29.

⁶⁴ *Ibidem*, párrafo 33.

se podrán someter al arbitraje CIADI, sin de dicho requisito previo. Además, si el requisito del agotamiento de los recursos internos es incluido como una condición para la jurisdicción del CIADI, su ausencia no evitaba fatalmente la presentación de la disputa por ante el CIADI. La condición pactada por las partes, sólo habría creado un paso adicional que debía ser completado antes de poder presentar la disputa al Centro.

IV. Alegación acumulativa de fuentes de jurisdicción

63. Esta objeción se presenta cuando el demandante ha invocado más de una fuente normativa para fundamentar la jurisdicción arbitral CIADI, de manera acumulativa y aplicable cada una de estas fuentes en sus respectivos ámbitos materiales. Esto es, dado que la controversia involucra tanto aspectos contractuales como aspectos vinculados con un tratado y este último no comprende las reclamaciones contractuales, el demandante invoca tanto la cláusula arbitral del contrato como la cláusula de resolución de las controversias del tratado, en ambos casos se ha pactado la jurisdicción CIADI, pero para controversias distintas.

64. El caso Duke resuelto en agosto del año 2008 nos permitirá ilustrar esta excepción a la jurisdicción arbitral CIADI. El Tribunal ante la objeción presentada por Ecuador señaló que «no encuentra nada en el Convenio CIADI que le impida seguir un procedimiento teniendo en cuenta bases acumulativas de jurisdicción.» Con lo cual, lo que importa es el consentimiento de las partes de someterse al arbitraje CIADI, el cual puede expresarse en una cláusula de arbitraje, cuyo único requisito es que dicho consentimiento conste por escrito. Si el consentimiento puede verificarse en un contrato y en un tratado, nada parece impedir basarse conjuntamente en distintos instrumentos en los que se exprese dicho consentimiento.⁶⁵

En nuestra opinión esta decisión es acorde con el caso ČSOB (segunda decisión sobre objeciones a la jurisdicción) en el cual se sostuvo el «principio de la efectividad y finalidad de la jurisdicción», aunque la situación analizada era diferente. En el caso Duke el demandante alegó varias fuentes de las cuales derivaba la jurisdicción del CIADI para las diversas materias que en su conjunto configuraban una misma diferencia. Por su parte, en el caso ČSOB se trató de la jurisdicción del tribunal para el conocimiento de cuestiones incidentales vinculadas con la controversia pero sobre la base de una única cláusula arbitral. Así, en este caso, el Tribunal admitió que el principio de efectividad de la jurisdicción implicaba que cuando un tribunal tiene jurisdicción sobre una materia, ésta puede ser extendida a cuestiones secundarias o incidentales siempre que sean necesarias para resolver la disputa sobre la cual tiene jurisdicción. No obstante, este principio no puede derogar la regla básica según la cual la jurisdicción arbitral está basada en el consentimiento de las partes.⁶⁶

Mientras que en el caso Duke se alegaban acumulativamente una cláusula de resolución de controversias incluida en un contrato y otra en un TBI, en el caso Itera International Energy LLC e Itera Group NV vs. Georgia los demandantes alegaron que las medidas adoptadas por Georgia configuraron las violaciones de varias disposiciones del TBI Georgia-EE.UU. y el TBI Georgia-Reino de los Países Bajos.⁶⁷

65. Por su parte, en el Informe Anual CIADI correspondiente al ejercicio 2009 se señala que en cuatro de los nuevos casos registrados durante ese período los demandantes invocaron alternativamente una ley de inversiones o un contrato de inversiones entre un inversionista y un Estado receptor. Para el periodo 2010 en dos de los nueve casos en los cuales se invocaron cláusulas contenidas en una ley o en un contrato, se invocó alternativamente un TBI. Finalmente, para el periodo 2011, en tres de los nuevos

⁶⁵ Asunto Duke Energy Electroquil Partners and Electroquil S.A. vs. Ecuador (ICSID Case n° ARB/04/19). La temática de este caso es la generación de energía. Laudo del 18/08/2008. párrafos 156 y 162.

⁶⁶ Asunto Československa obchodní banka, a.s. vs. República Eslovaca, *cit.* nota 33.

⁶⁷ Asunto Itera International Energy LLC and Itera Group NV vs. Georgia (ICSID Case n° ARB/08/7), decisión sobre la admisibilidad de las reclamaciones accesorias del 04/12/2009.

casos registrados los demandantes fundamentaron la jurisdicción del CIADI en dos fuentes alternativas y, en otro caso, el demandante trató de establecer la jurisdicción del CIADI en 3 fuentes normativas distintas.

V. Consideraciones finales

66. La práctica arbitral se ha enfrentado a innumerables problemas interpretativos a la hora de establecer directrices a la jurisdicción sobre la base del artículo 25 del Convenio y del instrumento específico bajo el cual se alega dicha jurisdicción, ya sea un contrato, una ley interna o un tratado de inversión.

67. Si bien la mayoría de las inversiones se establecen a través de un contrato de Estado celebrado con el Estado receptor, la proliferación de tratados de inversión contentivos de garantías de promoción y protección de inversiones con características generales, las cuales dejan un amplio margen al intérprete, ha generado confusiones a la hora de delimitar cuándo se está en presencia de una controversia en materia de inversión amparada por una cláusula de resolución de controversias contenida en un tratado de inversión que le permite al inversor el acceso directo al CIADI.

68. En la resolución de controversias en materia de inversión la «jurisprudencia» arbitral ha dejado dos importantes enseñanzas. La primera, el aumento en el número de diferencias en materia de inversión ha puesto en duda la conveniencia de negociar tratados de inversión con disposiciones amplias e imprecisas que deleguen en los tribunales arbitrales la labor de interpretar su significado. La segunda, se centra en replantear la necesidad de los países en atender no sólo a la redacción del tratado sino también a la relación de éste con los convenios de arbitraje contenidos en el mismo y en los contratos entre el inversor y el Estado receptor, a la hora de negociar un acuerdo de inversión.