

TRATADO DE DERECHO ARBITRAL

Carlos Alberto Soto Coaguila

(Director)

El Convenio Arbitral

Tomo II

INSTITUTO PERUANO DE



COLECCIÓN ESTUDIOS

EL ESTÁNDAR DE INTERPRETACIÓN APLICABLE AL CONSENTIMIENTO Y A SU REVOCATORIA EN EL ARBITRAJE DE INVERSIONES

ANDRÉS A. MEZGRAVIS (*)

SUMARIO: 1. *Introducción.* 2. *Implicaciones prácticas.* 3. *Diferentes puntos de vista.* 3.1. *Oferta renovable.* 3.2. *Oferta firme.* 3.3. *Obligación internacional derivada de un acto unilateral del Estado.* 4. *Naturaleza, sentido y alcance del consentimiento del Estado.* 4.1. *Autonomía e independencia del acuerdo de arbitraje.* 4.2. *La documentación del consentimiento no devirtió su naturaleza contractual.* 4.3. *¿Falsa analogía contractual?* 5. *Interpretación del consentimiento.* 5.1. *Reglas mixtas.* 5.2. *Reglas contractuales internacionales.* 6. *Las irrevocabilidades de la oferta de arbitraje como consecuencia de las expectativas legítimas creadas en los inversionistas.* 6.1. *Denuncia del Convenio CIADI.* 6.2. *Denuncia de un TBI.* 6.3. *Revocatoria de la oferta de arbitraje contenida en una ley.* 7. *Conclusiones.*

1. INTRODUCCIÓN

Desde los orígenes del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) se ha dicho que el consentimiento es la piedra angular en que descansa su "jurisdicción"¹. Es ampliamente conocido, y así lo advierte expresamente el preámbulo del Convenio CIADI², que la mera ratificación, acep-

tación o aprobación de este Convenio por parte de los Estados no se reputará que constituye una obligación de someter diferencia alguna a conciliación o a arbitraje. De manera que resulta claro y nadie discute que el consentimiento por parte del Estado al arbitraje CIADI no es automático, sino que depende de una ulterior manifestación de voluntad escrita³.

¹ Socio fundador de Mezgravis & Asoc. Profesor de Medios Alternativos de Resolución de Conflictos en la Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, Venezuela.

² Así se reconoce en el Informe de los Directores Ejecutivos (18 de marzo de 1965), el cual puede ser consultado en <http://www.worldbank.org/icsid/basicdoc-spa/partB-section05.htm#02>, párrafo 23 y ss.

³ Conocida también como "Convención de Washington" o "ICSID Convention" en inglés, la cual entró en vigencia el 14 de octubre de 1966, con la ratificación de 20 Estados. Hasta el 7 de enero de 2010, 144 Estados han ratificado esta Convención.

Aunque el consentimiento de las partes constituye un requisito previo esencial para la jurisdicción del CIADI, el mero consentimiento no es suficiente. Se exigen también requisitos "ratione materiae", "ratione personae" e incluso "ratione temporis". *Ibidem*, p. 25. Véase también MEZGRAVIS, Andrés, "Las Inversiones petroleras y el arbitraje CIADI", Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie Eventos 18, Caracas 2005, pp. 374 y ss.

El Informe de los Directores Ejecutivos del Convenio CIADI establece que el consentimiento escrito de las partes no necesariamente debe constar en un mismo instrumento⁴. También aclara dicho informe que el Estado puede ofrecer su consentimiento en su legislación de promoción de inversiones y el inversionista, por su parte, puede manifestar el suyo mediante la aceptación de dicha oferta de arbitraje⁵.

Con la proliferación de más de 2.600 Tratados Bilaterales de Inversiones ("TBI")⁶, la *oferta abierta de arbitraje*, a partir de la década de los años 90, se ha convertido en la forma más común en que los Estados manifiestan su consentimiento al arbitraje de inversiones⁷. Es claro, y además así lo ratifica el Artículo 25 (1) del Convenio CIADI, que una vez otorgado el consentimiento por *ambas* partes, no puede ser revocado unilateralmente ni por el Estado ni por el inversionista. Pero

¿qué pasa mientras la oferta de arbitraje realizada por el Estado no ha sido aceptada por el inversionista? ¿Se entiendo revocado el consentimiento cuando el Estado denuncia el Convenio CIADI? ¿Qué pasa cuando esa oferta está contenida en una ley de inversiones cuya vigencia es indeterminada? ¿Puede un Estado, luego de captar las inversiones, revocar la oferta de arbitraje que ha causado expectativas legítimas en los inversionistas? Estas interrogantes hasta ahora no encuentran una respuesta uniforme ni en la doctrina ni en la jurisprudencia del CIADI.

Hasta hace apenas unos años, la naturaleza y alcance del consentimiento *unilateral* del Estado y su eventual revocatoria sólo parecían tener una importancia académica. Sin embargo, en mayo de 2007, Bolivia se convierte en el primer Estado en la historia del Convenio CIADI que lo denuncia⁸, seguido, dos años más tarde, por Ecuador⁹.

⁴ Véase Informe de los Directores Ejecutivos, *Idem*, párrafo 24.
⁵ *Ibidem*.

⁶ Al respecto, <http://www.investmenttreatynews.org/>

⁷ PAULSSON, Jan. "Arbitration Without Privity". En: ICSID Review, Vol. 10, Number 2, Fall 1995.
⁸ En esa misma época los Presidentes de Venezuela y Nicaragua, atendiendo el llamado que les hacía el Presidente de Bolivia como miembros del ALBA, amenazaron con retirarse del CIADI. No obstante, Venezuela sólo optó por notificar el 30 de abril de 2008 la terminación del TBI con el Reino de los Países Bajos, la cual se hizo efectiva a partir del 1 de noviembre de 2008. De conformidad con el artículo 14(3) de ese TBI, su duración se extendió por 15 años para las inversiones realizadas antes de la fecha de la terminación. Cabe destacar que Venezuela ha ratificado más de 20 TBIs que contemplan el arbitraje CIADI como mecanismo de resolución de controversias, algunos de ellos ratificados por el propio Presidente Chávez. En el reciente TBI con Rusia se optó por el arbitraje conforme a las reglas de UNCITRAL o conforme a las reglas del Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo. Véase Gaceta Oficial N° 39-191, del 2 de junio de 2009. Asimismo, Mezgravis Andrés, "Expropiaciones, Nacionalizaciones y el Derecho Internacional". En: *Ámbito Jurídico*, julio de 2009, p. 12.

⁹ Ecuador notificó su denuncia el 6 de julio de 2009, la cual, de conformidad con el artículo 71 del Convenio, produjo efecto seis meses después de su recibo, es decir el 7 de enero de 2010. Cabe advertir que ya el 4 de diciembre de 2007, Ecuador, de conformidad con el artículo 25(4), había retirado su consentimiento de someter a la jurisdicción del CIADI las controversias relativas al aprovechamiento de recursos naturales, tales como petróleo, gas, minerales y otros.

A raíz de la denuncia de Bolivia, se han publicado diversas opiniones sobre la interpretación del artículo 72 de dicho Convenio, el cual regula los efectos del "consentimiento" a la jurisdicción del CIADI manifestado antes de que la denuncia del Convenio se haga efectiva¹⁰.

En algunos de esos trabajos (SCHREUER, GAILLARD, NOLAN-SOURGENS, MANTILLA-SERRANO y GARIBALDI), se pueden apreciar importantes discrepancias en torno a la naturaleza, alcance y efectos del consentimiento unilateral del Estado. La mayoría de los autores coincide en señalar que el "consentimiento" al que se refiere el artículo 72 no es el consentimiento *mutuo* de las partes (acuerdo de arbitraje), como lo comentó el reconocido Profesor Christoph Schreuer¹¹, sino que esa norma se refiere al consentimiento *unilateral* del Estado que, dependiendo de los términos del instrumento que lo contiene (p. ej: un TBI), podría tener una vigencia autónoma a la del Convenio CIADI. Pero éste no es el único punto debatido. Pareciera que esa discusión es tan sólo la punta del iceberg. Bajo esas posiciones pareciera subyacer, silentemente, otra problemática igual de interesante pero de mayores proporciones. Nos referimos a si el consentimiento unilateral del Estado y su eventual revocatoria deben ser interpretados en el sentido de una oferta *contractual*, o si

dicho consentimiento debe interpretarse bajo los principios de interpretación de los *trataos* cuando está contenido en los TBIs y bajo el derecho doméstico cuando dicho consentimiento está contenido en una ley nacional, o si por el contrario, se debe recurrir a una interpretación mixta.

Las decisiones de los Tribunales CIADI no han sido uniformes en cuanto al estándar de interpretación del consentimiento. Algunos tribunales han evitado fijar una posición al respecto, mientras que otros han adoptado distintos criterios. En fin, tanto la doctrina como la jurisprudencia parecieran tener distintos puntos de vista que van desde la aplicación de principios contractuales y la libre revocabilidad antes de que la oferta de arbitraje haya sido aceptada, hasta el rechazo categórico de estos principios y la defensa de la irrevocabilidad absoluta del consentimiento unilateral del Estado. Para sustentar la irrevocabilidad del consentimiento unilateral del Estado se ha recurrido a la teoría de los actos unilaterales, a la teoría de los actos propios y hasta el *estoppel*. Sin embargo, poca importancia se le ha dado al hecho de que en los arbitrajes de inversiones el acuerdo de arbitraje también configura un *contrato* que es autónomo e independiente del instrumento que lo contiene, y la oferta que conlleva a su formación puede ser

¹⁰ De conformidad con el artículo 71: "Todo Estado Contratante podrá denunciar este Convenio mediante notificación escrita dirigida al depositario del mismo. La denuncia producirá efecto seis meses después del recibo de dicha notificación" (énfasis nuestro). Por su parte, el artículo 72 establece: "Las notificaciones de un Estado Contratante hechas al amparo de los Artículos 70 y 71 no afectarán a los derechos y obligaciones, conforme a este Convenio, de dicho Estado, sus subdivisiones políticas u organismos públicos, o de las nacionales de dicho Estado nacidos del consentimiento a la jurisdicción del Centro dado por alguno de ellos con anterioridad al recibo de dicha notificación por el depositario" (énfasis nuestro).

¹¹ En la primera edición (2001) de su obra, mundialmente conocida "The ICSID Convention: A commentary".

irrevocable si ha generado expectativas legítimas en los inversionistas.

2. IMPLICACIONES PRÁCTICAS

La importancia del estudio de la naturaleza y alcance del consentimiento unilateral del Estado al arbitraje de inversiones, así como su eventual revocatoria, ha ido paulatinamente adquiriendo mayor relevancia. Estados como Jamaica, Egipto, Túnez y Kazajstán modificaron o revocaron sus ofertas de arbitraje contenidas en sus leyes nacionales. A las denuncias del Convenio CIADI por parte de Bolivia y de Ecuador antes mencionadas se suman las amenazas de estos mismos Estados de denunciar o revisar los TBIs celebrados¹². En este sentido, cabe advertir que la mayoría de los TBIs establece, además de una oferta al arbitraje CIADI, una prórroga de 10 o

15 años para las inversiones realizadas con anterioridad a su denuncia¹³. De allí que surge la interrogante respecto a los casos en que los inversionistas, si bien no habían aceptado la oferta de arbitraje para la fecha de notificación de la denuncia, (tanto del Convenio CIADI como eventualmente del TBI) si habían realizado sus inversiones en dichos Estados antes de su denuncia.

A toda esta problemática se añade otra compleja situación relativa a la eventual revocatoria de la oferta de arbitraje contenida en una legislación nacional, especialmente cuando dicha oferta ha podido generar expectativas legítimas en los inversionistas¹⁴.

Por otra parte, está el caso de Venezuela, que si bien no ha denunciado hasta ahora el Convenio CIADI, su Tribunal Supremo de Justicia, en una controvertida decisión de su Sala Constitucional (N° 1541) del 17 de octubre de 2008¹⁵, declaró

¹² En efecto, el 8 de mayo de 2007, el Embajador de Bolivia para Asuntos de Comercio e Integración anunció que el siguiente paso sería revisar y renegociar cada uno de los 24 TBIs ratificados por Bolivia. <http://www.rebellion.org/noticias/2007/5/50729.pdf> Al parecer, 19 de los 24 TBIs reconocen al CIADI como instancia arbitral válida para resolver controversias entre el Estado boliviano y los inversionistas. Por su parte, el Presidente Correa, de Ecuador, manifestó públicamente su voluntad de denunciar todos los TBIs, pero luego presentó una solicitud al Presidente de la Asamblea Nacional en la que sólo exhortaba la denuncia de los TBIs con Alemania, Francia, Finlandia, Suecia, Canadá, China, Inglaterra e Irlanda, Holanda, Argentina, Chile, Venezuela, Suiza y Estados Unidos. <http://www.keosenlared.net/noticia/nuevo-acto-soberania-ecuador-denuncia-ciadi>. CORONEL, César. "The Future of international arbitration in Ecuador: the boomerang effect". En: *Arbitration News*, IBA, Vol 15, N° 1, March 2010, pp. 171 y ss.

¹³ Muchos TBIs establecen que si por algún motivo no estuviere disponible el arbitraje CIADI, o si ambas partes así lo acordaren, el arbitraje será realizado de conformidad con el Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Comercial Internacional (UNCITRAL).

¹⁴ MEZGRAVIS, Andrés. "Expropiaciones, Nacionalizaciones y el Derecho Internacional". En *Ámbito Jurídico*, julio de 2009, p. 12.

¹⁵ Esta decisión contó con el voto salvado de uno de los magistrados. Comentarios favorables sobre el aporte de esta sentencia al arbitraje comercial pueden verse en ANZOLA, Eloy. "Luces desde Venezuela: la administración de justicia no es monopolio exclusivo del Estado". En: *Revista Española de Arbitraje*, 2009.

que el artículo 22 de la Ley de Promoción y Protección de Inversiones venezolana de 1999 ("Ley de Inversiones")¹⁶ no contenía una oferta abierta de arbitraje, pues ésta, a su juicio, debe ser clara e inequívoca¹⁷.

Sobre el particular, la doctrina mayoritaria se ha pronunciado a favor de la tesis de que el referido artículo 22 sí configura una oferta abierta de arbitraje¹⁸. Varios casos actualmente pendientes contra Venezuela tienen que pronunciarse sobre este asunto. Ya el Tribunal Arbitral en el caso *Mobil Corporation v. Venezuela* consideró que dicho artículo no configuraba dicha oferta, pero reconoció las enormes dificultades que han tenido los tribunales CIADI al

precisar el estándar de interpretación aplicable al consentimiento del Estado contenido en una legislación nacional o en algún otro acto unilateral del Estado¹⁹.

La determinación del estándar de interpretación tiene trascendentes consecuencias. Aplicar a los acuerdos de arbitraje CIADI las reglas de interpretación contractuales podría generar conclusiones muy diversas a las que se llegaría, por ejemplo, si se aplican los principios de interpretación de las leyes, o de los tratados, o las reglas de interpretación de los actos unilaterales. Tan sólo la aplicación del principio contra *proferentem*,

¹⁶ Decreto-Ley No. 356 de fecha 3 de octubre de 1999, Gaceta Oficial N° Ext. 5.390.

¹⁷ Similar situación ocurrió con la *República Kirguisa*, cuando *Petrobart* inició un arbitraje UNCITRAL contra su gobierno y éste tres meses después promulgó una Ley de Interpretación de las Inversiones Extranjeras y solicitó a sus cortes judiciales declarar que *Petrobart* no había realizado una inversión en dicho país. Para un resumen de este caso véase RIPSINSKY, Sergey y WILLIAMS, Kevin. En: http://www.biicl.org/files/3912_2005_petrobart_v_kyrgyz_republic.pdf

¹⁸ A favor de que el artículo 22 de la Ley de Inversiones venezolana contiene una oferta abierta de arbitraje: CORRALES, Werner L.; RIVERA, Marta. "Algunas Ideas Sobre El Nuevo Régimen De Promoción y Protección De Inversiones en Venezuela". En: *La OMC Como Espacio Normativo Un Reto Para Venezuela*, 2000. Cabe advertir que CORRALES fue uno de los proyectistas de la referida ley. Adicionalmente, ALVAREZ AVILA, Gabriela. *Las características del arbitraje CIADI. Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Vol. 2, Universidad Nacional Autónoma de México, 2002, p. 212. Nota 23. MEZGRAVIS, Andrés. "Las Inversiones Petroleras en Venezuela y El Arbitraje ante el CIADI". En: *Arbitraje Comercial Interno e Internacional – Reflexiones Teóricas y Experiencias Prácticas*, 2005. LEMENEZ, Guillaume. *State Consent to ICSID Arbitration: Article 22 of the Venezuelan Investment Law*, 4 TMD, June 2007. Issue 3, en 6; 8; NOLAN, M.D and SOURGENS, F.G. *The Interplay between State Consent to ICSID Arbitration and Denunciation of the ICSID Convention: The (Possible) Venezuela Case Study*, TDM, Septiembre 2007, p. 49. HERNÁNDEZ-BRETÓN, Eugenio. *Protección de Inversiones en Venezuela*, DeCITA, 2005, p. 283-84; BREWER-CARIAS, Allan. "Algunos Comentarios a la Ley de Promoción y Protección de Inversiones: Contratos Públicos y Jurisdicción". En: *Arbitraje Comercial Interno e Internacional – Reflexiones Teóricas y Experiencias Prácticas* 279, 2005; MUOJ, José Antonio. *El Derecho Administrativo Global y los Tratados Bilaterales de Inversión*, 2007, pp. 213-15; TORREALBA, J. G. *La Promoción y Protección de las Inversiones Extranjeras*, 2008, p. 127. TEJERA, V. "Do Municipal Investment Laws Always Constitute a Unilateral Offer to Arbitrate? The Venezuelan Investment Law: A Case Study, 2009, p. 101. En: *Contra, aparte de la controvertida sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela*, N° 1541 del 17 de octubre de 2008, GARCÍA BOLAÑOS, Omar. En: OCEMID, Anzola, Eloy. "Luces desde Venezuela: la administración de justicia no es monopolio exclusivo del Estado". En: *Revista Española de Arbitraje*, 2009. Igualmente WEININGER, Bernardo. En: conferencia del CEDCA, Caracas, 2009 <http://www.clerc.org/CIERC>

¹⁹ *Mobil Corporation and others v. Bolivarian Republic of Venezuela* (ICSID Case No. ARB/07/27), Decision on Jurisdiction (June 10, 2010), paras. 76-77 y 84.

de universal aceptación en el campo contractual, según el cual las dudas en la interpretación se resolverán en contra de quien haya redactado la cláusula, generaría un resultado muy diverso si a esa misma declaración ambigua u obscura del Estado se le aplicaran las reglas de interpretación de los actos unilaterales de los Estados que imponen, en principio, una interpretación restrictiva²⁰.

3. DIFERENTES PUNTOS DE VISTA

Mayoritariamente la jurisprudencia del CIADI ha distinguido entre la ley aplicable al mérito de la controversia y la ley aplicable al acuerdo de arbitraje para determinar la jurisdicción CIADI. Los tribunales arbitrales CIADI han

reconocido en numerosos laudos que los asuntos de jurisdicción no están regulados por el artículo 42 del Convenio CIADI que establece la ley aplicable (la del Estado demandado) al mérito de la controversia, sino por el derecho internacional (artículo 25 del Convenio CIADI)²¹.

También existe consenso en cuanto a que los Tribunales CIADI, de conformidad con el Artículo 41(I) del Convenio CIADI, son "*jueces de su propia competencia*" y, por tanto, cualquier interpretación soberana de cada Estado de su propio consentimiento unilateral a la jurisdicción de un tribunal internacional no es vinculante para dicho tribunal ni determinante sobre las cuestiones jurisdiccionales²².

Sin embargo, diferentes teorías han surgido en torno a la naturaleza, sentido

²⁰ *Nuclear Tests - New Zealand v. France - Judgment of 20 December 1974*, ICJ Reports 1974 pp. 472-473 § 47; *Armed activities on the territory of the Congo (New application, 2002)*, (Democratic Republic of the Congo v. Rwanda), ICJ Reports, 2006, p. 28, §49 and 50); Document A/CN.4/L-703 dated 20 July 2006 - Guiding principles applicable to unilateral declarations of States capable of creating legal obligations - § 7.

²¹ SCHREUER, with MALINTOPPI; REINISCH and SINCLAIR. *Op. cit.*; párrafo 578, pp. 248 y 249. En cuanto a decisiones, véase: CSOB v. Slovakia, Decision on Jurisdiction, 24 May 1999, 5 ICSID Reports 330, para. 35; CMS v. Argentina, Decision on Jurisdiction, 17 July 2003, paras. 42, 88; CMS v. Argentina, Decision on Annulment, 25 September 2007, para. 68; *Azurix v. Argentina*, Decision on Jurisdiction, 8 December 2003, paras. 48-50; *Enron v. Argentina*, Decision on Jurisdiction, 14 January 2004, para. 38; *Siemens v. Argentina*, Decision on Jurisdiction, 3 August 2004, paras. 29-31; *Carnuzzi v. Argentina*, Decision on Jurisdiction, 11 May 2005, paras. 15-17, 57; *Sempra v. Argentina*, Decision on Jurisdiction, 11 May 2005, paras. 25-27; *AES Corp. v. Int'l. N.V. v. Egypt*, Decision on Jurisdiction, 16 June 2006, paras. 65-68, para. 82; *Seipem v. Bangladesh*, Decision on Jurisdiction, 21 March 2007, paras. 68, 78, 82; *Noble Energy & Machalpower v. Ecuador*, Decision on Jurisdiction, 5 March 2008, paras. 56-57.

²² *Southern Pacific Properties (Middle East) Ltd. v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/84/3, Second Decision on Jurisdiction (14 April 1988), 3 ICSID Reports 131 (1995), at § 60 (SPP v. Egypt); *Inceysa Vallisoleitana, S.L. v. El Salvador*, ICSID Case No. ARB/03/26, Award (2 August 2006), § 212-22. *Mobil Corporation and others v. Bolivarian Republic of Venezuela* (ICSID Case No. ARB/07/27), Decision on Jurisdiction (June 10, 2010), para. 75, la cual cita que la misma solución ha sido sostenida por la Corte Permanente de Justicia Internacional y la Corte Internacional de Justicia en los casos *Electricity Co of Sofia and Bulgaria* (Preliminary objections), PCIJ, Series AVB N°77 (1989); *Asgean Sea Continental Shelf* (Greece v. Turkey) - 19 December 1978 - ICJ Reports 1978 p. 3; *Fisheries Jurisdiction* (Spain v. Canada) - 4 December 1998 - ICJ Report 1988 p. 432.

y alcance del consentimiento al arbitraje CIADI. A continuación un resumen de ellas:

3.1. Oferta revocable

El profesor SCHREUER, bajo una óptica netamente contractual (*offerta-acceptación*) no le otorga mayores efectos a la "oferta" que no ha sido aceptada. Concretamente el profesor Schreuer, al referirse a la interpretación del artículo 72 del Convenio CIADI relativo a los efectos que conserva el consentimiento otorgado antes de la denuncia de dicho tratado, señala que al igual que sucede con las formación de los contratos, la irrevocabilidad del consentimiento al arbitraje sólo ocurre una vez que la oferta ha sido aceptada y el "*consentimiento*" se ha perfeccionado²³. Conforme a esta doctrina, la oferta de arbitraje puede ser revocada en cualquier momento antes de su aceptación y por ello se recomienda que el inversor acepte dicha oferta lo más pronto posible, incluso antes de surgir la disputa²⁴.

En contra de esta tesis se ha sostenido que el uso de la analogía contractual conduce a la errónea conclusión de identificar el término "consentimiento" con el concepto de consentimiento mutuo o "acuerdo de arbitraje". En opinión de

Garibaldi se trata de una "falsa analogía" porque la palabra "consentimiento" se utiliza en el Convenio CIADI tanto como "consentimiento individual" como "consentimiento mutuo" y en su criterio, cabe distinguir entre "oferta" y "aceptación", por un lado y "contrato" por el otro, porque todos estos términos son diferentes²⁵.

3.2. Oferta firme

El profesor Gaillard, sin objetar la visión contractual de Schreuer, advierte sobre el sentido particular que se le debe dar a la palabra "consentimiento" contenida en el artículo 72 y afirma que, independientemente de la denuncia del Convenio CIADI, la posibilidad de acudir a la jurisdicción del Centro dependerá de la terminología utilizada en "la cláusula arbitral" contenida en el respectivo TBI²⁶.

MANTILLA-SERRANO, en la misma línea de pensamiento de Gaillard, sostiene que el artículo 72 del Convenio CIADI no se refiere a "consentimiento mutuo" sino al consentimiento unilateral, pero señala que las nociones contractuales de oferta y aceptación y el artículo 25 del Convenio no deberían entrar en juego, en virtud de que la vigencia de la Convención, luego de

²³ SCHREUER, Christoph, *The ICSID Convention: A Commentary*. Cambridge University Press 2001, p. 219, párrafo 304. A pesar de las críticas emitidas en contra de esta posición, el Prof. SCHREUER, la mantiene en la nueva edición de su obra, 2009, que hace junto con MALINTOPPI, Loretta; REINISCH, August and SINCLAIR, Anthony, pp. 1279 y ss.

²⁴ *Idem*, p. 1281.

²⁵ GARIBALDI, Oscar, *On the Denunciation of the ICSID Convention, Consent to ICSID Jurisdiction, and the Limits of the Contract Analogy*. TDM, Vol 6, # 01, March 2009.

²⁶ GALLARDO, Emmanuel. *The Denunciation of the ICSID Convention*, N.Y.L.J., Vol. 237-N° 122. June 2007, p. 26.

su denuncia, está totalmente regulada en el artículo 72²⁷.

3.3. Obligación internacional derivada de un acto unilateral del Estado

Luego del artículo del Profesor GAILLARD, los autores NOLAN y SOURGENS se pronuncian en el sentido de que el consentimiento del Estado manifestado bien en un TBI o en su legislación debe ser considerado no como una simple oferta de arbitraje, ni siquiera como una *offerta firme*, sino como una "obligación internacional independiente"²⁸.

Similar postura había asumido en el pasado el Profesor HIRSCH, quien sostuvo la idea de que conforme con el derecho internacional público, el cual se aplica a las legislaciones internas de los Estados,

el consentimiento unilateral del Estado al arbitraje CIADI puede ser equiparado a un *acto unilateral irrevocable* conforme al derecho internacional y a la doctrina del *estoppel*²⁹. En este sentido cabe señalar que esta teoría se inspira en el principio general de que una declaración unilateral, generadora de obligaciones jurídicas para el Estado que hace la declaración, no puede ser revocada arbitrariamente³⁰.

En apoyo de esta tesis se invocan las referencias hechas en las decisiones en los casos *SPP v. Egipto*³¹, *Amco v. Indonesia*³², el voto disidente en *Siag & Vecchi v. Egipto*³³, así como la sentencia de la Corte Internacional de Justicia en el caso *Nuclear Test*³⁴.

Últimamente algunos autores han respaldado esta tesis³⁵, mientras que otros la han criticado³⁶.

²⁷ MANTILLA SERRANO, Fernando. *La denuncia de la Convención de Washington, ¿impide el recurso al CIADI?* Revista Peruana de Arbitraje N° 6, 2008, p. 214.

²⁸ NOLAN, Michael AND SOURGENS, F.G. "The Interplay Between State Consent to ICSID Arbitration and Denunciation of the ICSID Convention: The (Possible) Venezuela Case Study". En: *TDM, Provisional Issue*, September 2007.

²⁹ HIRSCH, Moshe. *The Arbitration Mechanism of the International Centre for the Settlement of Investment Disputes*. Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht/Boston/London, 1993, pp. 53 y 54.

³⁰ Informe del Grupo de Trabajo de la Comisión de Derecho Internacional, 58° período de sesiones, Ginebra, 1° de mayo a 9 de junio y 3 de julio a 11 de agosto de 2006, párrafo 4.

³¹ *Southern Pacific Properties (Middle East) Limited v. Arab Republic of Egypt (ICSID Case No. ARB/84/3)*.

³² *Amco Asia Corporation and others v. Republic of Indonesia (ICSID Case No. ARB/81/1)*.

³³ *Waguih Elie George Siag and Clorinda Vecchi v. Arab Republic of Egypt (ICSID Case No. ARB/05/15)*.

³⁴ *Case Concerning Nuclear Test. Australia v. France, Judgment of December 20, 1974, ICJ, Rep. 1974*.

³⁵ TELJERA, Victorino. "Do Municipal Investment Laws Always Constitute a Unilateral Offer to Arbitrate? The Venezuelan Investment Law: A Case Study". En: *Investment Treaty Arbitration and International Law*. New York: Ian A. Laird and Todd J. Weiler Editors, JurisNet, LLC, 2009, pp. 109 y ss.

³⁶ SUAREZ ANZORENA, Ignacio. "Consent to Arbitration in Foreign Investment Laws". *Investment Treaty Arbitration and International Law*. New York: Ian A. Laird and Todd J. Weiler Editors,

En la reciente decisión sobre jurisdicción en el caso *Mobil v. Venezuela* el Tribunal se inclina por la tesis del "acto unilateral del Estado", cuando el supuesto consentimiento está contenido en una legislación nacional³⁷.

Sin embargo, a la hora de determinar las reglas de interpretación conforme al derecho internacional, algunos Tribunales CIADI no han sentido la necesidad de fijar expresamente una posición y en los casos en que lo han hecho, no pareciera existir una solución clara y uniforme.

JurisNet, LLC, 2009, pp. 78-79. Este autor considera que la existencia y alcance del consentimiento al arbitraje de inversión contenido en una ley de inversiones sólo puede ser determinado de conformidad con las normas domésticas y considera una falacia darle un tratamiento de obligación internacional a una ley. Véase igualmente "Do Municipal Investment Laws Always Constitute a Unilateral Offer to Arbitrate?" *Idem*, p. 125.

³⁷ *Mobil Corporation and others v. Bolivarian Republic of Venezuela (ICSID Case No. ARB/07/27)*, Decision on Jurisdiction (June 10, 2010), paras. 83-85.

³⁸ Artículo 36 del Estatuto de la CIJ establece:

"1. La competencia de la Corte se extiende a todos los litigios que las partes le sometan y a todos los asuntos especialmente previstos en la Carta de las Naciones Unidas o en los tratados y convenciones vigentes.

2. Los Estados partes en el presente Estatuto podrán declarar en cualquier momento que reconocen como obligatoria ipso facto y sin convenio especial, respecto a cualquier otro Estado que acepte la misma obligación, la jurisdicción de la Corte en todas las controversias de orden jurídico que versen sobre:

a. la interpretación de un tratado;

b. cualquier cuestión de derecho internacional;

c. la existencia de todo hecho que, si fuere establecido, constituiría violación de una obligación internacional;

d. la naturaleza o extensión de la reparación que ha de hacerse por el quebrantamiento de una obligación internacional.

3. La declaración a que se refiere este Artículo podrá hacerse incondicionalmente o bajo condición de reciprocidad por parte de varios o determinados Estados, o por determinado tiempo.

4. Estas declaraciones serán remitidas para su depósito al Secretario General de las Naciones Unidas, quien transmitirá copias de ellas a las partes en este Estatuto y al Secretario de la Corte.

5. Las declaraciones hechas de acuerdo con el Artículo 36 del Estatuto de la Corte Permanente de Justicia Internacional que estén aún vigentes, serán consideradas, respecto de las partes en el presente Estatuto, como aceptación de la jurisdicción obligatoria de la Corte Internacional de Justicia por el período que aún les quede de vigencia y conforme a los términos de dichas declaraciones.

6. En caso de disputa en cuanto a si la Corte tiene o no jurisdicción, la Corte decidirá.

Véase: <http://www.icj-cij.org/homepage/sp/fcjsstatute.php>

embargo, estos casos que aparentan ser muy similares al de la oferta de arbitraje, presentan cierta diferencia. No debe olvidarse que la oferta unilateral del Estado al arbitraje de inversiones es tan sólo el primer paso en la formación del acuerdo de arbitraje, el cual no se perfecciona hasta tanto conste por escrito la aceptación del inversionista. En los casos de ratificación de un tratado internacional, o en los casos de aceptación de la cláusula facultativa de la jurisdicción obligatoria de la Corte Internacional de Justicia, es el propio Estado el que determina soberanamente el momento en que se perfecciona su carácter de miembro o parte de un tratado, o el momento y las condiciones en que queda sometido a la jurisdicción obligatoria de la Corte Internacional de Justicia.

En otras palabras, mientras que en los primeros casos la voluntad de perfeccionar recae en el Estado que emite el acto unilateral, en la oferta de arbitraje el perfeccionamiento del acuerdo queda condicionado a un ulterior y adicional acto que es de la entera discreción del inversionista y no del Estado.

Por más tentadora que resulta la tesis del acto unilateral, mal se puede olvidar que en *stricto sensu*, los actos que se inscriben en un proceso jurídico bilateral o multilateral, y tienen por finalidad última dar nacimiento a un acto que no es unilateral, están más cerca de la naturaleza *convencional*, puesto que su función esencial desborda el marco unilateral en que nacen³⁹, es decir, trascienden del plano puramente unilateral al marco convencional. Por esta razón el Grupo de Trabajo de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, encargado de regular el sentido y alcance en el Derecho Internacional de los Actos Unilaterales de los Estados, optó por excluir este tipo de actos de la referida regulación⁴⁰.

Ahora bien y sin perjuicio de lo antes señalado, el hecho que el consentimiento unilateral del Estado al arbitraje CIADI no encuadre dentro de la definición restringida de Acto Unilateral de los

³⁹ En este sentido, el Relator Especial de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas cita como ejemplos de actos unilaterales que se podrían ubicar dentro de la esfera convencional, y por tanto excluidos del estudio en cuestión, los siguientes: a) los actos vinculados al derecho de los tratados; b) aquellos relacionados con la formación de la costumbre; c) los actos que constituyen el ejercicio de un poder acordado por una disposición de un tratado o por una regla de derecho consuetudinario; d) los actos de alcance interno que no tienen efectos en el ámbito internacional; e) los que forman parte de una relación convencional, como la oferta y la aceptación; f) los relativos a la aceptación de la jurisdicción obligatoria de la Corte Internacional de Justicia, según lo establecido en el Artículo 36 de su Estatuto; g) los de origen convencional pero que resultan formalmente unilaterales en su relación con terceros Estados; h) los formulados en relación con un proceso ante un órgano jurisdiccional internacional y aquellos que pueden permitir a un Estado invocar el estoppel en un proceso (NACIONES UNIDAS: AVCN 4/486, *Primer informe sobre los actos unilaterales del Estado*, p. 19. BONDIA GARCÍA, David. *Régimen jurídico de los actos unilaterales de los Estados*, Barcelona: J.M. Bosch Editor, 2005).

⁴⁰ Así se decidió en el 56º período de sesiones. Véase Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo período de sesiones, Suplemento Nº 10 (A/60/10), párrafo 293. Asimismo, Informe del Grupo de Trabajo de la Comisión de Derecho Internacional, 58º período de sesiones, Ginebra, 1º de mayo a 9 de junio y 3 de julio a 11 de agosto de 2006, párrafo 4.

Estados dada por el Grupo de Trabajo de la Comisión de Derecho Internacional, no excluye la posibilidad de que dicho consentimiento, en el contexto en que se emite (p. ej. Ley de Promoción y Protección de Inversiones), pueda configurar en ciertos casos una "oferta irrevocable" bajo los principios contractuales internacionales.

4. NATURALEZA, SENTIDO Y ALCANCE DEL CONSENTIMIENTO DEL ESTADO

4.1. Autonomía e independencia del acuerdo de arbitraje

Tenemos la impresión de que en los arbitrajes de inversión, poca importancia se le ha dado al principio de autonomía e independencia del acuerdo de arbitraje reconocido universalmente en los arbitrajes comerciales. Por más diferencias que existan entre el arbitraje comercial y el arbitraje de inversión, ambos tipos de arbitraje parten de un mismo requisito: la existencia de un acuerdo de arbitraje. Por ende, no encontramos razón alguna para excluir en el arbitraje de inversiones el principio de independencia del acuerdo de arbitraje. Por el contrario, consideramos que el principio de autonomía e independencia debe ser aplicado no sólo en caso de que exista un contrato (de inversiones) que contenga la cláusula arbitral, sino también frente al tratado o la ley que contiene el consentimiento del Estado.

Ciertamente el Convenio CIADI utiliza el término consentimiento no sólo

en sentido unilateral sino también en el sentido de "acuerdo de voluntades". Ello no configura mayor novedad, pues es bien conocido que para la época de la Convención (1965) todavía no se había elaborado la Ley Modelo UNCITRAL que acuñó la expresión "acuerdo de arbitraje". Desde que entró en vigencia en 1966 el Convenio CIADI, es mucho el camino que se ha avanzado para superar las dificultades que en su época generaban los conceptos de *cláusula compromisoria* y formalización del *compromiso arbitral*. El Convenio CIADI sabiamente en su momento se apartó de esos términos y se limitó a hacer uso del vocablo "consentimiento", tanto en sentido mutuo como en sentido individual.

Ahora bien, el hecho de que existan disposiciones del Convenio CIADI que se refieran al consentimiento individual no altera la naturaleza contractual del acuerdo arbitral. Como bien señala el Profesor SCHREUER: "Como cualquier otra forma de arbitraje, el arbitraje de inversión siempre está basado en un acuerdo."⁴¹ "...Una disposición legal que contiene el consentimiento al arbitraje es simplemente una oferta del Estado a los inversionistas. Para perfeccionar el acuerdo de arbitraje la oferta debe ser aceptada por el inversionista"⁴².

La generalidad de los autores que han estudiado la naturaleza jurídica del *arbitraje*, incluso aquéllos que se han inclinado por la tesis jurisdiccional, admite que el acuerdo de arbitraje es de naturaleza

⁴¹ SCHREUER, Christoph H. "Consent to arbitration". En: TDM Volume 2, issue #05 - November 2005, y actualizado en febrero de 2007, p. 1. Traducción libre del inglés.

⁴² *Idem*, p. 5.

contractual. En realidad la naturaleza contractual de la *cláusula arbitral* nunca ha sido un tema polémico⁴³. Lo que por largas décadas ha generado grandes discusiones en la doctrina, sin que hasta la fecha haya consenso, es lo relativo a la naturaleza del propio *arbitraje*⁴⁴.

En conexión con lo anterior, cabe agregar que el principio de *independencia* y *autonomía* del acuerdo de arbitraje ha sido reconocido universalmente por todas las legislaciones modernas que siguen la Ley Modelo UNCITRAL⁴⁵. Consideramos que así como el acuerdo de arbitraje es

autónomo del contrato principal que puede estar contenido en el mismo documento, también es autónomo el consentimiento al arbitraje contenido en un tratado o en una ley. Conforme a este principio, la declaratoria de inconstitucionalidad de una ley o de un TBI por parte de los tribunales domésticos no afectaría en principio la oferta de arbitraje contenida en dichos instrumentos. Como bien apunta SILVA ROMERO, "si el pacto arbitral no fuera autónomo, el estudio independiente de un contrato de arbitraje no tendría, en materia jurídica, ningún sentido"⁴⁶.

⁴³ SILVA ROMERO, Eduardo. *El Contrato de Arbitraje*. Colombia: Legis, 2005.

⁴⁴ En la actualidad todavía subsisten las mismas tres tesis discutidas en el pasado: la posición contractualista, la posición jurisdiccional y por último, la ecléctica o autónoma. Por nuestra parte, hemos sostenido que la postura (contractual o jurisdiccional) que se adopte frente a la antigua polémica de la naturaleza del arbitraje está estrechamente vinculada con el criterio que se tenga respecto a si la "coacción" es o no un elemento constitutivo del concepto de "jurisdicción". No obstante, y conscientes de que el concepto de jurisdicción es dinámico, si partimos de su concepto clásico, que supone como elemento esencial el poder coactivo, entonces nos resulta forzoso inclinarnos por la tesis contractual defendida, entre otros, por GLÜCK, WACH, CHIOVENDA, REDENTI, CALAMANDREI, BETTI, ROCCO, SATTI Y GUASP, puesto que la función que despliegan los árbitros está desprovista del poder coactivo. El hecho de que el laudo que dictan los árbitros puede ser ejecutado forzosamente por los jueces del Estado no inviste a los árbitros de esa función, sino que por el contrario pone de relieve que son los funcionarios judiciales del Estado los que detentan el monopolio exclusivo de la coacción. Cfr. MEZGRAVIS, Andrés. *El amparo constitucional y el arbitraje*. Revista de Derecho Administrativo N° 6, Caracas: Edit. Sherwood, 1999, p. 259.

Para un análisis de las diferentes teorías y sus exponentes véase ROCA MARTÍNEZ, José María: *Arbitraje e Instituciones Arbitrales*. Editor, S.A. Barcelona: J.M. Bosch, 1992, pp. 37-40. Igualmente OPPETIT, Bruno. *Teoría del arbitraje*. traducción dirigida por SILVA ROMERO, Eduardo. Colombia: Legis, 2006, pp. 162 y ss.

⁴⁵ Art. 16 de la Ley Modelo y 21 numeral 2° del Reglamento. Igualmente lo consagran, entre otras muchas legislaciones, la de Suiza, Alemania, Italia, Holanda, España, Brasil, Colombia, Costa Rica, México, Perú, Venezuela. El principio de autonomía es un desarrollo doctrinario y jurisprudencial que señala que en un mismo documento pueden coexistir dos contratos, el principal y el de arbitraje. Ha sido reiteradamente reconocido por la jurisprudencia estadounidense y francesa. CARDENAS MEJÍA, Juan Pablo. "Autonomía del Contrato de Arbitraje". En: *El Contrato de Arbitraje*. SILVA ROMERO, Eduardo. Director Académico y MANTILLA ESPINOSA, Fabricio. Colombia: Legis, 2005, pp. 81 y ss., quien reconoce que la autonomía es un principio de derecho comercial internacional. Asimismo, para un análisis de la autonomía del acuerdo de arbitraje en relación con una ley estatal, véase LARROUQUET, Christian. "A propósito de la naturaleza contractual del acuerdo de arbitraje en material internacional y de su autonomía". En: *El Contrato de Arbitraje*. Op. cit., pp. 13 y ss.

⁴⁶ SILVA ROMERO, Eduardo. "La Formación del Contrato de Arbitraje". En: *El Contrato de Arbitraje*. SILVA ROMERO, Eduardo Director Académico y MANTILLA ESPINOSA, Fabricio. Colombia: Legis, 2005, p. 77.

4.2. La documentación del consentimiento no desvirtúa su naturaleza contractual

Actualmente, la vasta mayoría de los arbitrajes de inversión está basada no en una cláusula arbitral ordinaria inserta en un contrato de inversiones suscrito directamente entre el Estado y el inversor, sino en el consentimiento otorgado de manera indirecta y muchas veces sin el contacto directo de las partes antes del inicio del proceso arbitral. Pero aun en estos casos el resultado final es también un acuerdo de arbitraje⁴⁷.

La documentación del consentimiento, aunque importante para determinar la verdadera intención de las partes, no modifica su naturaleza contractual ni su independencia y, por tanto, tampoco debería modificar las reglas de interpretación contractual aplicables. El hecho de que el consentimiento unilateral del Estado sea expresado o documentado en un tratado, en una ley o incluso en un instrumento privado, no altera su naturaleza de acto jurídico que incorpora una manifestación de voluntad destinada a formar un acuerdo de arbitraje o a condicionar su existencia. La documentación del acto mal puede ser confundida con el acto en sí y mucho menos desplazar a un segundo plano la declaración de voluntad que precisamente se quiere interpretar. De allí que no nos luce acertado sostener que cuando el

consentimiento está contenido en un tratado resultan aplicables los principios de interpretación de los tratados.

En este sentido, resulta interesante destacar que cuando la doctrina se refiere al consentimiento del Estado expresado en un TBI lo califica como un consentimiento "unilateral", contenido en un "tratado" y por tanto se afirma que pareciera obvia la aplicación de las reglas de interpretación de éstos⁴⁸. Sin embargo, esta calificación merece ciertas precisiones para evitar confusiones. En efecto, por definición un TBI es un "Tratado bilateral", o sea, es producto del consentimiento de dos

Estados. Cada uno de esos Estados ofrece a los nacionales del otro su consentimiento al arbitraje internacional. De manera que cuando se le califica de consentimiento unilateral o individual no es porque ese tratado contenga el consentimiento de un sólo Estado. Es obvio que dicho tratado bilateral contiene el consentimiento de ambos Estados parte. De allí que se le califica de "unilateral", no porque aún esté pendiente el consentimiento de uno de los Estados, sino porque aún está pendiente el consentimiento del beneficiario de la oferta, es decir, la voluntad del inversionista nacional del otro Estado parte del tratado. Mientras está pendiente esa aceptación resulta apropiado y preciso hablar de "consentimiento unilateral del Estado", pero cuando la disputa ya se encuentra registrada ante el CIADI, es de suponer que el inversor, con el inicio de dicho proceso

⁴⁷ SCHREUER, with MALINTOPPI, REINSCH and SINCLAIR. *Op. cit.*; párrafo 378, p. 191.

⁴⁸ SCHREUER, with MALINTOPPI, REINSCH and SINCLAIR. *Op. cit.*; párrafo 579, p. 249. Véase también *Fedax v. Venezuela*, Decisión sobre Jurisdicción del 11 de Julio de 1997, párrafo 20. Igualmente *Mobil Corporation and others v. Bolivarian Republic of Venezuela* (ICSID Case No. ARB/07/27), Decisión on Jurisdiction (June 10, 2010), para 83.

arbitral, aceptó la oferta de arbitraje y, al menos *prima facie*, se está en presencia no ya de una oferta unilateral, sino de un acuerdo de arbitraje que contiene ambos consentimientos⁴⁹. Dicho de otra forma, si la disputa ha sido registrada y sometida a un Tribunal CIADI es porque se está aceptando *prima facie* que existe no un consentimiento (el del Estado), sino dos: el del Estado y el del inversor. El acuerdo de arbitraje, aunque se ha formado de manera progresiva, contiene ambas declaraciones de voluntad.

Por tanto, no pareciera correcto afirmar que el acuerdo arbitral que deriva de un TBI tiene naturaleza de *tratado internacional*. No creemos que la tenga, puesto que el Estado no suscribe dicho TBI con el inversor, sino con otro Estado. Lo mismo podría decirse de la oferta contenida en la legislación. La voluntad del inversor no interviene en el proceso formativo del acto legislativo conformado por la oferta de arbitraje del Estado. Lo cierto es que, en ambos casos, el acuerdo de voluntades se perfecciona a través de la aceptación de la oferta que hace el inversor y dicho acuerdo, si bien tiene efectos internacionales, no puede ser calificado ni de tratado ni de ley por ser

un acto esencialmente consuetudinario o convencional. Los Tribunales CIADI mal pueden interpretar aisladamente los actos u ofertas unilaterales de los Estados que no hayan sido previamente aceptados por los inversionistas.

Cabe advertir que en estos casos el *tratado* y *la ley* no son más que la *documentación* del acuerdo de arbitraje. Por documentación de un contrato se entiende la operación de plasmar o recoger corporalmente en un papel, cinta magnetofónica, etc., las declaraciones de voluntad que forman la esencia del contrato⁵⁰. Conforme al artículo 25 del Convenio del CIADI, el único requisito es que el acuerdo de voluntades conste por escrito en un documento o conjunto de documentos. En modo alguno se exige que conste en un tratado o en una ley. De manera que, así como el acuerdo de arbitraje es autónomo e independiente del resto de las cláusulas que conforman el contrato principal, también lo es del tratado y de la ley en que se puede encontrar estipulado.

El hecho de que esos dos consentimientos hayan sido expresados de manera

⁴⁹ Generalmente el inversor manifiesta su aceptación a través de una carta (trigger letter) que envía al gobierno antes de presentar la solicitud de arbitraje. No obstante, se admite de manera pacífica que la manifestación del consentimiento del inversionista o aceptación de la oferta abierta de arbitraje se realice en la propia solicitud de arbitraje. Al respecto, véase *Tradex Hellas S.A. v. Republic of Albania* (ICSID Case No. ARB/94/2), *ICSID Review-Foreign Investment Law Journal*, p. 187. Asimismo, Escobar, Alejandro A. "Los sistemas de arbitraje del CIADI", La solución de Controversias en el Hemisferio, Cámara de Comercio de Bogotá, Santa Fe de Bogotá, 1997, p. 291. A. R. PARRA, *Provisions on the Settlement of Investment Disputes in Modern Investment Laws, Bilateral Investment Treaties and Multilateral Instruments on Investment*, ICSID Review - Foreign Investment Law Journal, 12 (1997) p. 287. SCHREUER, *Op. cit.*, pp. 206 y ss. REED, LUCY, PAULSSON, JAN AND BLACKBURN, NIGEL, *En. Guide to ICSID Arbitration*, p. 38, y MEZGRAVIS, "Las inversiones petroleras....", *Op. cit.*, pp. 395 y ss.

⁵⁰ Díez-Picazo, Luis, *Fundamentos del Derecho Patrimonial I. Introducción Teoría del Contrato*, 5ª ed. Madrid: Editorial Civitas, 1996, pp. 254 y ss.

sucesiva y no simultánea en nada cambia la naturaleza del *contrato de arbitraje* alegado. Tampoco altera la naturaleza de contrato de arbitraje el hecho de que uno de esos consentimientos presente ambigüedad y el otro sea manifiestamente claro⁵¹. Ambos deben ser interpretados bajo un mismo y único contexto: el acuerdo de arbitraje.

En nuestro criterio, es un tanto anárquico determinar las reglas de interpretación de cada uno de esos actos por separado en función de los documentos públicos o privados que los contienen (tratado, ley, carta de aceptación, inicio del proceso como manifestación tácita de aceptación, revocatoria, etc.). Ello supone diseccionar el acuerdo de arbitraje y aplicar unas reglas de interpretación distintas para cada uno de los consentimientos, como si ambos no fuesen parte de un mismo contexto. Así, por ejemplo, si es un TBI el que contiene el consentimiento "unilateral" del Estado, entonces tendrían que aplicarse las normas de interpretación de los tratados, fundamentalmente contenidos en la Convención de Viena, pero esas mismas reglas no podrían ser aplicadas a la manifestación tácita de aceptación de la oferta por parte del inversor que inicia el arbitraje⁵².

⁵¹ Del mismo modo que sería absurdo interpretar aisladamente la cláusula ambigua del resto de las cláusulas de un contrato.

⁵² Para una distinción entre las reglas de interpretación de los tratados y las leyes, véase BETTI, EMILIO, *Interpretación de la Ley y de los Actos Jurídicos*, Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, traducción de José Luis de los Mozos, 1975, pp. 389 y ss. Igualmente SUAREZ ANZORENA, *Op. cit.*, pp. 73-74.

⁵³ Entre las que destacan una "obligación de hacer": someter la controversia al arbitraje, y una "obligación de no hacer": no someter la controversia a los tribunales estatales.

⁵⁴ BETTI, *Op. cit.*, p. 391.

⁵⁵ Tan distintas son las obligaciones Estado-Inversionista y Estado-Estado que la generalidad de los TBIs contiene cláusulas de resolución de disputas entre los propios Estados. A diferencia del acuerdo de arbitraje que, como hemos indicado tiene naturaleza contractual, el tratado internacional, en cambio, presenta una estructura híbrida con su doble momento convencional

En definitiva, consideramos que los dos consentimientos (del Estado y del inversor) forman parte de un mismo acuerdo y éste en todo su contexto, y no los actos individuales por separado, es el que debe ser objeto de una sola interpretación. Poca relevancia se le ha dado a la esencial diferencia que existe entre la autonomía consensual en la esfera del contrato de arbitraje Estado-inversionista, de un lado, y la autonomía colectiva (Estado-Estado) manifestada en los tratados que celebran o a los que posteriormente se adhieren los Estados. El acuerdo de arbitraje es, como todo contrato, fuente de obligaciones⁵³, mientras que los tratados son fuente de normas jurídicas internacionales⁵⁴. El acuerdo de arbitraje genera obligaciones entre las partes que lo suscriben, o sea, entre el Estado por un lado y el inversionista por el otro. Por su parte, la norma que establece que un Estado ofrece arbitraje internacional a los inversionistas del otro Estado genera obligaciones internacionales paritarias entre los Estados miembros del respectivo tratado. Como puede observarse, se trata de dos fuentes distintas de obligaciones: la del tratado, generadora de obligaciones Estado-Estado, y la del acuerdo de arbitraje, que genera obligaciones Estado-inversionista⁵⁵.

En definitiva, lo fundamental no es la naturaleza del instrumento que contiene la oferta o la aceptación. Lo fundamental, como en todo contrato, son los términos y condiciones de cada una de esas manifestaciones de voluntad.

4.3. ¿Falsa analogía contractual?

Como hemos indicado, consideramos que resulta plenamente válido aplicar en la interpretación de los acuerdos arbitrales CIADI, así como a la oferta y a su revocatoria, los principios contractuales reconocidos por el Derecho Internacional.

Es cierto que el acuerdo de arbitraje (consentimiento mutuo) que se ha perfeccionado con el consenso de voluntades mal puede ser confundido con el consentimiento unilateral o individual que todavía aguarda por la respuesta afirmativa del inversor. No obstante, esta distinción en nada altera que cuando se está en presencia de un arbitraje de inversiones, el consentimiento del Estado sea interpretado conforme a los principios contractuales internacionales.

Entrealidad la aplicación de principios contractuales en la interpretación del

y normativo. Es por ello que frente al tratado surge la exigencia de un doble tratamiento interpretativo que responde tanto al proceso genético del tratado como negocio *consensual*, como a su función y eficacia de *norma jurídica* reguladora de las relaciones internacionales. "Bajo el aspecto del proceso genético del tratado como negocio consensual aparece justificada la remisión analógica a los criterios que rigen la interpretación de los contratos". BETTI. *Op. cit.*; pp. 391 y 392.

⁵⁶ NOLAN y SOURGENS. *Op. cit.*; son los primeros en defender en este contexto la noción de obligación internacional independiente, pero apartándose de la aplicación de los principios contractuales.

⁵⁷ GARBALDI pareciera tener una opinión contraria a ésta. GARBALDI, Oscar. *On the Denunciation of the ICSID Convention, Consent to ICSID Jurisdiction, and the limits of the Contract analogy*. TDM, Marzo 2009, Vol 6, # 01.

Profesor Schreuer, pero esa crítica, lejos de contradecir la tesis de la aplicación de principios contractuales en la interpretación del acuerdo de arbitraje CIADI, más bien la fortalece. En efecto, bajo los principios contractuales internacionales, la oferta que no ha sido aceptada puede ser *irrevocable* en ciertos casos. El caso más obvio es cuando la propia oferta indica un plazo fijo para la aceptación de ésta, o sea, cuando establece expresamente que por cierto tiempo es irrevocable. Otras situaciones, un tanto más complejas y que escapan del análisis realizado por el Profesor SCHREUER, serían aquellas en las

que se discute "si el destinatario podía razonablemente considerar que la oferta era irrevocable y ha actuado basándose en esa oferta"⁵⁸. Las situaciones antes descritas han sido contempladas en la Convención de las Naciones Unidas sobre Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, también conocida como la Convención de Viena sobre compraventa internacional⁵⁹, así como en el Anteproyecto de Código Europeo de Contratos⁶⁰. Igualmente, tanto legislaciones del *Civil Law* como del *Common Law* contemplan estos mismos principios⁶¹. De manera que podríamos estar en presencia de principios

⁵⁸ El argumento relativo a que el inversionista pueda aceptar la oferta de arbitraje en cualquier momento, incluso antes de surgir la disputa, no nos luce convincente para sostener la revocabilidad de la oferta. (Vid SCHREUER, with MALINTORPEI; REINSCH and SINCLAIR, *op. cit.* p. 1281, para 7.) Al igual que ocurre en el campo comercial, lo que hace irrevocable a una oferta no es la imposibilidad de aceptarla, sino las expectativas legítimas y confianza suscitadas por la oferta. Difícilmente podría un Estado sostener que una ley de "promoción" y "protección" de inversiones que contiene dicha oferta no tiene por fin generar dichas expectativas y confianza en los inversionistas.

⁵⁹ "Artículo 16: 1) La oferta podrá ser revocada hasta que se perfeccione el contrato si la revocatoria llega al destinatario antes que éste haya enviado la aceptación. 2) Sin embargo, la oferta no podrá revocarse: a) si indica, al señalar un plazo fijo para la aceptación o de otro modo, que es irrevocable; o b) si el destinatario podía razonablemente considerar que la oferta era irrevocable y ha actuado basándose en esa oferta".

⁶⁰ "Artículo 17. Oferta irrevocable: 1. Una oferta es irrevocable cuando su autor se ha obligado expresamente a mantenerla firme durante cierto lapso, o si, sobre la base de las relaciones precedentes de las partes, las tratativas, el contenido de las cláusulas o la costumbre, razonablemente se le puede reputar tal (...)".

⁶¹ En este mismo sentido se pronuncian los más reconocidos tratadistas del derecho contractual norteamericano quienes establecen que *una oferta firme solamente necesita constar por escrito, y en virtud de sus términos garantiza que se mantendrá abierta a su aceptación. Por tanto es irrevocable por el tiempo establecido en ella, o si no tiene un tiempo estipulado, por un tiempo razonable.* FARNSWORTH, Alan. *The Law of Contracts*, (1999), p. 183. Según M.D. NOLAN y F.G. SOURGENS, "The Interplay between State Consent to ICSID Arbitration and Denunciation of the ICSID Convention: The (Possible) Venezuela Case Study". En: TDM (September 2007), este tratamiento es el que contempla el United States Uniform Commercial Code. En este mismo sentido y en cuanto al derecho español véase Díez-Picazo. *Op. cit.*; p. 298.

Por otra parte, aunque Venezuela todavía no ha ratificado la referida Convención, el artículo 1.137 del Código Civil venezolano establece una disposición similar: "si el autor de la oferta [El Estado] se ha obligado a mantenerla durante cierto plazo [establecido en el BIT], o si esta obligación [arbitraje] resulta de la naturaleza del negocio [foro neutral promovido para captar las inversiones] la revocación antes de la expiración del plazo [previsto en el TBI o antes del plazo inherente a la inversión realizada] no es obstáculo para la formación del contrato" [de arbitraje]. (Entre paréntesis nuestro).

generales de derecho internacional en materia de contratos. Cabe advertir que esos principios no escapan al campo arbitral, como algunos piensan. Es razonable suponer que la *oferta unilateral de arbitraje* contenida en un TBI que tiene una vigencia de 10 o 15 años no puede ser revocada durante dicho tiempo⁶². También es razonable suponer que un Estado que promulga una ley de inversiones para promocionar y captar inversiones, y con tal fin ofrece a los inversionistas extranjeros arbitraje internacional, mal puede revocar dicha oferta de arbitraje una vez que ha captado las referidas inversiones.

Portanto, negar que el consentimiento unilateral del Estado configure una oferta de arbitraje, negar que cuando se produce la aceptación de la oferta se produce un acuerdo de arbitraje, o negar que el acuerdo de arbitraje configura un verdadero contrato, nos luce infundado, como también lo es negar toda posibilidad de revocatoria de la oferta de arbitraje que aún no ha sido aceptada. En este sentido, se debe distinguir que una cosa es determinar las obligaciones internacionales generadas por la oferta de arbitraje entre los Estados miembros del tratado que la contiene; otra es la eficacia de su eventual revocatoria antes de su aceptación por parte del inversionista, y otra muy distinta es interpretar y analizar la verdadera

existencia o formación del acuerdo de arbitraje cuando se ha registrado un caso ante el CIADI.

5. INTERPRETACIÓN DEL CONSENTIMIENTO

5.1. Reglas mixtas

De manera general se admite que el Estado manifiesta su consentimiento al arbitraje CIADI de tres formas distintas, a saber:

- i) Con la suscripción de un contrato de inversiones entre un ente gubernamental (administración nacional, estatal o municipal, centralizada o descentralizada) y un inversionista, en el cual se incluye una cláusula de arbitraje CIADI;
- ii) Mediante un tratado bilateral o multilateral relativo a la promoción y protección económica de inversiones en el que se hace una oferta abierta de arbitraje CIADI y;
- iii) Mediante la oferta abierta de arbitraje CIADI que se hace a través de una ley nacional, generalmente de promoción y protección de inversiones⁶³.

⁶² Ello únicamente sería posible si ambos Estados parte del TBI acuerdan modificar su texto y aun así, y por las razones que explicaremos más adelante, consideramos que dicha revocatoria sólo sería legítima para los inversionistas que todavía no han realizado sus inversiones, pues para aquellos que las hubiesen realizado conforme a las expectativas legítimas generadas por el respectivo tratado, sería arbitraria a la luz de los principios del derecho internacional.

⁶³ Una cuarta forma podría ser la oferta de arbitraje que conste en una carta de algún ente gubernamental debidamente autorizado por el respectivo Estado (Art 25 (3)). Sin embargo, por ser esta modalidad bastante extraña en la práctica, no la incluimos en la clasificación antes indicada.

pensamos que aún no existe consenso en cuanto a las reglas internacionales de interpretación aplicables a los actos que forman el consentimiento.

En el caso *SPP v. Egipto* la jurisdicción se fundamentó en la ley egipcia. El Tribunal rechazó el argumento de Egipto de que el consentimiento debía ser interpretado conforme a los principios de las *leyes egipcias*, así como también el argumento del inversionista de que el acuerdo de arbitraje debía ser interpretado conforme a las reglas de interpretación de los tratados⁶⁴. El Tribunal concluyó que aplicaría los principios generales de interpretación de las *leyes* tomando en consideración, cuando resultare apropiado, los principios esenciales de interpretación de los *tratados* y los principios del derecho internacional aplicables a la declaración de *actos unilaterales*⁶⁵.

En el caso *Mobil v. Venezuela* el Tribunal hace un resumen muy preciso de las distintas posiciones adoptadas hasta ahora por los Tribunales CIADI:

- (i) En al menos cuatro casos, el asunto no fue resuelto claramente.

A pesar de que resulta reiterada la aplicación preponderante del derecho internacional a asuntos de jurisdicción,

⁶⁴ Véase supra Nota 48.

⁶⁵ *Zhinvali Development Ltd. v. Republic of Georgia* (ICSID Case No. ARB/00/1), paras 339-340.

⁶⁶ SUAREZ ANZORENA sostiene que la existencia del consentimiento del Estado contenido en una ley debe ser interpretada conforme a los principios de interpretación de las leyes del correspondiente Estado y una vez determinada la existencia de dicho consentimiento es que tendrían un rol otros principios como el de la buena fe, estoppel y reglas internacionales... Op. cit., p. 79.

⁶⁷ *CJOB v. Slovakia*, Decision on Jurisdiction, 24 May 1999, 5 ICSID Reports 330, para. 35. *Inceysa Vallisoletana S.L. v. Republic of El Salvador* (ICSID Case No. ARB/03/26), para 263.

⁶⁸ *SPP v. Egypt*, Decision on Jurisdiction II, April 14, 1988, paras. 55-60.

⁶⁹ *Ibidem*, párrafo 61.

- (ii) En *SPP v. Egipto*, el Tribunal decidió aplicar "principios generales de interpretación de la ley" tomando en cuenta tanto "las normas pertinentes de interpretación de los tratados como los principios del derecho internacional aplicable a las declaraciones unilaterales".
- (iii) En *CSOB v. República Eslovaca*, el Tribunal optó por el derecho internacional sin ninguna reserva.
- (iv) En *Zhinvali v. Georgia*, el Tribunal optó por el derecho interno, "con sujeción en última instancia al derecho internacional"⁷⁰.

Cabe agregar que en el caso *Mobil v. Venezuela*, el Tribunal asume que cuando el consentimiento del Estado está contenido en una ley nacional, se está en presencia de un *acto unilateral* cuya interpretación se rige por el derecho internacional, pero en la cual también se debe tener en cuenta el derecho doméstico para determinar la intención del Estado. También añade que aunque el derecho de los tratados codificado en la Convención de Viena no resulta aplicable a la interpretación de los actos unilaterales, las disposiciones de dicha Convención podrían ser aplicables de manera analógica⁷¹.

Pareciera que la práctica arbitral CIADI varía el énfasis que hace en el

derecho internacional dependiendo de si el consentimiento del Estado ha sido expresado en un "tratado", en una "ley" o en un "contrato" de inversiones⁷². Aun cuando pareciera existir cierto consenso en cuanto a que el estándar de interpretación en estos tres escenarios siempre está dentro del marco del artículo 25 y no del artículo 42 del Convenio CIADI, lo cierto es que la poca relevancia que se le ha dado al hecho de que siempre esas tres vías desembocan indistintamente en un acuerdo de arbitraje ha generado una metodología mixta de interpretación. Esa singular metodología conduce a la mezcla de principios de interpretación de los tratados con el de las leyes y con los actos unilaterales, a pesar de que también se reconoce que "el consentimiento perfeccionado ni es un tratado ni tampoco es un simple contrato bajo el derecho doméstico, pero sí un acuerdo entre el Estado y el inversor basado en un tratado"⁷³.

5.2. Reglas contractuales internacionales

Como bien se estableció en el caso *Amco v. Indonesia*:

"Como en cualquier otra convención, el convenio de arbitraje no debe ser interpretado de manera restrictiva, ni tampoco de hecho de manera extensiva o liberal. Debe ser interpretado de una manera que permita descubrir y respetar la intención común de las partes: este método de interpretación

⁷⁰ *Mobil Corporation and others v. Bolivarian Republic of Venezuela* (ICSID Case No. ARB/07/27), *Decision on Jurisdiction* (June 10, 2010), para. 82.

⁷¹ *Idem* para. 96.

⁷² SCHREUER, with MALINTOPPI; REINISCH and SINCLAIR. *Op. cit.*; párrafo 585, pp. 250 y 251.

⁷³ *Idem*, párrafo 579, p. 249. Traducción libre.

no es sino la aplicación del principio fundamental *pacta sunt servanda*, en efecto, un principio común a todos los sistemas de derecho interno e internacional.

Más aún, —y esto nuevamente es un principio general de derecho— cualquier convención, incluyendo los convenios de arbitraje, deben ser interpretados conforme a la buena fe, esto es, tomando en cuenta las consecuencias de los compromisos de las partes que podían considerarse razonable y legítimamente previsibles⁷⁴.

Numerosos laudos han aplicado los principios de interpretación contractual basados en la *buena fe* a los acuerdos de arbitraje en materia de inversiones⁷⁵. Pero hasta ahora nada se ha dicho, por ejemplo, de la aplicación del principio contra *proferentem* de universal aceptación en el campo contractual, según el cual las dudas en la interpretación se resolverán en contra de quien haya redactado la cláusula⁷⁶.

Tan sólo la aplicación de este principio contractual podría generar conclusiones muy diversas a las que se llegaría, por ejemplo, si se aplican los principios de interpretación de las leyes o las reglas de interpretación de los actos unilaterales. Por otra parte, no es lo mismo indagar sobre la intención del Estado que indagar sobre la "intención común" de las partes, conforme

a los principios de la buena fe, seguridad y confianza, que comprenden la obligación de enterar a la otra parte de los elementos determinantes de su voluntad.

Por todas las razones antes apuntadas, es nuestra opinión que las reglas de interpretación aplicables al consentimiento del arbitraje de inversiones no deberían ser otras que las aplicables a los "contratos internacionales," y particularmente al "contrato de arbitraje internacional". En efecto, como hemos mencionado, cuando el inversionista manifiesta su consentimiento de aceptar la oferta del Estado contenida en un TBI, o en su legislación, ese *conjunto* de voluntades perfecciona, al igual que la cláusula arbitral, un acuerdo de arbitraje de inversiones, que no es otra cosa que un *contrato* al que le resulta aplicable el derecho internacional.

6. LA IRREVOCABILIDAD DE LA OFERTA DE ARBITRAJE COMO CONSECUENCIA DE LAS EXPECTATIVAS LEGÍTIMAS CREADAS EN LOS INVERSIONISTAS

El carácter vinculante y la naturaleza irrevocable del acuerdo de arbitraje a la jurisdicción del CIADI es manifestación

⁷⁴ *Amco Asia Corporation and others v. Republic of Indonesia* (ICSID Case No. ARB/81/1), para 14. Traducción libre del inglés.

⁷⁵ Entre otras, *Société Ouest Africaine des Bétons Industriels v. Senegal* (ICSID Case No. ARB/82/1), paras 4.08 y ss. Al respecto véase SCHREUER, with MALINTOPPI; REINISCH and SINCLAIR. *Op. cit.*; para 587-589, pp. 251 y 252, especialmente nota 802.

⁷⁶ Cuestión que sí ha sido aceptada en el campo del arbitraje comercial. AGUILAR, Fernando. "Los efectos de la cláusula arbitral y su interpretación". En: *El Arbitraje en el Perú y en el mundo*, Lima: Magna Ediciones, 2008, p. 208. Establece el artículo 40.3 del Anteproyecto del Código Europeo de Contratos de la Academia de Pavia: "Las cláusulas preparadas por uno de los contratantes que no han sido objeto de tratativas, se interpretan, en caso de duda, contra su autor."

de la máxima *pacta sunt servanda*⁷⁷. Expresamente, el artículo 25 del Convenio CIADI establece que *cuando las partes han dado su consentimiento, ninguna parte puede retirar su consentimiento unilateralmente*⁷⁸.

Ahora bien, para determinar la revocabilidad o irrevocabilidad del consentimiento *unilateral* al arbitraje CIADI expresado por el Estado, se hace necesario precisar ciertos aspectos y circunstancias relativos a la oferta de arbitraje que pueden generar confusión. Por obvio que parezca, se debe tener claro que no es lo mismo interpretar la denuncia del Convenio CIADI, tratado que no implica *per se* consentimiento al arbitraje CIADI⁷⁹, que interpretar la revocatoria de una oferta de arbitraje contenida bien en un TBI o en una ley que sí contienen dicho consentimiento del Estado. Asimismo, no es igual revocar una oferta de arbitraje hecha en el marco de tratativas privadas a un potencial inversionista determinado, que revocar una oferta de arbitraje pública que se ha hecho en una ley para "promover" y supuestamente "proteger" inversiones extranjeras en general. A diferencia del primer caso, en el segundo se han generado expectativas legítimas en los inversionistas

que realizaron esas inversiones. De igual modo, habría que distinguir la posibilidad legítima que tendría un Estado de *retirar* la oferta de arbitraje a aquellos destinatarios de la oferta que aun no han realizado sus inversiones en el país, puesto que todavía no han depositado su confianza ni expectativas legítimas conforme a dicha oferta⁸⁰.

De allí que nos parece incorrecto generalizar y sostener que una oferta de arbitraje sólo se hace irrevocable cuando es aceptada. Del mismo modo nos parece incorrecto generalizar y sostener que una oferta de arbitraje hecha por un Estado configura siempre una obligación internacional irrevocable independientemente de que no haya sido aceptada.

Tal y como ocurre en el campo contractual, lo que hace en definitiva revocable o irrevocable al consentimiento unilateral del Estado al arbitraje CIADI es los términos de la propia oferta, o las expectativas legítimas creadas en los inversionistas que podían razonablemente depositar su confianza y considerar que la oferta era irrevocable. De allí que una misma revocatoria podría ser arbitraria y, por ende, ineficaz para los inversores

⁷⁷ SCHREUER, with MALINTOPPI, RENISCH and SINCLAIR. *Op. cit.*, párrafos 598-599, pp. 254 y 255.

⁷⁸ En el caso *Alcoa Minerals of Jamaica, Inc. v. Jamaica (ICSID Case No. ARB/74/2)*, Jamaica argumentó que antes de someterse la demanda al Centro, ya había anunciado, conforme al artículo 25(4) del Convenio, su voluntad de excluir las disputas relacionadas con recursos naturales. El tribunal rechazó esta pretensión de Jamaica en virtud de que para el momento de dicha notificación ya había otorgado el consentimiento al Centro en el contrato de inversiones suscrito entre las partes.

⁷⁹ Y que además contiene una serie de normas (Arts. 70, 71 y 72) que regulan su denuncia para que ésta sea legítima.

⁸⁰ El Convenio de Viena distingue entre retiro (*withdrawal*) y revocatoria (*revocation*). A diferencia de la revocatoria, el retiro se da cuando la oferta todavía no ha llegado a su destinatario, y por ende no ha alcanzado efectividad ni tampoco ha generado una situación jurídica de confianza. Véase DIEZ-PICAZO. *Op. cit.*, pp. 294 y 295.

que realizaron sus inversiones conforme a una ley de promoción y protección de inversiones que contiene dicha oferta y ser legítima y válida para los *futuros* inversionistas que para el momento de la revocatoria aún no habían realizado sus inversiones.

6.1. Denuncia del Convenio CIADI

Como antes indicamos⁸¹, el Convenio CIADI no contiene oferta alguna de arbitraje y su denuncia está expresamente regulada en su texto. De manera que la denuncia *per se* mal puede configurar una revocatoria del consentimiento del Estado al arbitraje CIADI. Las dudas que plantea la denuncia y que han sido objeto de debate se centran en los efectos que causa sobre los TBIs y leyes que contienen ofertas de arbitraje. En este sentido, la mayoría de los autores señala que la denuncia del Convenio CIADI, como legítimo derecho del Estado miembro, no afecta la vigencia de las ofertas contenidas en los

TBIs, pues éstos son tratados autónomos e independientes y, como tales, tienen su propia regulación⁸².

Consideramos que lo único que pretende el artículo 72 del Convenio CIADI es precisamente salvaguardar los derechos y obligaciones nacidos con anterioridad a la denuncia. Este principio además está recogido en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, la cual establece que la terminación de un tratado no afecta los derechos, obligaciones o situaciones jurídicas creadas antes de su terminación⁸³.

Cabe precisar que el Convenio CIADI *a priori* no otorga a los inversionistas derecho alguno a la jurisdicción del CIADI, ni tampoco el Estado asume obligación alguna de ofrecer arbitraje internacional a los inversionistas. Es el propio Estado miembro el que *luego* abre esa posibilidad a través de la celebración inmediata y directa, o progresiva e indirecta, del acuerdo de arbitraje⁸⁴.

⁸¹ Supra capítulo I.

⁸² Al respecto véase GAILLARD, EMMANUEL. *The Denunciation of the ICSID Convention*, N.Y.L.J., 26 June 2007, Vol. 237-N° 122. NOLAN, Michael and SOURGENS F.G. "The Interplay Between State Consent to ICSID Arbitration and Denunciation of the ICSID Convention: The (Possible) Venezuela Case Study", En: *TDM, Provisional Issue*, September 2007. ESCOBAR, Alejandro. "Bolivia Exposes Critical Date Ambiguity", En: *Global Arbitration Review*, 17, 2007. MANTILLA SERRANO, Fernando. *La denuncia de la Convención de Washington, ¿impide el recurso al CIADI?* Revista Peruana de Arbitraje N° 6, Lima: Magna Editores, 2008, p. 211. GARIBALDI, Oscar. *On the Denunciation of the ICSID Convention, Consent to ICSID Jurisdiction, and the Limits of the Contract Analogy*, TDM, marzo 2009, Vol 6, # 01. En contra: SCHREUER, with MALINTOPPI, RENISCH and SINCLAIR. *Op. cit.*, pp. 1279 y ss.

⁸³ Convención de Viena Arts. 70 (1) y 70 (2). Cabe advertir que la Convención de Viena teóricamente no resulta aplicable al Convenio CIADI, porque su artículo 4 establece que sólo se aplica a los tratados celebrados después de su entrada en vigencia. El Convenio CIADI entro en vigencia en 1966 y la Convención de Viena en 1980. Asimismo, cabe advertir que Bolivia, Nicaragua y Venezuela no son miembros de esta Convención. Sin embargo, dicha convención es reconocida como codificación del Derecho Internacional Consuetudinario.

⁸⁴ Distinta es la situación de los Estados miembros que claramente asumen entre sí obligaciones internacionales desde el mismo momento en que ratifican el tratado, bien sea éste bilateral o multilateral.

El acuerdo de voluntades entre el Estado y el inversionista pudiera no estar perfeccionado para la fecha efectiva de la terminación del Convenio CIADI, pero ello no impide que la obligación bilateral de un Estado de ofrecer arbitraje CIADI a los nacionales del otro Estado sea válida y efectiva entre dichos Estados. La vigencia de la obligación bilateral (Estado-Estado) que sí se ha perfeccionado antes de la denuncia del Convenio CIADI, queda amparada por el propio texto del artículo 72, que desvirtúa el carácter accesorio de los TBIs.

De allí que las obligaciones y derechos establecidos en un TBI, asumidos por un Estado frente a otro, y particularmente el ofrecimiento de arbitraje a la jurisdicción del CIADI a los nacionales del otro Estado (terceros beneficiarios), no podrían, en principio, y salvo pacto en contrario, verse afectados por el simple hecho de que uno de los Estados miembro de dicho TBI resuelva denunciar otro tratado independiente como lo es el Convenio CIADI.

6.2. Denuncia de un TBI

Similar resultado se produciría con un TBI que es denunciado, pues la generalidad de éstos establece que su vigencia se extenderá por un período de 10 o 15 años para las inversiones realizadas antes de la denuncia. De manera que serían los futuros

⁸⁵ PAULSSON, Jan. "El poder de los Estados para hacer promesas significativas a los extranjeros". En: TDM, September 2008, p. 21.

⁸⁶ En este sentido, véase RONDÓN DE SANSÓ, Hildegard. *El Principio de Confianza Legítima o Expectativa Plausible en el Derecho Venezolano*. Caracas: Editorial Ex Libris, 2002. GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. *El Principio General de la Buena Fe en el Derecho Administrativo*. 2ª ed. Madrid: Editorial Civitas, 1989. Asimismo, GARCÍA LUENGO, Javier. *El principio de protección de la confianza en el Derecho Administrativo*. Madrid: Editorial Civitas, 2002.

No obstante, más importante nos parece insistir en que si se está ante un arbitraje de inversiones, es de suponer, al menos *prima facie*, que se está en presencia de un acuerdo de arbitraje y, por ende, resultan aplicables, no los principios de los actos propios ni el *estoppel*, sino los principios contractuales internacionales, los cuales admiten la irrevocabilidad de la oferta en los casos antes aludidos.

En definitiva, la revocatoria del consentimiento unilateral del Estado se produce de manera arbitraria y, por ende, resulta ineficaz cuando ese ofrecimiento generó en los inversionistas una confianza legítima para realizar sus inversiones. Difícilmente puede un Estado sostener que una ley que tiene por finalidad *promover* la captación de inversiones extranjeras y brindar a éstas *protección* mediante el ofrecimiento del arbitraje internacional, no generó expectativas legítimas en los inversionistas extranjeros que efectivamente realizaron sus inversiones antes de la revocatoria de dicha oferta.

De allí que sostenemos que la pretendida revocatoria de la oferta de arbitraje contenida en el artículo 22 de la Ley de Inversiones venezolana a través de la referida sentencia N° 1541 del Tribunal Supremo de Justicia es claramente arbitraria e ineficaz para todos aquellos inversionistas que antes de la publicación de dicha sentencia realizaron sus inversiones en Venezuela. Para las inversiones que se realizan con *posterioridad* a la publicación de dicha sentencia, el asunto se hace mucho más

complicado y discutible. A favor de la *ineficacia* de la revocatoria en estos casos gravitan dos razones de peso: i) el artículo 22 no ha sido derogado, y ii) la interpretación realizada por el Tribunal Supremo de Justicia venezolano no es vinculante para los tribunales del CIADI, tal y como la propia sentencia lo reconoce. No obstante, a favor de la *eficacia* de la revocatoria para los nuevos inversionistas destaca el hecho de que ciertamente le resultará más difícil a éstos demostrar la *confianza* generada por esa norma luego de la publicación en Gaceta Oficial de la referida interpretación por parte del Tribunal Supremo de Justicia⁸⁷ y de la publicación del laudo en el caso *Mobil v. Venezuela*. Claro está que si los sucesivos laudos arbitrales del CIADI se pronuncian a favor de la tesis de que el artículo 22 contiene efectivamente una oferta de arbitraje, el asunto se vuelve a revertir.

7. CONCLUSIONES

- 1.- Ni la doctrina ni las decisiones de los Tribunales CIADI han sido uniformes en cuanto al estándar de interpretación del consentimiento al arbitraje de inversiones.
- 2.- Poca importancia se le ha dado al hecho de que en los arbitrajes de inversiones, el acuerdo de arbitraje también configura un *contrato* que es autónomo e independiente del instrumento que lo contiene.
- 3.- No nos luce acertado sostener que cuando el consentimiento del

⁸⁷ Esta decisión fue publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 39.055 del 10 de noviembre de 2008.

Estado está contenido en un tratado "pareciera obvia la aplicación de los principios de interpretación de los tratados", y cuando está contenido en una ley nacional, resultan aplicables las reglas de interpretación de los actos unilaterales o las reglas de interpretación de las leyes.

4.- El hecho de que el consentimiento unilateral del Estado sea expresado o documentado en un tratado, en una ley o incluso en un instrumento privado no altera su naturaleza de acto jurídico que incorpora una manifestación de voluntad destinada a formar un acuerdo de arbitraje. La documentación del acto mal puede ser confundida con el acto en sí.

5.- La determinación del estándar de interpretación tiene trascendentales consecuencias. Aplicar a los acuerdos de arbitraje CIADI las reglas de interpretación contractuales podría generar conclusiones muy diversas a las que se llegaría, por ejemplo, si se aplican los principios de interpretación de las leyes, tratados o las reglas de interpretación de los actos unilaterales.

6.- Cuando la disputa ya se encuentra registrada ante el CIADI es de suponer que el inversor, con el inicio de dicho proceso arbitral, aceptó la oferta de arbitraje y al menos *prime facie* se está en presencia no ya de una oferta unilateral, sino de un acuerdo de arbitraje que contiene ambos consentimientos. Los Tribunales CIADI mal pueden interpretar aisladamente los actos u

ofertas unilaterales de los Estados que no hayan sido previamente aceptados por los inversionistas.

7.- Consideramos incorrecto generalizar y sostener que una oferta de arbitraje sólo se hace irrevocable cuando es aceptada. Del mismo modo nos parece incorrecto generalizar y sostener que una oferta de arbitraje hecha por un Estado configura siempre una obligación internacional irrevocable independientemente de que no haya sido aceptada. Tal y como ocurre en el campo contractual, lo que hace en definitiva revocable o irrevocable al consentimiento unilateral del Estado al arbitraje CIADI es los términos de la propia oferta, o las expectativas legítimas creadas en los inversionistas. De allí que una misma revocatoria podría ser arbitraria y por ende ineficaz para los inversores que realizaron sus inversiones conforme a una ley de promoción y protección de inversiones que contiene dicha oferta, y ser legítima y válida para los *futuros* inversionistas que para el momento de la revocatoria aún no habían realizado sus inversiones.

8.- Pareciera que las denuncias del Convenio CIADI por parte de los gobiernos de Bolivia y Ecuador, así como la eventual revocatoria de la oferta de arbitraje contenida en la Ley de Inversiones de Venezuela, y las eventuales denuncias de los TBIs celebrados por dichos Estados, no evitarán que en los próximos 10 o 15 años, como mínimo, se sigan registrando demandas ante el

CIADI en su contra. Y es que las expectativas legítimas sembradas de manera libre y soberana no pueden desaparecer de un día para otro por un cambio de políticas económicas del gobierno de turno.