

**UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR  
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES  
ESCUELA DE CIENCIAS JURÍDICAS**



**LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS PARA EL SALVADOR DE  
ADHERIRSE A CLÁUSULAS COMPROMISORIAS EN TRATADOS DE  
INVERSIÓN ANTE LA JURISDICCIÓN DEL CENTRO INTERNACIONAL  
DE ARREGLO DE DIFERENCIAS RELATIVAS A INVERSIONES**

**TRABAJO DE GRADO PARA OBTENER EL TÍTULO DE LICENCIADO (A)  
EN CIENCIAS JURIDICAS**

**PRESENTADO POR:**

**ALDANA MÓNICO, CARLOS ALEXANDER  
ALFARO LÓPEZ, CLAUDIA GUADALUPE  
SERAFIN GARCÍA, HERBERT MAURICIO**

**DOCENTE ASESOR:**

**DR. LUIS ALONSO RAMÍREZ MENÉNDEZ**

**CIUDAD UNIVERSITARIA, SAN SALVADOR, JULIO DE 2019.**

**TRIBUNAL CALIFICADOR**

MSC. NELSON ARMANDO VAQUERANO GUTIÉRREZ.

**(PRESIDENTE)**

LIC. CARLOS GUILLERMO CORDERO RECINOS.

**(SECRETARIO)**

DR. LUIS ALONSO RAMÍREZ MENÉNDEZ.

**(VOCAL)**

**UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR**

Msc. Roger Armando Arias Alvarado.

**RECTOR**

Dr. Raúl Ernesto Azcúnaga López.

**VICERRECTOR ACADÉMICO**

Ing. Juan Rosa Quintanilla.

**VICERRECTOR ADMINISTRATIVO**

Msc. Francisco Antonio Alarcón Sandoval.

**SECRETARIO GENERAL**

Lic. Rafael Humberto Peña Marín.

**FISCAL GENERAL**

**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES**

Dra. Evelyn Beatriz Farfán Mata.

**DECANA**

Dr. Edgardo Herrera Medrano Pacheco.

**VICEDECANO**

Msc. Juan José Castro Galdámez.

**SECRETARIO**

Lic. Rene Mauricio Mejía Méndez.

**DIRECTOR DE ESCUELA DE CIENCIAS JURIDICAS**

Licda. Digna Reina Contreras de Cornejo.

**DIRECTORA DE PROCESOS DE GRADUACION**

Lic. María Magdalena Morales.

**COORDINADORA DE PROCESOS DE GRADUACIÓN DE LA ESCUELA  
DE CIENCIAS JURÍDICAS**

## **AGRADECIMIENTOS**

**A Dios Padre Todopoderoso**, por derramar sus bendiciones sobre mí y llenarme de sus fuerzas para vencer muchos obstáculos desde el principio de mi vida. **A mi papi**, enseñarme el esfuerzo y sacrificios que se debe hacer para lograr muchas cosas en la vida; **a mi mami**, mi mayor admiración, quien ha sabido formarme con buenos hábitos y valores; por todo el esfuerzo y sacrificio para brindarme todo el amor, la comprensión y el apoyo incondicional en cada momento de mi vida, a la que me ha dado la fortaleza para continuar cuando a punto de caer he estado, especialmente en mis estudios. **A mis hermanas**, por ser un soporte especial, por su cariño y por proveerme de ánimos para lograr mi meta, y que a pesar de tantas cosas, siempre, siempre han sabido ayudarme; y a mi amigo y amigo de la familia por apoyarnos en todo lo que ha estado a su alcance.

A mis compañeros de tesis, por armarse de paciencia conmigo, por discutir, por reír y que a pesar de todo, siendo tan diferentes cada uno de nosotros, supimos complementarnos manteniéndonos fuertes para vencer los obstáculos que se nos presentaron a lo largo de nuestro proceso de formación. Al Director de Seminario, por su asesoría, paciencia, comprensión y todo el soporte brindado en el transcurso de nuestra investigación.

Gracias a todos los seres especiales que han creído siempre en mí, a los que han estado a mi lado, aunque no físicamente, pero que supieron darme ánimos en los momentos que más lo necesitaba, simplemente Dios bendiga a todos ellos que han ayudado a formarme en mi carrera y a forjar mi carácter.

**GUADALUPE ALFARO LÓPEZ.**

**A Dios todo poderoso** por brindarme la oportunidad de culminar mis estudios y las múltiples bendiciones recibidas a lo largo de mi vida, asimismo, a él encomiando mi futuro como profesional de las ciencias jurídicas. **A mi familia** por ser el medio que Dios puso en mi vida para encontrar la fuerza, confianza y apoyo en las diversas etapas de mi vida, pero con amoroso énfasis en dos personas: mi **padre** Ernesto Serafín Zaldaña, a quien agradezco infinitamente por costear mis estudios con mucho sacrificio, de quien aprendí las mejores lecciones de vida y se ha constituido en mi mejor ejemplo a seguir en el desarrollo profesional; y mi **madre** María Isabel García de Serafín por acompañarme en todo momento, mostrarme amor incondicional y ser la persona que día a día me motiva a ser mejor.

**A mi compañera y compañero de tesis** por apoyarnos mutuamente en esta travesía de tema, por la paciencia y sabiduría en la toma de consensos a fin de superar los múltiples obstáculos que se nos presentaron. **A mi asesor de tesis** por dirigir nuestro trabajo de grado, brindarnos orientaciones atinadas y soportar nuestras insistencias.

**A mis amigas y amigos** que mostraron interés en mi proceso de tesis.

**HERBERT MAURICIO SERAFÍN GARCÍA.**

**A Dios todopoderoso**, por darme la oportunidad de culminar mi primera carrera universitaria. A mi familia, principalmente a mi padre **Carlos Alexander Aldana Alférez**, quien durante toda mi vida académica me brindo apoyo y motivación a continuar y no desfallecer ante las dificultades de la carrera, a mi madre **Carmina Aracely Mónico de Aldana** a quien agradezco el consejo y el constante apoyo que me brindo durante todo mi desarrollo académico al proporcionarme los medios para alcanzar mis objetivos, a mis hermanas **Stephanie Aldana y Pamela Aldana** por brindarme su incondicional apoyo durante toda mi vida.

**A mi compañera y compañero de tesis** con quienes compartí la experiencia del presente trabajo de investigación, el cual nos unió más en amistad, amigos con quienes logramos superar varios obstáculos, resolver diferencias de ideas y con quienes compartí momentos gratos. **A mi asesor de tesis** por dirigir nuestro trabajo de grado, por sus hábiles observaciones y por auxiliarnos durante todo el proceso de investigación. **A mi alma máter, la Universidad de El Salvador** que me brindó los medios para formarme profesionalmente, casa de estudios a la que orgullosamente representaré.

A mis amigas y amigos que mostraron interés en mi proceso de tesis.

**CARLOS ALEXANDER ALDANA MÓNICO.**

## ÍNDICE

RESUMEN.....	I
SIGLAS Y ABREVIATURAS.....	II
INTRODUCCIÓN.....	V

### CAPITULO I

#### GENERALIDADES DEL ARBITRAJE INTERNACIONAL EN MATERIA DE INVERSIONES

1. La evolución histórica de las teorías que ubican al arbitraje de inversiones en el Derecho Internacional Público .....	1
1.1 Antecedentes históricos del arbitraje .....	6
1.1.1 El arbitraje en la antigua Babilonia.....	6
1.1.2 El arbitraje en la antigua Grecia.....	7
1.1.3 El arbitraje en el Imperio Romano.....	8
1.2 Historia del arbitraje en El Salvador .....	8
1.3 Antecedentes históricos del arbitraje internacional en el derecho de inversiones.....	10
1.4 Definición del arbitraje .....	11
1.5 Definición de Arbitraje Internacional .....	12
1.5.1 Características del arbitraje internacional .....	12
1.6 Definición de arbitraje internacional de inversiones .....	14
1.7 Características del arbitraje de inversiones ante Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI) .....	16
1.8. Relación del arbitraje internacional con el Derecho de Inversión .....	17
1.9 Principios aplicables a los procesos arbitrales en El Salvador .....	22

### CAPITULO II

#### REGIMEN JURIDICO DEL ARBITRAJE INTERNACIONAL DE INVERSIONES

2. Inversión extranjera directa y su relación con el arbitraje internacional..	29
--	----

2.1	Régimen jurídico aplicable al derecho de inversión, el arbitraje internacional y el arbitraje por disputas relativas a inversiones en El Salvador.....	32
2.1.1.	Constitución de la República de El Salvador de 1983 .....	32
2.1.2	Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras .....	34
2.1.3	Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional.....	37
2.1.4	Tratado de Libre Comercio entre República Dominicana, Centro América y Estados Unidos de América DR-CAFTA.....	40
2.1.5	Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados.....	46
2.1.6	Convención de la Haya de 1907 para la resolución pacífica de controversias internacionales.....	47
2.1.7	Tratado sobre inversión y comercio de servicios entre Repúblicas de Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras y Nicaragua .....	50
2.1.8	Tratado de Libre Comercio entre la República de China (Taiwán), la República de El Salvador y la República de Honduras .....	51
2.1.9	Tratado de Libre Comercio entre México y Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras y Nicaragua.....	51
2.1.10	Otros tratados bilaterales de inversión o de libre comercio con remisión expresa al arbitraje para solución de controversias ante el CIADI.....	52
2.1.11	Ley modelo de arbitraje internacional de la UNCITRAL.....	55
2.1.11.1	Antecedentes de la Ley Modelo .....	55
2.1.12	Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje .....	56
2.1.13	Ley de Inversiones.....	62

2.1.14	Ley de Servicios Internacionales .....	65
2.1.15	Ley Especial de Asocio Público Privado .....	66
2.1.16	Ley de estabilidad jurídica para las inversiones.....	68
2.1.17.	Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública (LACAP) .....	70

### **CAPITULO III**

#### **ORIGEN Y SITUACION ACTUAL, VENTAJAS Y**

#### **DEVENTAJAS DEL SISTEMA ARBITRAL**

#### **INTERNACIONAL**

3.	Origen y desarrollo.....	72
3.1.	Los Acuerdos de Bretton Woods y el Banco Mundial .....	72
3.1.1	Creación del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI) .....	73
3.2.	Estructura Organizacional del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI) .....	74
3.3.	Requisitos para el sometimiento al proceso arbitral ante el CIADI ...	75
3.4	Estructura procesal arbitral ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencia Relativas a Inversiones. ....	78
3.4.1	Solicitud .....	79
3.4.2	Constitución del Tribunal .....	80
3.4.3	Requisitos de los interventores en el proceso arbitral ante CIADI ....	80
3.4.3.1	Los particulares y los Estados, partes contendientes .....	81
3.4.3.2	Los <i>amicus curiae</i> : intervinientes no contendientes.....	82
3.4.3.3	Los árbitros del CIADI .....	83
3.4.3.4	Representantes de las partes en la contienda arbitral ante CIADI....	84
3.4.4	Laudo arbitral .....	84
3.5.	Consideraciones referidas al jurisdicción arbitral ante el Centro Internacional de Arreglos de Diferencias Relativas a Inversiones ....	85

3.5.1	Ventajas de someterse a jurisdicción arbitral.....	85
3.5.2	Desventajas de someterse a jurisdicción arbitral .....	94
3.6	Francia: Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CIA-CCI) .....	99
3.6.1	Los Países Bajos: Corte Permanente de Arbitraje de la Haya.....	104

#### **CAPITULO IV**

### **CONSECUENCIAS JURÍDICAS ANTE LA ADHESION DE UNA CLAUSULA COMPROMISORIA QUE OBLIGA A EL SALVADOR A SOMETERSE A LA JURISDICCIÓN DEL CIADI**

4.	Acuerdo arbitral.....	108
4.1.	Cláusula compromisoria .....	110
4.1.1	Los elementos de la cláusula compromisoria .....	111
4.1.1.1	Consentimiento estatal manifestado en la cláusula compromisoria como elemento necesario para legitimar la jurisdicción del CIADI..	111
4.1.1.2	La forma de expresar el consentimiento .....	114
4.2	La doctrina del “Arbitraje sin Contrato” (Arbitration Without Privity) y el riesgo de presentación de solicitudes de arbitraje contra la República de El Salvador por terceros no participantes directos de los acuerdos de inversión .....	115
4.3	Mecanismos vigentes de incorporación de cláusulas arbitrales .....	117
4.3.1	Fuentes contractuales de la cláusula compromisoria adherida en un contrato de inversión.....	118
4.3.2	Fuentes legales internas en cláusula compromisoria adherida en la legislación interna del Estado receptor .....	120
4.3.3	Cláusula compromisoria adherida en los Tratados Bilateral de Inversión, los Tratados de Libre Comercio, los Convenios Bilaterales de Inversión, los Tratados de Promoción y de Protección Recíprocos de Inversiones, u otros instrumentos internacionales de inversión.....	121

4.3.4 Compromiso adherido en una declaración unilateral .....	123
4.4 Responsabilidad internacional sobre el incumplimiento de la cláusula compromisoria .....	124
4.5 El estado de necesidad como protección a una ilicitud internacional por incumplimiento .....	125
4.6 Control de constitucionalidad de los tratados bilaterales de inversión.	127
4.7 Análisis de laudos arbitrales más relevantes .....	129
4.7.1 Inceysa Vallisoletana v. República de El Salvador .....	129
4.7.2 Pac Rim Cayman LLC v. República de El Salvador (ARB/09/12) .....	134
4.7.3 Commerce Group Corp. y San Sebastian Gold Mines, Inc. versus República de El Salvador .....	137
4.7.4 Enel Green Power S.p.A. contra la República de El Salvador .....	139
4.7.5 Caso Enrique Rais y El Salvador, amenazas de arbitraje .....	141
4.8 Consecuencias jurídicas y económicas de la adhesión al tratado que contenga la cláusula compromisoria ante el CIADI .....	144
4.8.1 Seguridad jurídica para inversionistas .....	144
4.8.2 Cantidad excesiva de pago de honorarios .....	145
4.8.3 El CIADI y América Latina .....	146
4.8.4 Mayor inversión extranjera .....	147
CONCLUSIONES .....	149
RECOMENDACIONES .....	150
BIBLIOGRAFIA .....	151
ANEXOS .....	165

## RESUMEN

El mecanismo de solución de controversias relativas a inversiones entre un Estado anfitrión de inversiones extranjeras e inversionista de otra nacionalidad es el resultado de una serie de cambios en el proceso de aplicación del arbitraje internacional. En razón de su particularidad con otras instituciones jurídicas, en el presente trabajo de grado se han planteado diversas teorías doctrinarias sobre el arbitraje internacional, las cuales consisten en diferentes posturas que intentan definir e identificar la naturaleza jurídica del arbitraje internacional.

Se analiza una serie de cuerpos normativos que regulan la figura de la inversión extranjera en El Salvador, siendo la más significativa la Ley de Inversiones. No obstante, una serie de acuerdos comerciales firmados y ratificados por El Salvador en su contenido regula y establece mecanismos de solución de controversias ante diferencias en materia de inversiones como el arbitraje. Los principales acuerdos son el CAFTA-DR, el Tratado de Libre Comercio entre México y Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras y Nicaragua y el Tratado sobre inversión y comercio de servicios entre las Repúblicas de Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras y Nicaragua.

La institución reconocida en aplicar los arbitrajes internacionales en materia de inversiones es el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI), por lo que se expone su forma de funcionamiento y de cómo se relaciona con la cláusula arbitral, la cual es una manifestación expresa del consentimiento entre las partes, debiendo cumplir con el principal requisito de forma y validez, debe encontrarse expreso, al momento de la presentación de la solicitud de arbitraje, pudiendo identificar el consentimiento instrumento o documento base del vínculo jurídico.

## SIGLAS

<b>BM</b>	Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (Banco Mundial)
<b>CAFTA-DR</b>	Tratado de Libre Comercio entre República Dominicana, Centro América y Estados Unidos de América
<b>CCE</b>	Cámara de Comercio de Estocolmo
<b>CCI</b>	Cámara de Comercio Internacional
<b>CEL</b>	Comisión Ejecutiva Hidroeléctrica del Río Lempa
<b>CIA</b>	Corte Internacional de Arbitraje
<b>CIAC</b>	Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial
<b>CIADI</b>	Centro Internacional de Arreglo y Diferencias relativas a Inversiones.
<b>CIETAC</b>	Comisión Economía y de Arbitraje Comercial de China
<b>CNUDMI</b>	Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil
<b>CPA</b>	Corte Permanente de Arbitraje de la Haya
<b>CPC</b>	Código de Procedimientos Civiles
<b>CPCM</b>	Código Procesal Civil y Mercantil
<b>CSJ</b>	Corte Suprema de Justicia
<b>FESPAD</b>	Fundación de Estudios para la Aplicación del Derecho
<b>FGR</b>	Fiscalía General de la República
<b>FMI</b>	Fondo Monetario Internacional
<b>FUSADES</b>	Fundación Salvadoreña para el Desarrollo Económico y Social
<b>GOES</b>	Gobierno de El Salvador
<b>HKIAC</b>	Centro Internacional de Arbitraje de Hong Kong

<b>IACCE</b>	Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo
<b>ICCA</b>	Consejo Internacional para el Arbitraje Comercial
<b>LACAP</b>	Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública
<b>LAPP</b>	Ley de Asocio Pública Privado
<b>MIDES</b>	Manejo Integral de Desechos Sólidos, S.E.M de C.V.
<b>NAFTA</b>	Tratado de Libre Comercio para América del Norte
<b>OMC</b>	Organización Mundial de Comercio
<b>ONU</b>	Organización de Naciones Unidas
<b>PROESA</b>	Organismo Promotor de Exportaciones e Inversiones de El Salvador
<b>SIAC</b>	Centro de Arbitraje Internacional de Singapur
<b>TBI</b>	Tratado Bilateral de Inversión
<b>TLC</b>	Tratado de Libre Comercio
<b>TMI</b>	Tratado Multilateral de Inversión

## **ABREVIATURAS**

<b>Art.</b>	Artículo
<b>C.C.</b>	Código Civil
<b>C.Com.</b>	Código de Comercio
<b>Cn.</b>	Constitución
<b>D.E.</b>	Decreto Ejecutivo
<b>D.L.</b>	Decreto Legislativo
<b>D.O.</b>	Diario Oficial
<b>Inc.</b>	Inciso

<b>Ord.</b>	Ordinal
<b>Trad.</b>	Traducción
<b>Vid.</b>	Véase
<b>Vol.</b>	Volumen

## INTRODUCCIÓN

El presente trabajo se origina como consecuencia del arbitraje internacional en materia de inversiones en que el Estado de El Salvador fue demandado por la empresa minera Pac Rim Cayman LLC en 2009 ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), esta situación llamó especial atención respecto a la posición de un Estado que es demandado por un particular, es decir, inversionista extranjero.

Con relación a lo antepuesto, surge el planteamiento del problema, el cual consiste en que, en cuanto a materia de las inversiones, fue indispensable la creación de un ente que resolviera aquellos conflictos de carácter público o privado respecto a las controversias ocasionadas por la relación existente entre un Estado receptor de la inversión y el inversionista.

Como parte de lo anterior, en marzo del año 1965 se crea el Convenio sobre Arreglos de Diferencias Relativas a Inversiones en Estados y Nacionales de Otros Estados, tratado multilateral que fue firmado por la mayoría de los Estados miembros al Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento, es decir el Banco Mundial, siendo esta la casa matriz del CIADI, quien a su vez tiene su sede en Washington, Estados Unidos.

Los motivos que contribuyen para la creación de un centro de solución de controversias son los conflictos entre inversor y Estado receptor y que una de las partes -el inversionista- no está de acuerdo en someter la disputa relativa a inversión a los tribunales internos de aquel Estado receptor, es decir, es evidente la necesidad que se diriman aquellos conflictos ocasionados por incumplimiento de una o varias de las obligaciones pactadas entre inversor y Estado receptor.

Por estas razones, las disputas relativas a inversión se someten ante este ente especializado en materia de inversiones, sin embargo, las consecuencias de que el Estado salvadoreño se someta ante un organismo arbitral le generan una serie de limitaciones, pues es evidente y fácil de reconocer que el Estado de El Salvador es un país en vías de desarrollo y por ello ve bien adherirse a tratados bilaterales de inversión, tratados multilaterales de Inversión y tratados de libre comercio. A parte de adherirse a ellos, refleja una imagen de seguridad jurídica para el inversor, pues precisamente eso persigue dichos tratados.

Algunos de los problemas que surgen son: las controversias o contradicciones que surgen entre un TBI y la ley interna; las actividades fraudulentas de un inversor en el Estado de El Salvador para obtener una concesión; los cambios de nacionalidad de las empresas inversoras para obtener beneficios de un Tratado de Inversión, entre otros.

Los arbitrajes que se han seguido contra El Salvador, en su mayoría, han sido por minería, siendo en el año 2017 aprobada por la Asamblea Legislativa la Ley de Prohibición de Minería Metálica, que a la fecha de realización de este trabajo busca descartar toda práctica minera en el suelo y el subsuelo salvadoreño, en aras de extinguir toda amenaza para el desarrollo sostenible y bienestar de la sociedad salvadoreña, sin embargo, necesita de una efectiva ejecución.

El extenso crecimiento del comercio ha obligado a grandes industrias de sectores de bienes y servicios a internacionalizar sus operaciones a lo largo del globo, y es a raíz de este interés que las inversiones internacionales han desarrollado un notable crecimiento. Sin embargo, los inversionistas deben enfrentarse a coyunturas sociales, económicas y políticas para poder realizar la inversión en El Salvador y no es de obviar que la mayoría de ellos son de

origen estadounidense, un punto a favor por ser de su misma nacionalidad el centro arbitral al que se refiere la presente investigación.

En relación a la protección de la jurisdicción, es importante destacar que, ante el vacío legal en el ordenamiento jurídico salvadoreño, es muy escasa o más bien casi inexistente la jurisprudencia al respecto, por lo que es imprescindible acudir a la jurisprudencia extranjera, especialmente a la de Europa y Asia, en virtud de estar regulada la protección de la jurisdicción hacia un centro arbitral específicamente, que sirve como parámetro y de soporte fundamental para el desarrollo de esta investigación.

En cuanto a propósitos generales de este trabajo de grado, se pretende que sirva para reflejar las ventajas o desventajas sobre el sometimiento al arbitraje de inversiones por parte de El Salvador a centros de solución de controversias de carácter internacional, pero a su vez, se busca descubrir desventajas de que las controversias sean sometidas al CIADI.

Por otra parte, se intenta dejar un legado de estudio en materia de inversiones a los abogados del futuro que deseen obtener una fuente de información sobre la materia.

Entre las hipótesis particulares se plantean: 1) Los centros de solución de conflictos alternos al CIADI, son la mejor opción para que conozcan del proceso arbitral; 2) El cumplimiento de la responsabilidad arbitral internacional de El Salvador, generará consecuencias que desestabilizarán la economía del país salvadoreño; 3) Los Estados centroamericanos que han sometido sus controversias a la jurisdicción del CIADI, en base a los laudos arbitrales canalizados, no han sido favorecidos en su gran mayoría; 4) El sometimiento específico a la jurisdicción del CIADI, genera más desventajas que ventajas.

El tipo de investigación que se ha realizado es en sentido estricto, pues lo que se ha estudiado son normas de derecho positivo. En otras palabras, el tipo de investigación a utilizar es la Jurídica-Dogmática-Formalista.

En primer lugar, definir a la investigación en sentido estricto, consistente en un proceso que se desarrolla desde un punto de vista interno del derecho, esto es aquella que busca respuestas jurídicas, dando cuenta del sentido normativo de su objeto. Debe aclararse sobre el tipo de investigación, pues, se utiliza la dogmática, ya que la misma es esencial en una investigación jurídica, pero a su vez, también se necesita de la hermenéutica.

Las unidades de análisis de la presente investigación son las leyes y los Tratados Internacionales, comprendiendo los siguientes: 1) La Constitución de la República de El Salvador de 1983; 2) Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Convención de New York); 3) Convención Interamericana Sobre Arbitraje Comercial Internacional (Convención de Panamá); 4) El Tratado de Libre Comercio para República Dominicana -Centro América- Estados Unidos (DR-CAFTA), 5) La Ley de Inversiones de El Salvador; 6) La Ley de Asocio Público y Privados y; 7) Las Resoluciones: Laudo arbitral.

La estructura del presente trabajo de grado está constituida en cuatro capítulos que desglosan desde las particularidades generales del arbitraje hasta las consecuencias de la adhesión de una cláusula compromisoria.

En el capítulo uno se desarrollan las generalidades del arbitraje internacional en materia de las inversiones, su evolución a lo largo de la historia y las teorías que han permitido estudiar el sistema arbitral, bases que, apalancaron a utilizar este medio alternativo de solución de controversias a nivel internacional, que,

en su mayoría, ha sido aceptado por los Estados para solución de disputas en materia de inversiones, permitiendo que el derecho internacional público adopte este mecanismo.

El capítulo dos comprende un estudio sobre el régimen jurídico interno de El Salvador relativo al arbitraje internacional de inversiones, partiendo de su reconocimiento en la Constitución de la República, las leyes internas y los instrumentos internacionales, peculiarmente la Convención de Washington la cual crea el Centro Internacional de Solución de Controversias Relativas a Inversiones -CIADI-.

En el capítulo tres se desarrolla lo relativo al origen y situación actual, ventajas y desventajas del arbitraje internacional, inicialmente con la génesis del arbitraje internacional y su separación con el arbitraje doméstico y comercial. Este capítulo también comprende la evolución del arbitraje internacional y de cómo los diferentes organismos internacionales lo han venido adoptando como un mecanismo de solución de conflictos en los últimos años. Y finalmente, se enuncian y exponen las ventajas y desventajas de someter una controversia a este mecanismo objeto de estudio.

El capítulo cuatro desarrolla las consecuencias de la adhesión a las cláusulas compromisorias con el objeto de dirimir diferencias relativas a inversiones ante el CIADI, en ese contexto, se analiza a la vez, la responsabilidad internacional que repercute para un Estado no cumplir con la referida, asimismo, se plantean las diversas consecuencias que se derivan por someter las controversias ante CIADI en lo económico, político y seguridad jurídica.

# CAPÍTULO I

## GENERALIDADES DEL ARBITRAJE INTERNACIONAL EN MATERIA DE INVERSIONES

El propósito del presente capítulo es desarrollar las generalidades y evolución histórica del arbitraje como institución, su inicio en las primeras instituciones jurídicas básicas, su adaptación en la actualidad y las variaciones según las necesidades; asimismo las características y principios aplicables al arbitraje internacional del derecho de inversiones.

### **1. La evolución histórica de las teorías que ubican al arbitraje de inversiones en el Derecho Internacional Público**

El arbitraje es una de las formas de heterocomposición más utilizadas a nivel internacional, sobre todo en materia comercial y de inversiones.<sup>1</sup> Pareciera ser una definición más simple, sin embargo, la figura del árbitro se destaca por cumplir exactamente las funciones que menciona la doctrina mexicana.<sup>2</sup> La clasificación del arbitraje, puede ser de derecho y a equidad o alguna especialidad, como se explica más adelante.<sup>3</sup>

La voluntariedad depende de las partes que deseen acudir al proceso arbitral, ya que como se estudia más adelante, es uno de los requisitos que las partes involucradas otorguen su consentimiento.<sup>4</sup> Es decir que si una de las partes

---

<sup>1</sup> Adolfo Alvarado Velloso, *Lecciones de Derecho Procesal Civil*, (Investigaciones Jurídicas, Costa Rica: 2010), 271.

<sup>2</sup> Pedro Zamora, *Arbitraje en instituciones financieras*, (editorial Oxford, México: 2002), 1.

<sup>3</sup> Centro de Comercio Internacional, "Arbitraje y solución alternativa de controversias: El Caso de Costa Rica" (Centro de Comercio Internacional, Costa Rica: 2005), 54.

<sup>4</sup> José María Ascencio Mellado, *Derecho procesal civil*, (Tirant lo Blanch, Valencia: 2010), 489.

no está de acuerdo en someterse a una jurisdicción arbitral, el proceso arbitral no puede llevarse a cabo.<sup>5</sup>

Es importante mencionar que algunos autores han realizado estudios sobre la definición y la naturaleza del arbitraje en materia de inversiones, quienes coinciden que el laudo se define como aquella institución jurídica por la que dos o más personas delimitan una controversia en específico, que existente entre ellas, a fin que sea solucionada conforme a un procedimiento legalmente establecido, por un tercero o terceros (los árbitros), los cuales son designados voluntariamente por medio de un compromiso arbitral previo, acorde a derecho o a equidad.<sup>6</sup>

La naturaleza jurídica del arbitraje internacional constituye un problema de gran volumen entre los sujetos que se vinculan como parte de esta jurisdicción especial y, es en virtud de ello que existen diversas teorías sobre la naturaleza del arbitraje de inversiones.<sup>7</sup> Las teorías son las siguientes:

La teoría privatista o contractualista: sostiene que el arbitraje es equiparable a un contrato privado, como una manifestación más de la soberanía y poder de disposición de las partes sobre sus relaciones jurídicas; pues se dice que, así como es privado el negocio jurídico del que los árbitros derivan sus facultades, así es exclusiva su función y son de derecho privado las relaciones que se engendran entre ellos y las partes. Del mismo modo, lo es el laudo que dictan.

---

<sup>5</sup> Juan Montero Aroca et al., *Derecho Jurisdiccional II: Proceso Civil*, 18ª ed. (Tirant lo Blanch Valencia: 2010), 885.

<sup>6</sup> Jessica Carolina Cruz Martínez y Evelyn Yanira Trejo Jurado, "El Arbitraje Comercial Internacional en relación con la Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje de El Salvador; la Convención sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, y la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional"\_(Tesis\_de\_Grado, Universidad de El Salvador, 2007), 79.

<sup>7</sup> Pablo Rey Vallejo, "El arbitraje y los ordenamientos jurídicos en Latinoamérica: Un estudio sobre formalización y judicialización", *Revista Javeriana*, n. 126 (2013): 203.

Se entiende -según esta teoría- que aquel que nombra árbitros y delimita sus competencias, obra en interés personal o privado, por lo tanto, las funciones de los árbitros son funciones privadas. La teoría jurisdiccional o procesal: consiste en la ponderación del elemento jurisdiccional al arbitraje y lo fundamenta en el carácter que desempeña el árbitro al equiparar su función decisoria como al de un juez ordinario. Entre los elementos que sustenta esta teoría, es el de los rasgos similares entre la sentencia y el laudo, al señalar que el ejercicio de la jurisdicción dentro del proceso arbitral deviene de una ley.

Se sostiene que en esencia el arbitraje se encuentra en la identidad de fondo de la función jurisdiccional otorgada a los tribunales, instituida por la ley de modo excepcional a los jueces privados, es decir, los árbitros. En ese sentido, se menciona que, el juicio arbitral no sucede únicamente como resultado del acuerdo de las voluntades de las partes y esto es posible debido a que su realización se deriva de la facultad proveniente de la ley que encomiende al árbitro de dirimir una controversia, dando como resultado un laudo arbitral que posee la característica de cosa juzgada, equivalente a como sucede con una sentencia firme, lo cual, abre las puertas a que sea sometido a nulidad.<sup>8</sup>

La teoría intermedia o la sincrética. Con el propósito de armonizar las teorías anteriores, se han alzado opiniones con respecto a la jurisdicción del árbitro que señalan que, si por una parte, se justifica negar la jurisdicción de los árbitros al ser consecuencia de un acuerdo acaecido de un negocio privado y, por otra parte, se rechaza la posibilidad de asimilarla al de los organismos del Estado, en consecuencia, se establece una estructura *sui generis*, que en la técnica se denomina jurisdicción convencional.

---

<sup>8</sup> Manuel Serra Domínguez, *Estudio de derecho procesal*, (Ariel, Barcelona: 1969), 580.

El arbitraje se constituye en algo más que un puro contrato para configurarlo en una verdadera jurisdicción. El contrato de arbitraje genera, en virtud de la autonomía de la voluntad de las partes, una jurisdicción privada, aunque sometida a efectos de legalidad del control de jueces y tribunales.<sup>9</sup>

Al relacionar lo anterior y con los razonamientos que se han realizado, se debe recordar que el tema de investigación se enfoca a inversiones extranjeras y disputas que surgen de las mismas, las cuales son sometidas posteriormente a arbitraje.

En ese sentido, existen posiciones que explican que la inversión extranjera está ligada al derecho internacional público al tener que respetarse las decisiones tomadas por la comunidad internacional y por la imposibilidad de que un Estado ejerza su poder de imperio.<sup>10</sup>

Es preciso mencionar que el derecho internacional de las inversiones participa de los presupuestos fundamentales del derecho internacional público, es así como la subjetividad de tal rama del derecho se ha ampliado notablemente a lo largo de las últimas décadas, esto es, la condición de sujeto de derechos u obligaciones que emanan del derecho internacional público.

De la concepción más restrictiva que prácticamente admitía como único sujeto de derecho internacional al Estado, progresivamente, la categoría se ha ido ampliando para admitir a las organizaciones internacionales. En este caso, las empresas transnacionales ven reconocida una subjetividad internacional que les permite actuar junto a los demás sujetos, en el plano de las relaciones internacionales, como titulares de derechos y obligaciones.

---

<sup>9</sup> Jurado, "El Arbitraje Comercial", 79.

<sup>10</sup> José Antonio Pastor Ridruejo, *Derecho Internacional e Ideologías Políticas* (Publicaciones y divulgación científica de la Universidad de Málaga, España: 2015), 59.

En cuanto a materia de inversiones, el derecho internacional de las inversiones participa de presupuestos fundamentales del derecho internacional público. El derecho internacional de las inversiones nace de las fuentes del derecho internacional público como: los tratados y los principios generales; también implica a sujetos internacionales y emplea los mecanismos de solución de controversias frecuentemente utilizados en el derecho internacional público como la negociación, la conciliación y el arbitraje.<sup>11</sup>

En ese sentido, como anteriormente se han mencionado las características *sui generis* y *autonomía*, de ellas surge la siguiente teoría que es considerada más amplia que las anteriores y que permite ubicar al arbitraje de inversiones en la naturaleza pública o internacional pública, haciendo referencia a:

La visión *sui generis* o teoría de la autonomía, la cual alude a una de las más recientes visiones sobre la materia, atribuida a Rubellin-Devichi, quien asegura que el arbitraje tiene un carácter autónomo, que evoluciona bajo un régimen emancipado. De acuerdo con esta postura, la naturaleza del arbitraje debe ser determinada de hecho y de derecho, atendiendo a su práctica y finalidades, por ello, el arbitraje de inversiones no puede clasificarse como eminentemente contractual o jurisdiccional, ni siquiera como una institución con carácter mixto, debido a su característica particular de ser dinámico, retomando durante su desarrollo diferentes elementos que puedan transformar el proceso arbitral, dependiendo su materia o área.

En ese sentido, esta postura propugna por un reconocimiento en el arbitraje, en razón a lo que en él se hace, así como a lo que apunta a cómo y por qué funciona de la manera en que lo hace. En esta perspectiva, se reconoce que

---

<sup>11</sup> Luis García Corrochano Moyano, "La solución de controversias en el Derecho Internacional de las Inversiones" *Revista PUCP*, n. 51 (2009): 208.

las normas aplicables al arbitraje se han ido desarrollando para permitir su adecuado funcionamiento.

En consecuencia, la teoría *sui generis* se evidencia particularmente en el arbitraje internacional de inversiones, en el cual, los rasgos tradicionales del arbitraje cambian, incluso en comparación al arbitraje comercial internacional, pues los elementos característicos del arbitraje de las inversiones son que la oferta general de arbitraje deviene de un tratado interestatal recíproco, con la finalidad de beneficiar a particulares (inversionistas) otorgándoles facultades, o mejor dicho, igualdad de condiciones frente a un Estado en un arbitraje, específicamente, de inversiones; esto último es el meollo de la teoría.

## **1.1 Antecedentes históricos del arbitraje**

El arbitraje no es una herramienta jurídica reciente, incluso se habla de él en las sagradas escrituras, así, ha evolucionado a gran escala, siendo que, en el arbitraje de las inversiones, un Estado no tiene mayor ventaja frente a un particular, sino que se encuentran en igualdad de condiciones. En ese sentido, se hacen breves relaciones a sus antecedentes históricos como los siguientes:

### **1.1.1 El arbitraje en la antigua Babilonia**

El arbitraje representa, considerablemente, parte de la contribución social de diferentes culturas para solucionar las controversias derivadas entre las partes, teniendo trascendente importancia en la historia; de acuerdo con lo dispuesto por la doctrina alemana, “*el arbitraje data de un tercio de milenio a.C, aproximadamente en los primeros cuatro siglos del segundo milenio a.C, durante el periodo del antiguo imperio babilónico*”.<sup>12</sup>

---

<sup>12</sup> Guido Pfeifer, *Judicial Authority in backlit Perspective: Judges in the Old Babylonian Period*, (Forum Historiae Iuris, Alemania: 2010), <http://www.forhisiur.de/zitat/1103pfeifer.html>.

Existen diferentes interpretaciones con respecto a la obligatoriedad de las decisiones del árbitro babilónico, la primera, consiste en que la decisión sobre una disputa no representaba una resolución obligatoria, sino más bien una sugerencia de cómo se debe resolver la disputa. Sin embargo, la decisión tenía únicamente fuerza de ejecución si las partes de mutuo acuerdo se sometían a un pacto, muy similar a la cláusula arbitral, por otro lado, la misma tenía un carácter autoritario y completamente obligatorio.<sup>13</sup>

### **1.1.2 El arbitraje en la antigua Grecia**

De acuerdo a la mitología griega, la molestia de la diosa Eris devino en un banquete organizado por el dios Zeus, a causa de la discordia entre las diosas Hera, Atenea y Afrodita por poseer una manzana de oro, que contenía la emblemática frase “para la más bella” por lo que el dios Zeus decidió designar un juez para resolver la discusión, eligiendo al príncipe de Troya Paris, quien fue el responsable de dar solución a la polémica.<sup>14</sup>

La doctrina mexicana atribuye el origen y representación del arbitraje en la mitología griega mediante el juicio de París.<sup>15</sup> En ese sentido, los mecanismos de resolución de controversias históricamente representados en la mitología griega han tenido un carácter privado, el arbitraje surge en la cultura griega hacia el año 520 antes de Cristo por medio de consejos de la confederación de pueblos y ciudades de la órbita de influencia política y militar de Atenas, denominado arbitraje de la Anfictonía (Confederación política y religiosa de las antiguas ciudades griegas, para asuntos de interés general. La más popular

---

<sup>13</sup> Pfeifer, *Judicial Authority*.

<sup>14</sup> Assela Alamillo Sanz, “El juicio de París. Conferencia XI Seminario de Arqueología Clásica” (Universidad Complutense de Madrid, España: 2003), 2.

<sup>15</sup> Francesco Zappalá, “Universalismo Histórico del Arbitraje” (Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México, Distrito Federal de México: 2010) 199.

fue la délfica, compuesta por doce ciudades). Una de las funciones de la confederación del arbitraje de la Anfictonía, era la de resolver los conflictos entre distintos grupos étnicos por parte de los doce ancianos representantes de las diferentes tribus. Al mismo tiempo, otra de las organizaciones que conformaron parte de la cultura griega fueron los cuarenta y cuatro grandes patriarcas quienes juzgaban pequeñas disputas criminales y las disputas públicas; por lo tanto, se puede apreciar la existencia de los primeros arbitrajes interestatales.<sup>16</sup>

### **1.1.3 El arbitraje en el Imperio Romano**

En la época clásica, en el Imperio Romano, el compromiso arbitral tiene su reconocimiento en la Ley de las XII Tablas<sup>17</sup>, como pacto necesario para la celebración de un arbitraje entre los particulares privados para resolver sus conflictos derivados en sus negocios. El compromiso arbitral consistía en un pacto informal llamado *compromissum* el cual era celebrado por las partes obligadas, acordando someter sus controversias a uno o varios árbitros; sin embargo, este pacto por sí mismo no tenía ningún tipo de fuerza de ejecución, en virtud de ello, era necesario el otorgarle eficacia al pacto, por medio del acuerdo de pago en una cantidad de dinero en caso de incumplimiento a la decisión tomada por el árbitro.<sup>18</sup>

### **1.2 Historia del arbitraje en El Salvador**

En su historia, no ha existido un verdadero desarrollo de la figura del arbitraje, así como de los otros medios alternos de resolución de controversias, a pesar

---

<sup>16</sup> Zappalá, “Universalismo Histórico”, 199.

<sup>17</sup> Fue un texto legal que contenía normas para regular la convivencia del pueblo romano.

<sup>18</sup> Ana Inés Ovalle Faundez, “El Arbitraje por compromiso en el Derecho Romano”, *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, n. 17 (1996): 1-2.

de haber estado contemplado dentro del derecho procesal común por más de cien años, son pocas las personas que han hecho uso de esta útil herramienta para solucionar sus conflictos de forma ágil y expedita como lo es el arbitraje. En un intento por promover su utilización, en el año dos mil dos se crea la “Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje”.<sup>19</sup>

Los principales objetivos de la Ley Mediación, Conciliación y Arbitraje fueron modernizar los procesos existentes de acuerdo con las normas internacionales y propiciar el desenvolvimiento, en espera de crear un clima óptimo para el desarrollo y atraer inversión extranjera. Para ello, era ineludible promover métodos alternos de solución de conflictos que fueran eficaces y otorgasen seguridad jurídica a los inversionistas. Ésto es un avance en torno a la modernización, ya que con ella se obtiene una herramienta para la solución de conflictos alternos a la jurisdicción ordinaria, tanto para litigios privados y públicos, sin embargo, este esfuerzo requiere de la existencia de instituciones de promotoras para la solución de los conflictos alternos y cumplir el espíritu posmodernista de la ley.

El artículo 23 de la Constitución de la República de El Salvador, fundamenta la institución del arbitraje, cuando menciona que “*ninguna persona que posea la libre administración de sus bienes puede ser privada del derecho de terminar sus asuntos civiles o comerciales por transacción o arbitramento*”. De este precepto legal se desprende el constante apoyo e incentivo que ha recibido la institución del arbitraje en El Salvador en los últimos años por parte de diversos sectores interesados y por el propio Estado salvadoreño. Previo a la ley en comento, el proceso arbitral se regulaba en el Código de Procedimientos

---

<sup>19</sup> Ley de Mediación Conciliación y Arbitraje (El Salvador, Asamblea Legislativa de El Salvador, 2002).

Civiles, el Código de Comercio y en la Ley de Procedimientos Mercantiles; sin embargo, es a partir del año dos mil dos que se promueven mecanismos alternos con el objetivo de descongestionar la carga laboral de la jurisdicción ordinaria e iniciar una cultura arbitral. No obstante, al haberse incorporado la figura del arbitraje, ésta no obtuvo el impacto esperado en la sociedad civil como una útil, confiable y alterna vía de solución de controversias, debido al desconocimiento y por ende desconfianza en el proceso arbitral, pues existen escasos procesos sometidos y resueltos por dicho mecanismo, debido especialmente a que el arbitraje estaba regulado de forma tal que la intervención judicial era necesaria, desde el nombramiento y juramentación de los árbitros hasta la ejecución del laudo arbitral, lo que provocaba tantas dilaciones, resultando el procedimiento judicial ordinario más expedito.

En contraste a lo antepuesto, *“existe un sentimiento generalizado de que el arbitraje no es una vía que ofrezca verdaderas ventajas y la seguridad a los ciudadanos. El arbitraje institucional no ha rendido los frutos que se esperaba; de ahí se desprende también la escasa utilización del arbitraje ad-hoc, que por falta de una verdadera promoción de la figura y por todas las dificultades que se han vivido en torno a los casos sometidos al laudo, no se logra consolidarlo como una vía conveniente, sino que los ciudadanos prefieren renunciar a sus ventajas y seguir acudiendo a la justicia ordinaria”*.<sup>20</sup>

### **1.3 Antecedentes históricos del arbitraje internacional en el derecho de inversiones**

El arbitraje internacional tiene su verdadero origen en el Tratado de Jay, también conocido como el Tratado de Londres del año 1794 entre los Estados

---

<sup>20</sup> Fundación Salvadoreña para El Desarrollo Económico y Social, “Aspectos prácticos del Arbitraje en El Salvador”, *Boletín de estudios legales No. 51*, marzo del año 2005, 3. [http://biblioteca.utec.edu.sv/siab/virtual/estudios\\_legales\\_fusades/fel\\_51.pdf](http://biblioteca.utec.edu.sv/siab/virtual/estudios_legales_fusades/fel_51.pdf)

Unidos de América y Gran Bretaña inmediatamente de finalizada la guerra de independencia; este tiene su comienzo con el viaje de John Jay a Gran Bretaña para resolver trascendentes problemas con respecto al establecimiento de deuda, los acuerdos comerciales y el comercio de pieles,<sup>21</sup> tal documento consistía en un tratado de amistad-comercio, pero, sobre todo, resolutivo, al constituir comisiones mixtas formadas por miembros de los Estados parte, constituidas con el fin de arreglar aquellas disputas derivadas de la guerra de independencia que no fueren posible de solucionarse en instancias ordinarias.

Un significativo acuerdo fue el Tratado de Washington del año 1871 en el cual Estados Unidos de América y el Reino Unido acordaron someter a arbitraje una demanda presentada por los Estados Unidos por supuesta violación de neutralidad, por medio de este tratado se conforma un tribunal internacional por medio del cual se dirimió el conflicto, siendo condenado el Reino Unido y obligado a indemnizar por los daños ocasionados.

En el año 1959 se suscribe el primer tratado de protección de inversionistas extranjeros, entre Alemania y Pakistán; este tratado reflejó la amistad entre ambas naciones el cual constituía un mecanismo de protección al inversionista y a la inversión extranjera, especialmente en países en vías de desarrollo.

#### **1.4 Definición del arbitraje**

Para iniciar, se define en qué consiste el arbitraje en su versión general, con una de las definiciones más comunes, para luego, partir paulatinamente hacia la comprensión de lo qué es y en qué consiste el arbitraje internacional en

---

<sup>21</sup> El arbitraje internacional, es un mecanismo resolutivo de conflictos que al igual que varias figuras jurídicas tradicionales, tiene su origen en la antigua Roma, durante la época clásica, en la cual, consistía en una herramienta para separar la autoridad judicial de conocer sobre conflictos de particulares.

materia de inversiones. Se entiende por arbitraje: el medio de solución de las controversias mediante el cual las partes en conflicto acuerdan someterse ante un tribunal arbitral, compuesto por uno o más árbitros, para la solución de su conflicto, mediante una decisión (laudo) vinculante, que resuelve en forma definitiva.<sup>22</sup>

De lo anterior, se determina que, el arbitraje consiste en una forma alternativa de resolución de disputas legales, para lo cual no se requiere recurrir ante tribunales nacionales. El arbitraje es un proceso consensual, es decir, los efectos del arbitraje solo surtirán entre las partes que acordaron someterse al mismo, ya sea en una cláusula arbitral, compromiso arbitral, o, mediante pacto arbitral.

### **1.5 Definición de Arbitraje Internacional**

Se debe destacar que no existe una definición concreta sobre lo que es el arbitraje en su fase internacional, pero si existen características que convierte un arbitraje a internacional. Pues se entiende al arbitraje en su fase general como: *“Un proceso jurisdiccional especial, encomendado transitoriamente a particulares, al que se llega por acuerdo previo de las partes o en el momento en que surja una controversia, quienes decidirán si la solución se hace en derecho o en equidad”*.<sup>23</sup>

#### **1.5.1 Características del arbitraje internacional**

Algunos de los rasgos encontrados sobre el arbitraje que le dan naturaleza internacional, son variados, pues debe decirse que predomina el arbitraje

---

<sup>22</sup> Centro de Comercio Internacional CCI, “Arbitraje y solución alternativa de controversias”, (Edición especial, Suiza, 2005), 141.

<sup>23</sup> Jesús María Sanguino Sánchez, “El Arbitraje Internacional”, *Revista Criterio Jurídico*, n. 1 (2001): 171.

comercial internacional, por lo que se retoman algunas de ellos en el sentido de entender las características diferenciales para un arbitraje internacional.<sup>24</sup>

a) Que el contrato mercantil sea de carácter internacional. El arbitraje sería aplicable para resolver las controversias surgidas del intercambio de bienes, de servicios, las transferencias de tecnologías, entre otros, siempre y cuando vinculen contratistas de países diferentes.

En consecuencia, se destacan los siguientes elementos: 1) cuando las partes tienen su domicilio en Estados diferentes; 2) que el cumplimiento del contrato se encuentre situado fuera del Estado en el cual las partes tienen su domicilio y, 3) cuando la controversia afecta directa e inequívocamente los intereses del comercio internacional;

b) Que la solución de la controversia esté gobernada por dos o más sistemas jurídicos de Estados soberanos e independientes, sin que exista una regla que señale la preferencia de un sistema del otro para resolver la controversia;

c) La inexistencia de normas unívocas que permitan resolver la controversia originada en un contrato mercantil internacional, que las partes contratantes acojan las reglas jurídicas sustanciales y, se establezcan los procedimientos que se deben aplicar al caso controvertido;

d) En el arbitraje mercantil internacional o arbitraje comercial internacional, se renuncia al principio de territorialidad de la ley, esto se emplea cuando se enfrentan los problemas de carácter internacional respecto de las personas, los bienes o contratos mercantiles que se encuentren regulados por diferentes ordenamientos jurídicos de Estados autónomos e independientes;

---

<sup>24</sup> Sánchez, "El Arbitraje Internacional", 171.

e) Que la sede del tribunal se encuentre fuera del Estado en el que las partes tienen su domicilio;

f) Cuando el asunto del pacto arbitral vincule intereses de más de un Estado;

g) El laudo ejecutable: Las resoluciones arbitrales o laudos son ejecutables más fácilmente y en más jurisdicciones que las sentencias de los tribunales nacionales gracias, principalmente, al Convenio de Nueva York del año 1958, un tratado multilateral sobre el reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros ratificado por más de 145 países -no aplicable para el arbitraje de inversiones-;<sup>25</sup>

h) El foro neutral: Una de las partes a menudo preferirá no someterse a los tribunales nacionales de la otra parte. El arbitraje internacional permite resolver una controversia en un foro neutral;

i) La flexibilidad procesal: Los reglamentos de arbitraje son más eficientes, flexibles y menos complejos que la mayoría de las reglas de procedimiento civil nacionales, lo que hace que aquéllos se adapten mejor a controversias en que concurren partes de diferentes jurisdicciones.<sup>26</sup>

## **1.6 Definición de arbitraje internacional de inversiones**

Se debe destacar que es una labor muy importante entender qué significa el concepto de inversión, pues varía según la diversidad de tratados que versan sobre tal materia.

---

<sup>25</sup> Véase el Capítulo II de la presente investigación.

<sup>26</sup> Latham & Watkins, "*Guía del Arbitraje Internacional: La práctica de Arbitraje Internacional*", (Latham & Watkins LLP, Delaware: 2015), 4.

En términos generales parecería lógico pensar que la definición de inversión la establece la Convención de Washington, pero no es así, la Convención no define qué es inversión, por dos motivos: 1) En el seno de los grupos de trabajo que discutieron el texto de la convención no acordaron qué era inversión y; 2) Se prefirió que cada Estado optara por establecer su propia definición, entre algunas de las diferencias a someterse y por ende definir qué es inversión.<sup>27</sup>

Del último punto se desprende que la definición de inversión se encuentra en los tratados bilaterales de inversión, pues el tipo de inversión a realizar varía según los intereses de los Estados firmantes de un tratado; de esta manera es como El Salvador ha suscrito el Tratado de Libre Comercio entre la República Dominicana, Centroamérica y los Estados Unidos de Norte América, conocido como DR-CAFTA<sup>28</sup>, definiendo éste lo que se entenderá por inversión.<sup>29</sup> En relación a lo anterior, se encuentra la Carta de Organización de las Naciones Unidas que en el artículo 33 establece al arbitraje como un medio ideal para la solución de disputas entre Estado receptor e inversionista.<sup>30</sup>

La doctrina venezolana menciona que “*el arbitraje internacional de inversiones es un mecanismo de solución de controversias legales relativas a inversiones entre el Estado anfitrión y un inversionista de otra nacionalidad*”.<sup>31</sup> Lo anterior supone, según el autor, que este arbitraje es un medio para disputas solo de naturaleza legal, es decir que los conflictos deben recaer sobre intereses y derechos, en ningún momento para disputas de naturaleza técnica, como por

---

<sup>27</sup> Jonathan Hamilton, *et. al.*, “Impacto de la Convención del CIADI en América Latina, Cámara de Comercio de Lima, Perú; 6 y 7 de octubre de 2015, <https://bit.ly/2PXba7U>.”

<sup>28</sup> Tratado de Libre Comercio entre República Dominicana, Centroamérica y Estados Unidos de América, (El Salvador, Asamblea Legislativa de El Salvador, 2004).

<sup>29</sup> *Ibíd.*, Art. 10.28.

<sup>30</sup> Carta de las Naciones Unidas (Organización de las Naciones Unidas, New York, 1945).

<sup>31</sup> Omar García Bolívar, “Nociones Básicas del Arbitraje Internacional de Inversiones” *Studylib*, acceso el 25 de agosto de 2017, <https://bit.ly/2N8mvU6>

ejemplo, en materia de construcción, disputas relativas a las dimensiones de una tubería. De la misma forma, el arbitraje debe ser rigurosamente sobre inversiones y no sobre contenidos de comercio o de cualquier otra índole no jurídica, además, la disputa que se trata debe recaer entre un Estado y un extranjero, no entre el Estado y sus nacionales.

El arbitraje inversor-Estado ha consistido en un mecanismo de solución de controversias que, particularmente a Estados con tendencia normativa civilista le ha sido difícil de acoger con el tiempo.

La doctrina mexicana incluso señala un “choque de tradiciones”, menciona que: *“Los países latinoamericanos se rigen por un sistema de tradición civilista y la mayoría, involucra un sistema de legislación por reglas. Lo anterior implica que, en general está compuesto por reglas y no por estándares. Las autoridades estatales están acostumbradas a saber cuáles son sus facultades y poderes, así como su alcance, mediante la revisión de cuerpos legislativos que detallan cómo hacerlo. Saben que, si se siguen las mencionadas reglas, su conducta no será tildada de inválida (o inconstitucionalidad)”*.<sup>32</sup>

### **1.7 Características del arbitraje de inversiones ante Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI)**

El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones es la institución líder a nivel mundial dedicada al arreglo de diferencias relativas a inversiones internacionales. Está disponible como la institución administradora de controversias entre nacional de un Estado (inversionista) y Estado receptor de la inversión. También puede actuar como registro administrativo de tratados

---

<sup>32</sup> Sonia Rodríguez Jiménez y Herfried Woss, *Arbitraje en Materia de Inversiones: Estándares en Arbitraje de Inversión ¿Choque de Tradiciones?* (UNAM, México: 2010), 55.

de inversión y tratados de libre comercio. Se encuentra en condiciones únicas de desempeñar este rol gracias a diversas características especiales:

a) Cada caso es considerado por una comisión de conciliación o un tribunal de arbitraje independiente, que puede pronunciarse respecto de las cuestiones procesales y resolver la diferencia entre las partes;

b) El proceso del CIADI está específicamente diseñado para tener en cuenta las características particulares de las diferencias relativas a las inversiones internacionales, manteniendo un cuidadoso equilibrio entre los intereses de inversionistas y Estados receptores;

c) Todo laudo dictado en virtud del convenio del CIADI es susceptible de ejecución<sup>33</sup> como si se tratara de una sentencia definitiva de los tribunales de justicia en cualquier Estado miembro del CIADI.<sup>34</sup>

### **1.8. Relación del arbitraje internacional con el Derecho de Inversión**

La relación entre estos dos aspectos nace con un carácter histórico, pues cuando se trata de desarrollar o promover la inversión extranjera, los intereses de inversionistas y Estados receptores -característica de internacionalización- son diferentes.

Para el inversionista, la inversión es una manera de maximizar las ganancias, expandir los mercados, consolidar alianzas estratégicas, desarrollar etapas del proceso productivo o cualquier otra índole empresarial; por otro lado, para el Estado receptor, representa fondos útiles para financiar el desarrollo. En otras

---

<sup>33</sup> Véase artículo 34.1 Convenio CIADI.

<sup>34</sup> Véase anexos.

palabras, para el Estado receptor de la inversión, la inversión extranjera no es más que una forma de financiamiento del desarrollo, crecimiento económico, obtener tecnología de avanzada, activar el aparato productivo, crear empleos, disminuir la pobreza, entre otros.<sup>35</sup>

Los Estados han utilizado instrumentos jurídicos tales como la Carta de los Derechos y Deberes Económicos de los Estados, postulada por las Naciones Unidas y la doctrina Calvo.<sup>36</sup> Hasta 1959, las relaciones entre los inversionistas extranjeros se regían única y exclusivamente por el derecho internacional público, donde ante algún maltrato al inversionista extranjero por parte del Estado anfitrión, el inversionista tenía dos opciones: la primera, demandar al Estado ante los tribunales locales. Ante esa opción el argumento ha sido, entre otros, que la protección otorgada por el derecho local no es suficiente; pues el Estado, en ejercicio de la soberanía, podría modificar o eliminar esa protección sin mayor limitación.

La segunda opción disponible al inversionista extranjero era solicitar al Estado de su nacionalidad la protección diplomática, por lo tanto, el Estado de su nacionalidad y el anfitrión, podían negociar y eventualmente encontrarse como partes de una acción ante la Corte Internacional de Justicia o su antecesora, la Corte Permanente Internacional de Justicia.

En 1959 se suscribió el primer tratado de protección de inversiones extranjeras entre Alemania y Pakistán. Ese tratado era una evolución de los tratados de amistad, el comercio y la navegación y aunque no contenía muchas de las

---

<sup>35</sup> Esto se traduce a las diferencias de intereses que existen, y es lo que provoca las disputas para las cuales se han empleado diferentes instrumentos legales, algunos a nivel de doctrinas o teorías, otros a nivel de textos legales

<sup>36</sup> Según la cual, los inversionistas han usado doctrinas tales como la de Responsabilidad de los Estados por Lesiones a los Extranjeros, y fórmulas de compensación total y a valor de mercado en casos de expropiaciones directas o indirectas.

protecciones que hoy en día se observan en los tratados en cuestión, tal tratado creó el paradigma de lo que después se convertiría en un sistema integrado de protección al inversionista y a la inversión extranjera.

Al mismo tiempo y bajo los auspicios del Banco Mundial, se suscribió en el año 1966 la Convención que creó el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI)<sup>37</sup>, por lo tanto, en virtud de esta y cumplidas ciertas condiciones, pueden dilucidarse las disputas legales de inversiones que se susciten entre el inversionista extranjero y el Estado anfitrión.

De esta manera, surgieron mecanismos para solucionar disputas entre un Estado contratante a la Convención e inversionista de otro Estado contratante, los mismos son: la conciliación o arbitraje. Ese mecanismo permaneció silente por décadas, hasta que en los años noventa comenzó a ser utilizado por los inversionistas. A partir de esos años se comenzaron a presentar, en promedio, cerca de 2 casos por año, esto ha evolucionado, presentándose alrededor de 6 casos por mes.

Una de las razones que motivó el surgimiento de los TBI en donde se extendía la protección a los inversionistas extranjeros a distintos supuestos de hecho y se les daba la posibilidad de demandar directamente al Estado anfitrión ante un tribunal arbitral internacional, fue el resultado del caso *Barcelona Traction* ventilado ante la Corte Internacional de Justicia.<sup>38</sup>

En el caso en mención, la Corte indicó que el derecho internacional reconoce la existencia de la entidad corporativa como un asunto del derecho local

---

<sup>37</sup> También conocida como la Convención de Washington.

<sup>38</sup> Corte Internacional de Justicia, "Affaire de la Barcelona Traction, light and Power Company, Limited" (Corte Internacional de Justicia, La Haya: 1970), 7.

ocasionado por la realidad económica y, determinó que Bélgica no podía proteger a una compañía en una acción en contra de España ante la Corte. La decisión se basó en que, bajo el derecho internacional consuetudinario, una compañía puede reclamar la protección del Estado en el cual está registrada pero no la protección del Estado del cual los accionistas son ciudadanos. Sin embargo, en ese caso, Canadá rechazó otorgar protección diplomática porque para ellos no era suficiente el registro de la compañía en Canadá, sino que además era necesario que la compañía hubiera generado un beneficio económico sustancial o hubiera tenido algún interés económico de carácter sustancial.

La solución encontrada para evitar que las decisiones similares a *Barcelona Traction*<sup>39</sup> evitaran protección internacional a la subsidiaria de un inversionista extranjero, fue incluir disposiciones expresas en los TBI, según las cuales, las subsidiarias de un inversionista extranjero tendrían la nacionalidad del inversor extranjero, independientemente del lugar de registro de la subsidiaria e incluso si ésta se hubiera registrado en el Estado anfitrión.<sup>40</sup>

La doctrina venezolana señala que la contribución más importante hacia la internacionalización de los contratos ha sido la de los tribunales arbitrales internacionales que resuelven conflictos específicos entre los operadores del comercio internacional y constituyen el órgano con mayor independencia de las jurisdicciones nacionales y de la soberanía estatal. Así, el nuevo orden público que gobierna las transacciones en los mercados internacionales ya no es un orden público doméstico sino un marco legal genuinamente globalizado.

---

<sup>39</sup> *Barcelona Traction* es una compañía registrada en Canadá, pero, cuyas acciones eran propiedad de ciudadanos belgas, había sido expropiada por España; posteriormente Bélgica otorgó protección diplomática a sus ciudadanos y demandó al Reino de España ante la Corte Internacional de Justicia.

<sup>40</sup> Bolívar, *Nociones Básicas del Arbitraje*, 1.

Se puede puntualizar en que existen más de dos mil tratados bilaterales de inversión que procuran proteger las inversiones extranjeras, junto con un importante número de convenciones multilaterales y un par de tratados de libre comercio. Ellos comparten la particularidad de que, a pesar de ser acuerdos entre Estados, permiten a los particulares ampararse en sus preceptos tanto en lo atinente a la elección del foro para la solución de las controversias, incluyendo especialmente al arbitraje internacional.<sup>41</sup>

Una cuestión que hizo surgir al arbitraje a nivel internacional con respecto a las inversiones fue que la realización de expropiación de la propiedad de los inversores extranjeros iba creciendo en Latinoamérica, la presión internacional por la liquidación de la deuda externa se hacía más evidente. La comunidad internacional y en especialmente los organismos financieros, ofrecieron una solución a la crisis que consistió en la firma del Convenio de Washington.

El Convenio de Washington suponía, en grandes líneas, la firma y ratificación de un paquete de instrumentos que impedía que tanto el derecho local y la jurisdicción interna dirimieran los conflictos sobre inversiones, esto significaba la liberalización de los mercados y la privatización de las empresas, entre otros factores. Los Estados de la región suscribieron el pacto y esto motivó un cambio significativo en la política internacional latinoamericana en materia de inversión extranjera. Es así como el arbitraje internacional de inversiones aparece como una solución a estos inconvenientes y se desarrolla en varias etapas, iniciando por la popularidad alcanzada por la Convención de Nueva York de 1958.<sup>42</sup>

---

<sup>41</sup> Luis Castillo Argañarás, "Contratos de Estado, inversión extranjera y derecho internacional público", *Ámbito Jurídico*, 01 de marzo del 2010, <https://bit.ly/2PqeYgO>.

<sup>42</sup> Diana Carolina Olarte Bácares, *Realidades y Tendencias del Derecho en el Siglo XXI: El Derecho Internacional de las Inversiones en América Latina: El reencuentro con los Derechos Humanos* (Universidad Pontificia Javeriana, Bogotá: 2016), 689-691.

## 1.9 Principios aplicables a los procesos arbitrales en El Salvador

A diferencia de los principios aplicados en otros países, El Salvador no cuenta con dichas nociones normativizadas; por cuanto, el arbitraje es un contenido innovador para el estudio jurídico internacional, desde inicios del presente milenio, pues en el arbitraje mismo ha tomado relevancia, pero de manera interna, aunque no tanta como se esperaría de una manera externa. La Ley de Conciliación, Mediación y Arbitraje de menciona algunos principios, los cuales rigen estas formas de resolución de conflictos jurídicos, y debido a que la figura del arbitraje no está regulada en una ley especial, se retoma el art. 4 de la misma, en la que establece: *“El arbitraje se regirá por los siguientes principios:*

a) Principio de libertad: es el reconocimiento de las facultades potestativas de las personas para adoptar medios alternativos al proceso judicial para la resolución de controversias; es decir, el inversor puede exigir el trato igualitario que se le da a los ciudadanos.<sup>43</sup>

Este principio hace referencia también al principio de trato justo e igualitario y el principio de la nación más favorecida, que se le debe aplicar tanto al inversionista como al Estado, por lo que al no cumplir con los requisitos, una de las partes puede optar por adherirse o no al tratado o contrato, en donde se obliga a la cláusula arbitral compromisoria, señalando un ente o institución específica, a la cual acudirán en caso de algún conflicto sobre sus obligaciones anteriormente establecidas;

---

<sup>43</sup> Fernando López Ramón *et al.*, *Prestaciones patrimoniales públicas no tributaria y resolución extrajudicial de conflictos*, (Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid: 2015), 15. El principio de libertad, proviene de la misma libertad del comercio internacional, que es una de los principios fundamentales reconocido por la *pax americana*, favoreciendo al *capitalismo internacional* y evitando la competencia entre economías cerradas.

b) El principio de flexibilidad: se manifiesta mediante actuaciones informales, adaptables y simples; en otras palabras, el arbitraje es una forma más eficiente y mucho menos compleja que los mismos procesos civiles de cualquier país, adaptando mejor los litigios de cualquier nacionalidad.<sup>44</sup>

c) El principio de privacidad: es el mantenimiento obligatorio de la necesaria reserva y confidencialidad.

Este principio constituye una de las ventajas del arbitraje, pues como se ha mencionado, que respecto a las leyes internacionales, se encuentran tres categorías de leyes, la primera es la que se acopla a la ley modelo de arbitraje comercial, ley que se explica en el capítulo II, consistiendo la primera categoría en que no es necesario la mención o la relación de la confidencialidad, pues se sobreentiende la cláusula implícita; la segunda son las que solamente enuncian el principio, sin desarrollar sus implicaciones y; la tercera, es la que regulan en leyes el principio y tienen un mayor grado de especificidad en relación con el alcance del deber de confidencialidad.<sup>45</sup>

d) Principio de idoneidad: consiste en la capacidad y requisitos que se deben cumplir para desempeñarse como árbitro o como mediador. En el arbitraje internacional de inversiones, no solamente debe cumplir con los requisitos el arbitrador, sino que además si se verifica que efectivamente existe la cláusula de arbitraje dentro del contrato, el tratado o cualquier fuente formal de una obligación, el alcance que tiene el arbitraje como método de solución de los conflictos y por otro lado la misma ejecución del laudo arbitral;<sup>46</sup>

---

<sup>44</sup> Watkins, "Guía del Arbitraje". La flexibilidad radica en que las partes mismas tengan la posibilidad que el proceso sea similar al judicial o modificar algunas situaciones en el mismo.

<sup>45</sup> Gonzalo Jiménez Blanco, "Confidencialidad en el arbitraje", *Revista de arbitraje comercial y de inversiones*, n. 3 (2015): 736.

<sup>46</sup> Centro de Comercio Internacional, "Arbitraje y solución alternativa de controversias: El Caso de Costa Rica" (Centro de Comercio Internacional, Costa Rica: 2005), 58.

e) Principio de celeridad: consiste en la continuidad de los procedimientos para la solución de las controversias. Las partes tienen la oportunidad de continuar el arbitraje con la fijación de plazos cortos, resultando la resolución de conflicto en el menor tiempo posible, en comparación con un proceso judicial, ya sea de cualquier nacionalidad que sean las partes;<sup>47</sup>

f) Principio de igualdad: consiste en dar a cada parte las mismas oportunidades de hacer valer sus derechos. Es decir, en el campo del arbitraje internacional de inversiones el principio de igualdad contempla la misma oportunidad para realizar los actos procesales o procedimentales, tanto para el inversionista, como para el Estado, sin importar si es de gran potencia o no este último, o de la calidad del inversionista, de ahí que se configura asimismo el principio de igualdad en el trato o principio de trato justo;<sup>48</sup>

g) El principio de audiencia:<sup>49</sup> consiste en la oralidad de los procedimientos alternativos y;

h) Principio de contradicción: consiste en la oportunidad de confrontación entre las partes. Uno de los principios básicos, como es el principio de contradicción y defensa, pues en todo ordenamiento jurídico que se base en un debido proceso, debe tener implementado el principio de defensa, el cual consiste en

---

<sup>47</sup> Mayra Natalia Espinoza Carranza, *Funcionamiento del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones. Recuento de Casos y análisis de utilización de dicha herramienta por la República de El Salvador*, (Universidad José Matías Delgado, El Salvador: 2011), 14.

<sup>48</sup> Olga Victoria Prieto Zamora, "Principio de igualdad de trato entre inversionistas nacionales y extranjeros, en los casos de aporte de industria o trabajo con estimación de su valor", *Revista de Derecho Privado*, n. 52, (2014): 3. El principio de igualdad tiene relación al principio de igualdad en el trato, pues el inversor lo que requiere es un trato igualitario, tal cual se explica en otros principios.

<sup>49</sup> En cuanto al derecho de audiencia y debido proceso, es necesario hacer referencia a los artículos 11-15 de la norma suprema, es menester que las partes que han integrado algún tratado o acuerdo sobre inversiones, y estos se encuentren bajo una situación jurídica indeterminada, deben acudir a tribunales competentes para resolver sus conflictos jurídicos.

otorgarle la oportunidad a la parte que se le reclama o acusa sobre un hecho, quien debe brindársele las mismas oportunidades que se le han dado a la parte que instó el proceso.

Los principios anteriormente mencionados, que son sustanciales, se utilizan en el arbitraje de derecho de inversiones y como fundamento a las normas jurídicas internas y de aplicación al arbitraje, se encuentra el principio de legalidad, junto con el de jerarquía de la norma jurídica y el principio de especialidad normativa que consiste en “*la preferencia aplicativa de la norma reguladora de una especie de cierto género sobre la norma reguladora de tal género en su totalidad*”.<sup>50</sup>

A pesar que no se regule específicamente los principios adaptables para el arbitraje en el derecho internacional, en algunas normas jurídicas de aplicación para El Salvador, establecen principios generales del derecho consuetudinario que protegen los derechos y los intereses del extranjero, tal como se puede apreciar en el anexo 10-B del DR-CAFTA.

Existe otro tipo de principios aplicables al arbitraje, enfocados a un ámbito más formalista, a estos principios se les denomina principios instrumentales debido a que contienen los presupuestos de competencia, cláusulas compromisorias, y otros, que deben ser incorporados en el convenio, tratado, contrato o pacto, según sea la fuente en las que conste las obligaciones para ambas partes.

a) Competencia arbitral: Este principio es, más bien una regla de competencia especial, sabiendo que la competencia es parte de la jurisdicción, siendo “la porción de un pastel”, no obstante, es menester tener la debida jurisdicción

---

<sup>50</sup> José Antonio Tardío Pato, “El principio de especialidad normativa (lex specialis) y sus aplicaciones Jurisprudenciales”, *Revista de Administración Pública*, n. 162 (2003), 191.

arbitral y la competencia arbitral, siendo esta última indispensable para la constitución del proceso a que se requiere someter el conflicto de inversión. Tal como lo regula el art. 23 Cn., la ley de mediación, conciliación y arbitraje y su reglamento, la Ley de Inversiones de El Salvador, entre otras, las cuales se mencionan en el capítulo II.

b) La separabilidad de la cláusula arbitral: La autonomía de la cláusula de arbitraje en relación con el contrato que la contiene es una regla indiscutible del derecho de arbitraje comercial internacional. En este aspecto conviene remitirse a un laudo importante que se pronunció de una manera sumamente clara. La separabilidad de la cláusula arbitral protege al convenio en el contrato o tratado bilateral de inversión pues, al no establecer la cláusula no se podría iniciar el proceso arbitral al intentar demandar a la contraparte, o lo que es peor aún, su consecuencia sería que, acarrearía la nulidad de laudo y del mismo proceso arbitral. Por lo tanto, son los árbitros quienes deben de verificar los requisitos de forma, es decir, como principal requisito que el contrato debe contener la cláusula arbitral, para que el proceso no carezca fundamento en la validez y eficacia del contrato de inversiones.

Es preciso señalar la posibilidad de la autonomía de la cláusula arbitral, pues está dicho que debe contenerla el mismo tratado o contrato de inversión, sin embargo, no existe normativa o jurisprudencia misma que regule que perdone la separación de la cláusula al contrato, pues es de este que emana la potestad de las partes para poder recurrir a un proceso arbitral.<sup>51</sup>

---

<sup>51</sup> Carlos Eduardo Matheus López, *La separabilidad del Convenio Arbitral*, (Legis, Perú: 2012), 26. Esto con base a la *Convención de las Naciones Unidas sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras de 10 de Junio de 1958 (Convención de Nueva York)* aprobada por Resolución Legislativa N° 24810 del 12 de mayo de 1988, sin ninguna reserva, no recoge expresamente el principio de separabilidad, el cual se encuentra, en estricto, fuera de su objetivo inmediato de asegurar la eficacia internacional de los laudos arbitrales extranjeros.

Por tanto, la aplicación de los principios sobre arbitraje internacional en materia de derecho de inversión, deben aplicarse los requisitos esenciales del derecho internacional a la rama del orden público internacional que cada una de las partes, ya sea por parte del Estado o por parte del Estado inversor, decidan aplicar el derecho.

a) Principio de trato justo y equitativo. De los que más se utiliza en el ámbito de inversiones en cuanto al arbitraje internacional se refiere, es el principio de trato justo y equitativo, ya que es uno de los más importantes para la protección de los inversionistas, sobre todo en el campo de tratados bilaterales; tal es el caso del Acuerdo entre la República de El Salvador y la República Argentina para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones;<sup>52</sup> pues a raíz de la persistencia del derecho internacional consuetudinario, es que los mismos inversores han implementado dicho trato como un principio de defensa para sí mismos.<sup>53</sup>

b) El trato nacional y nación más favorecida. Este principio se origina por el reclamo y la solicitud de tratados de inversión, esencialmente en el ámbito comercial, consistiendo en que *“el Estado o sus súbditos acreedores de tal trato reciban del Estado obligado un trato por lo menos igual y nunca peor al dado al Estado o súbditos más favorecidos por el Estado obligado”*.<sup>54</sup>

---

<sup>52</sup> Convenio entre la República de El Salvador y la República Argentina Para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, (El Salvador, Asamblea Legislativa de El Salvador, 1998).

<sup>53</sup> Cristóbal De la Cerda Olivos y Mónica Goldenberg Peñafiel, “Trato Justo y equitativo en materia de inversión extranjera. Relación con los tratados de libre comercio y convenios sobre protección y promoción de inversiones suscritos por Chile” (Tesis de grado, Universidad de Chile, 2007), 50. En otras palabras, existen inversores nacionales, sin embargo, a diferencia de Estados Unidos, El Salvador mantiene relaciones de inversión extranjera, y especialmente a ese tipo de inversiones es que se refieren la presente investigación, pues al existir un trato Estatal desigual entre el inversor extranjero y el nacional, por ser su nacionalidad extranjera, es exigible por principio una igualdad de trato.

<sup>54</sup> Manuel Ossorio, Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, 34ª ed. (Heliasta, Buenos Aires, 2006), 959.

Se puede señalar que es una obligación de no hacer, ya que consiste en una prohibición de discriminación estandarizada. De ahí que hoy se discute si se debe seguir un estándar en la costumbre internacional, pero es “*un estándar relativo, por cuanto depende del tratamiento que efectivamente el Estado que aloja la inversión brinde a otros sujetos: si le concede beneficios substanciales a otra parte*. Este principio se debe de entender incorporado y no es necesaria su cláusula específica”.<sup>55</sup>

c) El principio de transparencia. En algunos laudos arbitrales recientes, los tribunales arbitrales han definido el trato justo y equitativo sobre el principio de la transparencia, la que constituye un concepto relativamente nuevo, que no ha sido generalmente considerado como un estándar del derecho internacional consuetudinario. Uno de los ejemplos de este principio es el caso Maffezini (Argentina) contra el Reino de España, sin embargo, la institución a cargo en el laudo no definió ni desarrolló dicho principio. Sin embargo, este principio por ser novedoso no ha tenido mucho desarrollo y aplicación ante los diversos arbitrajes.<sup>56</sup>

A modo de conclusión, la evolución del arbitraje como medio alternativo para la solución de conflictos a lo largo de la historia en El Salvador se refleja en el estudio del que ha sido objeto este derecho, permitiendo identificar que existe un desarrollo doctrinario que ampara al arbitraje internacional de inversiones en el área del derecho internacional público a través de la teoría *sui generis*.

---

<sup>55</sup> Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la República del Perú, “*Guía de arbitraje internacional de inversiones*”, (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la República del Perú, Perú: 2016), 39.

<sup>56</sup> *Ibíd.*, 37, este proceso consistió en una transferencia de fondos del reclamante no autorizado por una autoridad española. En la cual el Tribunal sostuvo que “*dado que las acciones de la Sociedad para el Desarrollo Industrial de Galicia Sociedad Anónima relacionadas con el préstamo, no se pueden considerar de carácter comercial y guardan relación con sus funciones públicas, la responsabilidad de dichas acciones es imputable al Reino de España*”.

## **CAPÍTULO II**

### **RÉGIMEN JURÍDICO DEL ARBITRAJE INTERNACIONAL DE INVERSIONES**

En propósito del presente capítulo es describir las principales leyes aplicables al arbitraje en materia de las inversiones en el derecho nacional como en el derecho internacional, este último a través de la identificación de los tratados bilaterales, multilaterales, convenios; en los cuales se deben tomar en cuenta para verificar la integración de la cláusula arbitral a aplicarse en El Salvador.

#### **2. Inversión extranjera directa y su relación con el arbitraje internacional**

En los últimos años, la inversión extranjera directa se ha establecido como un factor determinante en el proceso de transformación de la economía de El Salvador, la importancia de este fenómeno no radica solamente en su aspecto cuantitativo, sino también por el cambio cualitativo que está conduciendo a una rápida globalización de la actividad económica.

En tal sentido, se torna necesario entender qué es inversión extranjera, pues se debe decir que el concepto de “inversión” es amplio, comprendiendo toda clase de bienes o todo elemento del activo, en especial, aquellas categorías enunciadas de manera no taxativa, tales como la propiedad de bienes muebles e inmuebles y otros derechos reales tales como las cauciones, hipotecas y prenda; las acciones, cuotas societarias y toda otra forma de participación en sociedades; aún las minoritarias o indirectas; los títulos públicos o privados; los derechos de propiedad industrial e intelectual asimismo, las concesiones otorgadas por ley o contrato, incluidas aquellas que alcanzan a la prospección,

extracción o explotación de recursos naturales.<sup>57</sup> A pesar de estas amplias definiciones de inversión, existe consenso en cuanto a las características que tiene la inversión a los efectos de la protección al inversor extranjero:<sup>58</sup> a) Una inversión tiene cierta duración; b) Incluye cierta regularidad de beneficio y rendimiento; c) Esto implica un elemento de riesgo para ambas partes y; d) Generalmente implica un compromiso o aportaciones sustanciales.

La inversión extranjera se entiende como: “*la transacción según la cual se adquieren activos por parte de un agente económico por fuera de su propio país*”.<sup>59</sup> Es de mencionar que los tratados bilaterales y los multilaterales de inversión, así como los tratados de libre comercio que impulsan la inversión, se refieren precisamente a la inversión extranjera directa.

La inversión extranjera directa se presenta cuando un inversionista residente (inversionista directo), tiene como objetivo obtener una participación duradera en una empresa residente en otra economía o país (empresa de inversión directa).

Durante el desarrollo del comercio internacional grandes industrias se han visto obligadas a expandir sus operaciones fuera de su país de origen, ya sea para obtener los beneficios económicos, aduaneros, tributarios, entre otros, y esto ha generado a nivel internacional la creación de los mecanismos que garanticen e incentiven a las empresas a invertir en otros países, para lo cual,

---

<sup>57</sup> Noelia Giselle Dorín, “Inversiones extranjeras en el marco de los Tratados Bilaterales de promoción y protección de Inversiones. El CIADI como arbitraje institucional internacional”. Congreso de Derecho Público para estudiantes y jóvenes graduados: Democracia y Derechos, acceso el 12 de octubre de 2017 <http://www.derecho.uba.ar/institucional/deintereses/derecho-internacional-publico-noelia-dorin.pdf>

<sup>58</sup> *Ibíd.*

<sup>59</sup> María Clemencia Monroy Hernández, “La cláusula de la nación más favorecida en los Tratados Bilaterales de Inversión vigentes para Colombia y sus efectos de acuerdo con los laudos arbitrales del CIADI”, *Revista de Derecho Público*, n. 35 (2015): 5-6.

emanan acuerdos entre Estados, a fin que se comprometan a implementar mecanismos legales que faciliten el ingreso de aquellos al país receptor.

Lo anterior se logra a través de los tratados bilaterales de inversión, tratados multilaterales de inversión y tratados de libre comercio, cuyo fin es dar mayores garantías a los inversionistas de otro Estado que a su vez se enmarcan en una política de fomento de la inversión extranjera directa, la cual es considerada como cualquier actividad destinada a la producción, intermediación, prestación o transformación de bienes o servicios con cierta vocación de permanencia.

En ese orden de ideas, se entiende como inversión directa la que adquiere bienes inmuebles, establece empresas comerciales, industriales o cualquier otro tipo en un determinado territorio y es realizada por personas físicas o jurídicas extranjeras. Además, los TBI tienen distintas funciones, tales como aumentar la protección, la liberalización, la transparencia, la previsibilidad y estabilidad, en fin, proteger la inversión extranjera directa. En consecuencia, se deduce que cuando un Estado adquiere la obligación internacional de proteger inversiones este debe cumplirlas, pues de lo contrario se podrían establecer las responsabilidades internacionales correspondientes a través de un proceso arbitral para la solución de las diferencias surgidas.

Los problemas que normalmente surgen y que son sometidos a conocimiento de un tribunal arbitral, se debe a la actuación de una autoridad gubernamental que, desde la perspectiva del inversor, ha violentado las obligaciones pactadas en uno de los tratados por regla general; por el contrario, existe la posibilidad de que el Estado también inicie un proceso de esta naturaleza, por diversos motivos que le agravien al mismo Estado por acciones realizadas por parte del inversor. En materia de inversiones fue indispensable la creación de una entidad que resolviera los conflictos de carácter público o privado sobre las

controversias ocasionadas por la relación existente entre el Estado receptor y el inversor. Es por ello que en marzo del año 1965 se crea el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre los Estados y Nacionales de Otros Estados, tratado multilateral que fue firmado por la mayoría de los países miembros al Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento, es decir, el Banco Mundial, siendo esta la casa matriz del CIADI, quien a su vez tiene su sede en Washington, Estados Unidos.<sup>60</sup> Tema sobre el cual se abordará con mayor detenimiento en el capítulo 3 de la presente investigación.

## **2.1 Régimen jurídico aplicable al derecho de inversión, el arbitraje internacional y el arbitraje por disputas relativas a inversiones en El Salvador**

Se ha hecho alusión a la protección de la inversión extranjera, ante ello, se vuelve necesario recalcar el importante papel de los TBI, los cuales, pretenden garantizar la promoción y el reconocimiento recíproco de las inversiones que realizan los inversores extranjeros en el Estado receptor; asimismo, otorgan la posibilidad que el propio individuo y no el Estado al cual pertenece, pueda iniciar el proceso arbitral para hacer valer su derecho en el incumplimiento de la obligación que el Estado receptor aceptó realizar.

### **2.1.1. Constitución de la República de El Salvador de 1983**

En la actualidad, la base constitucional de la institución arbitral se encuentra en el art. 23 de la Constitución de la República de El Salvador, que expresa: *“Se garantiza la libertad de contratar conforme a las leyes. Ninguna persona que tenga la libre administración de sus bienes puede ser privada del derecho*

---

<sup>60</sup> Lidia Moreno Blesa, *“El arbitraje del CIADI y su contribución al desarrollo a la luz de las inversiones directas en mercados emergentes”* (Departamento de Derecho de la Universidad Europea de Madrid, España: 2014), 80.

*de terminar sus asuntos civiles o comerciales por transacción o arbitramento. En cuanto a las que no tengan esa libre administración, la ley determinará los casos en que puedan hacerlo y los requisitos exigibles”.*<sup>61</sup>

Lo anterior le confiere al arbitraje la categoría de derecho fundamental al igual que la transacción, otorgándole al particular la capacidad legal de ejercer sus derechos patrimoniales y la libre administración de sus bienes. Además, la Constitución, permitió que el Estado pudiera tener la facultad de actuar como particular, frente a otros particulares.

Por otra parte, relacionado a la temática en comento, el Art. 146 de la norma suprema, proporciona ciertos parámetros para celebrar o ratificar tratados, entre ellos, los TBI, asimismo, tal artículo le permite al Estado despojarse de su soberanía para someter a arbitraje sus controversias, incluso frente a particulares, al establecer lo siguiente:

*“No podrán celebrarse o ratificarse tratados u otorgarse concesiones en que de alguna manera se altere la forma de gobierno o se lesionen o menoscaben la integridad del territorio, la soberanía e independencia de la República o los derechos y garantías fundamentales de la persona humana”.*

Lo anterior se aplica a los tratados internacionales o contratos con gobiernos o empresas nacionales o internaciones en los cuales se someta el Estado salvadoreño, a la jurisdicción de un tribunal de un Estado extranjero.<sup>62</sup>

---

<sup>61</sup> Constitución de la República de El Salvador (El Salvador, Asamblea Legislativa de El Salvador, 1983).

<sup>62</sup> Esto no impide que, tanto en los tratados como en los contratos, el Estado salvadoreño en caso de controversia, sea sometido a la decisión a un arbitraje o a un tribunal internacional, especialmente el CIADI, por ser el país con mayor inversión.

### **2.1.2 Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras**

La presente convención hace referencia a uno de los problemas de mayor importancia en el arbitraje internacional y es lo relativo al reconocimiento y la ejecución de los laudos arbitrales, pues el árbitro al carecer de *imperium* para hacer ejecutar lo juzgado en el laudo, necesita del Órgano Judicial para que actúe de manera coactiva, contra la parte que resultó perdedora en el proceso arbitral.<sup>63</sup>

La presente convención es la pieza central en el mosaico de tratados y leyes de arbitraje que aseguran la aceptación de los laudos arbitrales y acuerdos de arbitraje; pero se hace la aclaración que esta convención no cuenta con una cláusula de resolución de disputas, pues se limita a regular que los Estados contratantes se obliguen a reconocer y ejecutar todos los laudos arbitrales extranjeros.

Es preciso reconocer la importancia creciente del arbitraje internacional como medio de resolver las controversias comerciales internacionales, incluso, la Convención de las Naciones Unidas sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras trata de establecer normas legislativas comunes para el reconocimiento de los acuerdos o los pactos de arbitraje y el reconocimiento y la ejecución de las sentencias o laudos arbitrales extranjeros y no nacionales.

La convención en desarrollo se aplica a las sentencias arbitrales dictadas en el territorio de un Estado distinto de aquel en que se pida su reconocimiento y

---

<sup>63</sup> Jurado, "El Arbitraje Comercial Internacional", 129.

ejecución. Aplica a las sentencias arbitrales “que no sean consideradas como sentencias nacionales”. En el momento de adoptar la Convención, un Estado puede declarar que la aplicará en ciertos aspectos: a) las sentencias arbitrales dictadas en el territorio de otro Estado parte únicamente y; b) a las relaciones jurídicas consideradas “comerciales” por su derecho interno.<sup>64</sup>

La finalidad principal de la convención es evitar que las sentencias arbitrales, tanto extranjeras como no nacionales<sup>65</sup> sean objeto de discriminación, por lo que obliga a los Estados parte a velar a que las sentencias sean reconocidas en su jurisdicción y puedan ejecutarse en ella, en general, de la misma manera que las sentencias o laudos arbitrales nacionales. Un objetivo secundario de la convención es exigir que los tribunales de los Estados parte den pleno efecto a los acuerdos de arbitraje, debiéndose negar a admitir demandas en las que el demandante esté actuando en violación de un acuerdo de remitir la cuestión a un tribunal arbitral.

Se observa que la tendencia moderna en este sentido es que la expresión comercial sea interpretado en el sentido más amplio, separándose de la noción tradicional de lo que es “acto de comercio” aplicando un criterio más vasto de lo que implica considerarse comercial, tratando de incluir conflictos derivados de todas las operaciones de comercio internacional, sin tomar en cuenta, si los implicados son particulares, comerciantes o incluso Estados y sus instituciones de derecho público actuando en negocios comerciales.<sup>66</sup>

---

<sup>64</sup> Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, Estados Unidos: 1958).

<sup>65</sup> Por “sentencias o laudos no nacionales” se entiende aquellos que, si bien han sido dictados en el Estado en que se prevé su ejecución, son considerados extranjeros por la ley de ese Estado porque el procedimiento seguido conlleva algún elemento de extranjería, por ejemplo, cuando se apliquen normas procesales de otro Estado. Tomado de la introducción

<sup>66</sup> Este instrumento fue publicado en El Salvador en el Diario Oficial No. 218, Tomo No. 337, de fecha 21 de noviembre de 1997.

Esta convención es una de las iniciadoras en el tema del arbitraje internacional -pero en el aspecto comercial-, dicha característica da la importancia de hacer reconocer y ejecutar un laudo o acuerdo arbitral en un país extranjero o dentro de uno en que se realizó. Tal característica del reconocimiento, ejecución y la internacionalización del arbitraje son fuente de iniciativa en tratados bilaterales de inversión.

A criterio de estos investigadores, esta convención no sería vinculante por la materia que regula (comercio) pese a las diferentes interpretaciones que se le dé al concepto “comercio”, además los TBI, TMI o TLC´s establecen qué se va a entender por inversión, ante ello, no sería aplicable tal convención para hacer ejecutar un laudo del CIADI. Al mencionar la ejecución de un laudo CIADI, este es obligatorio para todas las partes en el procedimiento y las cuales deben cumplirlo de conformidad con sus términos (Artículo 53 (1) del Convenio del CIADI). Si una de las partes no cumple con el laudo, su contraparte puede procurar el reconocimiento y la ejecución de las obligaciones pecuniarias en los tribunales de cualquier Estado miembro del CIADI como si se tratara de una sentencia firme de los tribunales de dicho Estado (Artículo 54 (1) del Convenio del CIADI).

La parte que solicite el reconocimiento o ejecución del laudo en un Estado miembro debe presentar una copia del laudo, debidamente certificada por el Secretario General, ante los tribunales competentes (o ante cualquier otra autoridad designada por los Estados a este efecto). Las copias certificadas se envían a las partes en la fecha de expedición del laudo y las partes pueden solicitar copias adicionales en cualquier momento.

Los Estados miembros deben reconocer y ejecutar el laudo, la legislación de cada Estado relativa a la inmunidad soberana en materia de ejecución seguirá

siendo aplicable (Artículo 55 del Convenio del CIADI). El CIADI no desempeña un rol formal en el reconocimiento y la ejecución del laudo con arreglo al convenio. No obstante, si una parte informa al CIADI del incumplimiento del laudo de la otra parte, la práctica del CIADI consiste en comunicarse con la parte incumplidora a fin de solicitar información acerca de las medidas que dicha parte ha adoptado o adoptará para cumplir con el laudo.

### **2.1.3 Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional**

La necesidad de una regulación propia para la región, inicia la concepción de esta normativa, en vista que incorporarse al Convenio Europeo sobre Arbitraje Comercial Internacional de Ginebra<sup>67</sup>, no era recomendable por haber sido gestada en un continente diferente, pudiendo representarle más perjuicios que beneficios, además de no ser adecuada a la realidad de El Salvador, al ignorar la existencia de una institución como la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial.

Esta convención se convirtió en la codificación internacional más exitosa de América Latina desde el Código Bustamante.<sup>68</sup> La convención ubicó a la región a la par de otras más avanzadas que contaban con legislaciones que hacían al arbitraje viable para la solución de conflictos, no solo nacionales, sino que los de carácter internacional.<sup>69</sup> Debe decirse que la Convención de Panamá ha quedado rezagada en cuanto a su aplicación, lo cual no significa que el Reglamento de Procedimientos de la CIAC tenga igual característica, esto

---

<sup>67</sup> Convenio de fecha 21 de abril de 1961, conocida como Convención de Ginebra de 1961.

<sup>68</sup> Código de Derecho Internacional Privado (Código de Bustamante), suscripción de fecha veinte de febrero de mil novecientos veintiocho, con fecha de ratificación del treinta de marzo de mil novecientos treinta y uno, con reservas.

<sup>69</sup> Convención interamericana sobre arbitraje comercial internacional, (Panamá: Departamento de Derecho Internacional de la Secretaría de Asuntos Jurídicos de la Organización de los Estados Americanos, Panamá, 1975).

debido a la constante y la creciente universalización que ha tenido la Convención de Nueva York, al contar esta última con un vasto desarrollo doctrinal y con una colección significativa de fallos judiciales que servirán a los jueces de la región de valioso antecedente para cuando tengan que aplicarlo. Esto sin contar que casi todos los Estados que son parte de la Convención de Panamá lo son, a su vez, de la Convención de Nueva York; con lo que, sin duda alguna, el Tratado de Nueva York será el llamado en ayuda del reconocimiento y la ejecución de laudos arbitrales en prácticamente todos los Estados Americanos.<sup>70</sup>

Una de las diferencias de la Convención de Panamá con la Convención de Nueva York, es que esta última tiene la virtud de ser un tratado de aplicación universal, por lo que cuenta con una gran colección de fallos judiciales, que servirán a los jueces de los Estados miembros cuando tengan que aplicarla.<sup>71</sup> Una característica especial de la convención de Panamá es la remisión de las disputas a la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial (CIAC), en la cual se pronuncia un laudo y es acá donde tiene competencia y participación la convención de Nueva York, pero no necesariamente ésta será de aplicación para la ejecución del laudo pronunciado por la CIAC, es la propia convención de Panamá en su artículo cuatro regula lo concerniente a la ejecutoriedad y reconocimiento de laudos, es como que se diga que la ley especial tiene preferencia sobre la ordinaria.

---

<sup>70</sup> Édgar Iván León Robayo, "Temas Tradicionales del Derecho Comercial: Perspectiva y Arbitrabilidad de la Convención Interamericana de Arbitraje Comercial Internacional", (Universidad de Medellín, Colombia: 2012), 140-141.

<sup>71</sup> El equipo de investigación es del criterio que tanto la convención de Nueva York como la convención de Panamá regulan aspectos similares; es decir, la primera regula aspectos de ejecución de laudos o sentencias arbitrales extranjeras y el procedimiento a seguir para ello, con la característica que es de aplicación mundial en materia de comercio; en cambio, la convención de Panamá regula el recurrir al arbitraje cuando surjan controversias relativas a materia comercial entre las partes, y adicionalmente, el reconocimiento y ejecución de los acuerdos de arbitraje y los laudos arbitrales en materia comercial.

Es importante destacar nuevamente que la convención de Panamá es una convención regional especializada en arbitraje comercial, es decir, como bien lo establece su artículo 1: “*con relación a un negocio de carácter mercantil*”. En ese sentido, la convención en comento protege a los comerciantes de los países contratantes cuando acuerdan resolver sus diferencias en un negocio mercantil mediante el arbitraje. Un negocio de exportación de productos o la distribución de los mismos, por ejemplo, una empresa salvadoreña y una empresa estadounidense, en cuyo contrato las partes pactaron resolver sus posibles diferencias mediante el arbitraje, está cubierto y amparado por la convención de Panamá.

Un punto a destacar sobre el ámbito de aplicación de la convención es lo concerniente a la necesidad que las partes intervinientes sean americanos, tanto el Estado donde se dictó el laudo arbitral como aquel donde se intenta ejecutar o reconocer, así como el lugar donde se celebró el acuerdo arbitral y aquél donde se quiera hacer cumplir; pero, no es taxativo, ya que la misma convención en el art. 7 establece que cualquier otro Estado puede adherirse a ella, pudiendo ser de otro continente.

Otra singularidad importante de la convención de Panamá es el artículo 3, el cual dispone que cuando las partes no establecen expresamente las reglas de procedimiento del arbitraje, éste debe proceder conforme a las normas del procedimiento de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial (CIAC). Esta disposición resuelve automáticamente la problemática que representa para un proceso arbitral una cláusula arbitral anómala, en la que no se pacta por las partes las reglas de procedimiento de un arbitraje.

El reglamento de procedimiento de la CIAC es basado mayoritariamente en el reglamento de arbitraje de la comisión de las Naciones Unidas para el Derecho

Mercantil Internacional (CNUDMI), el cual proporciona disposiciones claras y flexibles que lo han convertido en uno de los reglamentos de arbitraje adoptado por los Estados en las disposiciones relativas a arbitraje establecidas en los Tratados de Libre Comercio y Tratados Bilaterales de Inversión suscritos por una gran cantidad de países a nivel global, incluyendo los de la Unión Europea y de América Latina. El reglamento de CNUDMI es uno de los procedimientos de arbitraje establecidos por el CAFTA-DR en los capítulos en que se regula la solución de conflictos en el Tratado.

La CIAC cuenta con secciones nacionales y asociadas en distintos países que facilitan la administración y el desarrollo de los procesos de arbitraje bajo el reglamento de procedimientos de la CIACI. Lo anterior facilita el acceso a un procedimiento arbitral, para empresas de distintos países contratantes de la convención de Panamá que, en una relación comercial internacional, pactaron que sus controversias comerciales se resolverán mediante arbitraje sujeto al reglamento de procedimiento de la CIAC; o en el caso que se haya pactado arbitraje pero, no se estableció el procedimiento arbitral como lo establece el artículo 3 de la Convención.<sup>72</sup>

#### **2.1.4 Tratado de Libre Comercio entre República Dominicana, Centro América y Estados Unidos de América DR-CAFTA**

El tratado consolida, amplía y mejora el potencial de crecimiento económico de la región y facilita la atracción de la inversión extranjera directa, haciendo de la región una plataforma para que las inversiones de otros Estados puedan acceder al mercado estadounidense desde el suelo centroamericano.

---

<sup>72</sup> Bernard Pallais, “Los 40 años de la Convención de Panamá y su importancia para el empresario”, *Lexology*, acceso el 16 de noviembre de 2017, <https://bit.ly/2PE4kDk>.

El presente tratado fomenta la atracción de la inversión extranjera directa. Pues, el establecimiento de reglas jurídicas claras y previsibles en materia de inversión mejoran la imagen internacional del país, fomentando la atracción de inversión extranjera directa, la cual es de interés para los países miembros del tratado, pues considerando su enorme potencial en la generación de empleo y transferencia de tecnología, que esta promueve. A fin de ser específicos a la temática de la presente investigación, el tratado en el capítulo 10 establece lo relativo a las inversiones y las soluciones de controversias que surjan por las mismas. Puesto que establece las disposiciones específicas que los Estados partes se comprometen a aplicar en relación con inversiones e inversionistas de la otra parte. Concretamente se garantizan los principios de:

a) Un trato nacional: cada parte se compromete a otorgar a los inversionistas e inversiones cubiertas de otra parte un trato no menos favorable que el que otorgue, circunstancias similares, a sus propios inversionistas e inversiones. Esta obligación opera con respecto al establecimiento, adquisición, expansión, la administración, conducción, operación, la venta u otra disposición de las inversiones.

b) La nación más favorecida: consistente en que cada parte se compromete a otorgar a los inversionistas e inversiones cubiertas de otra parte un trato no menos favorable que el que otorgue, en condiciones similares, a los inversores o inversiones de cualquier país que no sea parte. Asimismo, con respecto al establecimiento, la adquisición, la expansión, administración, la conducción, operación, venta u otra disposición de las inversiones.

c) Nivel mínimo de trato: consistente en que cada parte deberá conceder a las inversiones cubiertas un trato acorde al derecho internacional consuetudinario, incluyendo el trato justo y equitativo, así como protección y seguridad plenas,

conceptos que el mismo artículo aclara. Para efectos del tratado en comento, “derecho internacional consuetudinario” se entenderá como la consecuencia de una práctica general y consistente de los Estados, seguida por ellos en el sentido de una obligación legal

d) El tratamiento en caso de disturbios: también conocido como tratamiento en caso de contienda, consistente en garantizar que los inversionistas de otra parte e inversiones cubiertas reciban un trato no discriminatorio con respecto a las medidas que adopte o mantenga una parte en relación con las pérdidas sufridas como resultado de un conflicto armado o un desorden civil.

e) Los requisitos de desempeño: se refiere a una serie de restricciones que las partes no podrán imponer o hacer cumplir en relación con una inversión en su establecimiento, expansión, administración, conducción, operación o venta, o cualquier otra forma de disposición.

f) Las transferencias: cada parte permitirá que las transferencias relacionadas con una inversión cubierta se hagan libremente y sin demora; en una moneda de libre uso y al tipo de cambio de mercado vigente en el momento de la transferencia. No obstante, se contemplan algunas excepciones para impedir las transferencias por medio de la aplicación equitativa, no discriminatoria y de buena fe de leyes relativas a temas tales como la quiebra, la insolvencia, o la protección de los derechos de los acreedores; infracciones penales; y garantía del cumplimiento de órdenes o de fallos en los procedimientos judiciales o administrativos. Y, g) la expropiación indemnización.<sup>73</sup>

---

<sup>73</sup> Ministerio de Comercio Exterior COMEX “Tratado de Libre Comercio República Dominicana Centroamérica- Estados Unidos: documento explicativo”, interpretado por Dean García, *et al.* (San José, Costa Rica: 2012), 8 y 20.

Respecto al contenido de la expropiación e indemnización que regula el DR-CAFTA -el cual puede ser un motivo para el sometimiento de un arbitraje internacional de inversión- se entiende que para que un gobierno pueda nacionalizar o expropiar directa o indirectamente una inversión es necesario que sea por causa de utilidad pública, de manera no discriminatoria, mediante pago pronto, adecuado y efectivo de la indemnización; con apego al principio del debido proceso y a las disposiciones sobre nivel mínimo de trato existente en el derecho internacional consuetudinario.

La indemnización deberá ser pagada sin demora, ser equivalente al valor justo de mercado que la inversión expropiada tenía inmediatamente antes que la medida expropiatoria se haya llevado a cabo y ser completamente liquidable y libremente transferible. Este artículo se interpretará de acuerdo con el anexo sobre derecho internacional consuetudinario, el cual aclara que el “derecho internacional consuetudinario” se entenderá como el resultado de una práctica general y consistente de los Estados, seguida por ellos en el sentido de una obligación legal. El anexo 10-C sobre expropiación complementa este capítulo, se refiere a la interpretación de las partes del concepto de expropiación. Específicamente indica que pretende reflejar el derecho internacional consuetudinario respecto a las obligaciones de los países en torno a las expropiaciones. Se establece que una acción de una de las partes será considerada una expropiación si interfiere con un derecho de propiedad o con un interés de propiedad de una inversión.<sup>74</sup>

En cuanto a la solución de controversias Inversionista-Estado, el objetivo de esta sección en el convenio es establecer un mecanismo para la solución de controversias jurídicas en materia de las inversiones que se susciten como

---

<sup>74</sup> COMEX, “Tratado de Libre Comercio”, 83-85.

consecuencia de la violación de una obligación establecida en la sección A de este capítulo (artículo 10.16 lit. (a) (i) (A) y siguientes) y que surjan entre una parte y un inversionista de la otra parte.

El mecanismo de solución de diferencias inversionista-Estado podrá utilizarse debido al incumplimiento de las obligaciones sustantivas del capítulo, de una autorización de inversión o de un acuerdo de inversión que genera un daño al inversionista; el capítulo establece disposiciones que rigen el procedimiento de este mecanismo.

En caso de una controversia, el demandante y el demandado deberán intentar resolver la disputa mediante consultas y negociación. En caso que las partes contendientes no lleguen a un convenio en las consultas o negociaciones y siempre que hayan transcurrido seis meses desde que tuvieron lugar los hechos que dan el origen a la demanda, el demandante (o el demandante en nombre de una persona jurídica propiedad suya o que la controla directa o indirectamente) que haya incurrido en pérdidas o en daños por razón de la violación alegada, podrá someter su demanda a arbitraje ya sea al Convenio del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), en caso de que la parte contendiente y la demandante sean parte del mismo; a las reglas del mecanismo complementario del CIADI en caso de que únicamente una de las partes sean parte del convenio CIADI; o a las reglas de la CNUDMI, tal como lo establece el artículo 10.16 número 3.

Para iniciar un procedimiento arbitral, debe existir por escrito el consentimiento del demandante de solucionar el caso mediante el arbitraje y no deben haber transcurrido más de tres años desde el momento en que el demandante tuvo o debió de haber tenido conocimiento de la violación. El demandante deberá renunciar a todo derecho de cualquiera de las partes, u otros procedimientos

de solución de las controversias. Ninguna reclamación podrá ser sometida a arbitraje si ésta ha sido sometida previamente ante un tribunal administrativo o judicial de la parte demandada, o a cualquier otro mecanismo de solución de controversias, por adjudicación o resolución.

En este sentido, el Anexo 10-E referente al sometimiento de una reclamación a arbitraje, establece específicamente que un inversionista de Estados Unidos no podrá someter a arbitraje la reclamación de la violación a las disposiciones fundamentales del capítulo si se ha alegado esa misma transgresión ante un tribunal judicial o administrativo de una parte de la región de Centroamérica o de la República Dominicana. Del mismo modo, no se podrá someter a arbitraje una reclamación de que se ha violado un acuerdo o autorización de inversión si se ha alegado esa violación en procedimientos ante un tribunal internacional o un tribunal judicial o administrativo de una parte de Centroamérica o de la República Dominicana.

Es decir, la elección del inversionista en este sentido será definitiva. Asimismo, un inversionista de Estados Unidos podrá someter a arbitraje una reclamación relacionada con instrumentos de deuda soberanos que tengan un plazo de vencimiento menor a un año, a menos que haya transcurrido un año desde que ocurrieron los hechos que dan origen a la reclamación. En el caso que las partes en la disputa decidan otra cosa, el tribunal estará compuesto por tres árbitros, cada una de las partes contendientes nombrará uno y el tercero, quien será el presidente, será designado por acuerdo entre las partes contendientes. Las partes contendientes podrá acordar la sede legal del arbitraje según las reglas del procedimiento arbitral seleccionado.

Por otra parte, se establecen las disposiciones sobre transparencia, tendientes a facilitar la información a las personas que no son parte de la controversia y

hacer pública cierta información del proceso de arbitraje. Asimismo, el tribunal sujeto a ciertas condiciones de protección de la información que se considere confidencial deberá realizar audiencias abiertas al público.

El tribunal decidirá sobre la base de las disposiciones contenidas en el tratado, así como las reglas aplicables del derecho internacional. A solicitud de una de las partes contendientes y siempre que la otra parte no esté en desacuerdo, el tribunal podrá pedir a expertos informes escritos de cualquier tema relacionado con el ambiente, la salud, la seguridad y otros temas científicos.

### **2.1.5 Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados**

El presente convenio es un tratado multilateral formulado por los directores ejecutivos del Banco Mundial en aras de cumplir el objetivo de promover la inversión internacional. Siendo así que, teniendo en cuenta la posibilidad del surgimiento de diferencias entre Estados contratantes y nacionales de otros Estados contratantes (inversionistas) relativas a inversiones, se tomó a bien crear un centro especializado en dirimir tales diferencias.

El solo hecho que un Estado suscriba tal convenio no significa que al surgir una disputa entre el inversionista extranjero y el Estado receptor queden obligados a someter dicha controversia al CIADI, sino que el Art. 25 de dicho cuerpo normativo establece el parámetro de sometimiento a tal jurisdicción, estableciendo, asimismo, alegaciones iniciales y excepciones a la jurisdicción de tal ente.

De acuerdo a las disposiciones del convenio, el CIADI proporciona servicios para la conciliación y el arbitraje de diferencias en materia de inversión entre

Estados contratantes y los nacionales de otros Estados contratantes. Se complementaron las disposiciones del convenio mediante el reglamento y las reglas adoptadas por el Consejo Administrativo del Centro de conformidad con el artículo 6 (1) (a)-(c) del convenio.

La convención de Washington crea un sistema autosuficiente; es decir, no requiere, salvo, en una etapa de incumplimiento de laudos arbitrales, proceder a la ejecución de los mismos con auxilio del poder judicial para su ejecución o cumplimiento, pues el tratado excluye el procedimiento *exequatur*. Por otra parte, en lo referente a los recursos contra laudos, no existe un control judicial como en el arbitraje comercial internacional, solo existen recursos contra los laudos del CIADI como el de revisión y nulidad, contemplados en los artículos 50 al 52 de dicho convenio.<sup>75</sup>

### **2.1.6 Convención de la Haya de 1907 para la resolución pacífica de controversias internacionales**

Esta conferencia fue continuada por la segunda Conferencia de la Paz de La Haya del año 1907, que reconoció el arbitraje como el medio más eficaz para resolver las cuestiones de orden jurídico o de interpretación de los tratados internacionales, siendo la Convención original de 1899 reemplazada por la de 1907.<sup>76</sup>

---

<sup>75</sup> El convenio obliga a Estados a reconocer laudos del CIADI como laudos locales, no como extranjeros, sin importar donde se emitió el mismo; pues así lo establece el artículo 54 de mismo Convenio; Convenio que se abordará con mayor estudio en el Capítulo IV.

<sup>76</sup> La Corte Permanente es competente para establecer el compromiso, si las partes están de acuerdo en remitirse a ella. Es igualmente competentes, incluso si solo una de las partes presenta la solicitud, cuando se haya vanamente intentado llegar a un acuerdo por la vía diplomática, y se trate de: 2° una controversia que surja de deudas contractuales reclamadas a una Potencia por otra potencia, como deudas a sus nacionales, y para cuya solución, se haya aceptado la propuesta de arbitraje. No se aplicará esta disposición en caso de que la aceptación haya sido subordinada a la condición de que el compromiso sea establecido de otro modo.

El objetivo principal de tal convención es prevenir, tanto cuanto sea posible, el recurso a la fuerza en las relaciones entre Estados. Es así que, las potencias contratantes, consideran útil y deseable que una o más potencias, extrañas al conflicto, ofrezcan por iniciativa propia, tanto cuanto las circunstancias lo permitan, sus buenos oficios o la mediación a los Estados en conflicto. Dichas potencias tienen el derecho de ofrecer sus buenos oficios o la mediación a los Estados en conflicto y solucionarlos para el mantenimiento de la paz.

Los casos de la Corte Permanente de Arbitraje tratan sobre diversos asuntos incluyendo controversias sobre fronteras territoriales y marítimas, soberanía, derechos humanos, inversión extranjera y asuntos relacionados al comercio regional e internacional. Los arbitrajes se llevan a cabo principalmente bajo el reglamento de arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas sobre Derecho Mercantil Internacional.

En cuanto al arbitraje internacional que regula la convención, tiene por objetivo la resolución de controversias entre Estados por jueces de su propia elección y sobre la base del respeto a la ley. El recurso al arbitraje implica la obligación de someterse al laudo de una manera de buena fe. En temas de naturaleza jurídica y especialmente en las cuestiones de interpretación o de la aplicación de convenciones internacionales, el arbitraje es reconocido por las potencias contratantes como el método más eficaz y al mismo tiempo el más justo para resolver controversias que no se hayan resuelto por la vía diplomática.

Respecto a los tratados de inversión que se han venido proliferando en estos último veinte años, además de los mecanismos específicos de resolución de divergencias entre el Estado y el inversionista, prevé en general, el recurso a la aplicación de las Reglas de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) -o UNCITRAL por sus iniciales en

inglés *United Nations Commission for the Unification of International Trade Law*- en materia de arbitraje.

A manera de relacionar esta convención con el tema de arbitraje referente a las inversiones, se interpreta de la siguiente manera el art. 53 inciso dos ordinal 2<sup>o</sup><sup>77</sup> pues puede entenderse que se puede someter una controversia relativa a inversiones por el hecho que un Estado receptor de inversión demanda a un nacional de un Estado miembro de la convención por deberle dinero en concepto de condena a través de un laudo o simplemente por incumplimiento previamente pactado que conlleve como consecuencia el pago de dinero como indemnización por perjuicios ocasionados.<sup>78</sup>

Asimismo, la globalización, así como el crecimiento cuantitativo de recurrir al arbitraje internacional ante la CPA y las normas respectivas contenidas en los tratados y convenios sobre inversiones, están a la base de una actualización en materia de reglamento.

Por lo tanto, el consejo administrativo de la Corte Permanente de Arbitraje con sede en La Haya adoptó el 17 de diciembre de 2012, el nuevo reglamento de la CNUDMI o UNCITRAL por sus iniciales en inglés, actualmente en vigencia. El nuevo reglamento permite resolver mediante arbitraje los litigios con partes

---

<sup>77</sup> La Corte permanente es competente para establecer el compromiso, si las partes están de acuerdo en remitirse a ella. Es igualmente competentes, incluso si solo una de las partes presenta la solicitud, cuando se haya vanamente intentado llegar a un acuerdo por la vía diplomática, y se trate de: 2° una controversia que surja de deudas contractuales reclamadas a una Potencia por otra potencia, como deudas a sus nacionales, y para cuya solución, se haya aceptado la propuesta de arbitraje. No se aplicará esta disposición en caso de que la aceptación haya sido subordinada a la condición de que el compromiso sea establecido de otro modo.

<sup>78</sup> Por incumplir contrato o se ha establecido en un arbitraje ante un centro de solución de controversias por miedo de laudo que el nacional de un Estado miembro de la Convención de La Haya sea condenado al pago de una cantidad determinada de dinero por incumplimiento de obligaciones pactadas en un tratado de inversión.

múltiples que involucren a una combinación de Estados, entidades controladas por el Estado, las organizaciones intergubernamentales y parte privadas en general, inversores que recurren al arbitraje sobre la base de un contrato internacional o sobre la base de la aplicación de reglas contenidas en tratados sobre inversiones.

### **2.1.7 Tratado sobre inversión y comercio de servicios entre Repúblicas de Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras y Nicaragua**

El tratado de inversión tiene un especial estudio, ya que somete expresamente al arbitraje ante el CIADI, tema que está siendo cuestionado por los integrantes de este tópico de investigación. Entre los Estados miembros de tal tratado, se considera atinada la posición que tuvo el Estado de Honduras en cuanto a realizar la reserva del artículo 3.22 de este tratado, pues se está cuestionando el someter litigios a tal jurisdicción por limitar la soberanía de un Estado ya que no deja a elección de un Estado someter una diferencia ante un centro de solución de controversias ajeno al CIADI.<sup>79</sup>

El anexo 3.22 del tratado establece lo siguiente: “Para el caso de Honduras, se reserva en su integridad la aplicación del Artículo 3.22 (1) (a), mientras persisten las causas en la declaración que hiciera al suscribir el Convenio del CIADI.” Es así que se toma como una posición a considerar para futuros tratados de inversión a ratificar por El Salvador, pues las reservas a ese punto traerían ventajas y desventajas.

---

<sup>79</sup> Salvo lo dispuesto en el Anexo 3.22 y párrafo 3 del presente artículo y siempre que hayan transcurrido seis meses desde que tuvieron lugar los actos que motivan la demanda, un inversionista contendiente podrá someter la demanda a arbitraje de acuerdo con: a) el Convenio del CIADI, siempre que tanto la parte contendiente como la parte del inversionista sean Estados parte del mismo; b) Las Reglas del Mecanismo Complementario del CIADI, cuando la parte contendiente o la parte del inversionista, pero no ambas, sea parte del Convenio del CIADI; o, c) Las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI.

### **2.1.8 Tratado de Libre Comercio entre la República de China (Taiwán), la República de El Salvador y la República de Honduras**

Este tratado de libre comercio tiene por objeto promover, proteger y aumentar sustancialmente las inversiones en los países miembros; así como la creación de procedimientos eficaces para la ejecución y cumplimiento del tratado, para su administración conjunta y la solución de las controversias. Asimismo, regula qué se entenderá por inversión y sus tipos, la cual no varía respecto a otras definiciones que se encuentran en tratados de la misma materia de inversiones o libre comercio.<sup>80</sup>

### **2.1.9 Tratado de Libre Comercio entre México y Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras y Nicaragua**

Entre los principales objetivos de este tratado se encuentra el aumento de las oportunidades de inversión en los territorios de las partes, es decir, en México, Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras y Nicaragua. A su vez, dicho tratado da una definición de lo que se entenderá por inversión; se observa que si bien es cierto da la definición, se pone a discusión el contraste entre lo que se entenderá por ella y el reflejo real de las economías de los países miembros, es decir, si realmente se ven reflejadas esas inversiones.<sup>81</sup> Al igual que otros tratados relativos a inversión, ofrece para las partes un trato justo y equitativo, así como la protección y la seguridad plena dentro de sus territorios, así

---

<sup>80</sup> El Salvador firmó el tratado el 07 de mayo de 2007 y entró en vigencia el 01 de marzo de 2008. Este tratado tiene un apartado especial respecto a las inversiones, así como también establece el procedimiento para el sometimiento a un arbitraje ante una reclamación, de igual manera que otros tratados, este no es la excepción para la remisión de una controversia ante el CIADI. Sin embargo, en el mes de agosto de dos mil dieciocho se dio un plazo de 180 días para denunciar el tratado, después de ser comunicada por escrito a la otra parte, a menos que las partes acuerden una fecha distinta, según el documento.

<sup>81</sup> El Salvador se adhirió al tratado el uno de septiembre de dos mil doce, suscrito el veintidós de noviembre de dos mil once.

sucesivamente la Sección B del tratado describe detalladamente los derechos y obligaciones tanto para Estado receptor como para el nacional de un Estado miembro del tratado (inversionista extranjero); siendo así que si se incumple alguna de las obligaciones pactadas dentro de él es cómo surge una controversia que está sujeta a ser sometida a un arbitraje internacional relativa a materia de inversiones.

Es así que el artículo 11.8 Sección C del tratado en mención regula la solución de controversias entre una parte y un inversionista de la otra parte, pues su objetivo es establecer un mecanismo para la solución de controversias que se susciten entre un parte y un inversionista de la otra parte derivadas de un presunto incumplimiento de una obligación establecida en la Sección B. Se observa que para la solución de las controversias el Art. 11.19.3 establece como los otros tratados el sometimiento para dirimir conflictos de inversión ante el CIADI, pero una particular característica de esto, es que se trata de los países subdesarrollados, dejando al margen a México y Costa Rica, pues si llegan a ser condenados a través de un laudo arbitral pronunciado por el CIADI se verían ciertamente afectados en sus economías.<sup>82</sup>

#### **2.1.10 Otros tratados bilaterales de inversión o de libre comercio con remisión expresa al arbitraje para solución de controversias ante el CIADI**

Con el fin de demostrar la adhesión a cláusulas compromisorias en tratados, convenios o acuerdos relativos a inversión, se encuentran los siguientes que,

---

<sup>82</sup> Artículo 11.19.3 Siempre que hayan transcurrido 6 meses desde que tuvieron lugar los hechos que motivan la reclamación, el demandante podrá someter la reclamación a que se refiere el párrafo uno de conformidad con: a) el Convenio del CIADI y las Reglas de Procedimientos para Procedimientos Arbitrales del CIADI, siempre que tanto el demandado como la parte del demandante sean partes del Convenio del CIADI; b) las Reglas del Mecanismo Complementario del CIADI, siempre que el demandado o la parte del demandante, pero no ambas, sean parte del Convenio del CIADI; o, c) las Reglas de Arbitraje del CNUDMI.

a pesar de que algunos ya no se encuentran en vigencia, son un claro ejemplo de la alternativa para la solución de las disputas relativas a inversiones sobre sometimiento a arbitraje ante el CIADI.

a) El Tratado entre la República Federal de Alemania y la República de El Salvador sobre fomento y recíproca protección de inversiones de capital: el cual fue realizado el 11 de diciembre de 1997 en la ciudad de Bonn, Alemania. Expresamente en el artículo 9.1 relativo a la Solución de Divergencias entre un Estado Parte y un inversionista del otro Estado Parte, remite al CIADI:

*“Si una divergencia no pudiere ser dirimida dentro del plazo de seis meses, contado desde la fecha en que una de las partes en litigio la haya hecho valer, será sometida, a petición del inversionista del otro Estado Parte, a un procedimiento arbitral conforme al Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados (CIADI) de 18 de marzo de 1965, a menos que las partes en litigio lleguen a otro arreglo en cuanto a tribunal arbitral recurrible”.*

b) Convenio entre la República de El Salvador y la República Argentina para la promoción y protección recíproca de inversiones: el cual fue realizado en la ciudad de San Salvador, El Salvador el 9 de mayo de 1996. Expresamente en el artículo 10(3) relativo a la Solución de Controversias entre Inversor y la Parte Contratante receptora de la Inversión, remite al CIADI:

*“En caso de recurso al arbitraje internacional, la controversia podrá ser llevada, a elección del inversor: 1) Al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a las Inversiones (CIADI), creado por el “Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativas a las Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados” y; 2) A un tribunal de arbitraje “ad-hoc” establecido de acuerdo a las*

*reglas de arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI)”.*

c) Acuerdo entre la República de El Salvador y la Unión Económica Belgo-Luxemburguesa sobre promoción y protección recíproca de inversiones: el cual fue firmado en Bruselas el 12 de octubre de 1999. Expresamente en el artículo 9.3 relativo a Solución de Litigios relativo a las inversiones, remite al CIADI:

*“En caso de recurrir al arbitraje internacional para resolver un litigio, éste deberá ser sometido al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI) creado por la “Convención sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados”.*

d) Acuerdo entre el gobierno de la República de Corea y el gobierno de la República de El Salvador para la promoción y la protección recíproca de inversiones: el cual fue suscrito el 6 de julio de 1987 pero entró en vigencia el 25 de mayo del año 2002. El cual se encuentra vigente, pues el artículo 13(2) establece una vigencia de 20 años. Expresamente en el artículo 9(1) y (2)(b) relativo a la solución de las controversias sobre inversiones entre una Parte Contratante y un inversionista de la otra Parte Contratante, remite al CIADI:

*“Toda controversia entre una Parte Contratante y un inversionista de la otra Parte Contratante que incluyan la expropiación de inversiones se resolverán, en la medida de lo posible, en una manera amistosa, sin perjuicio de las negociaciones que pueden realizarse a través de canales diplomáticos. Si a través de tales consultas o negociaciones, no se llega a un acuerdo dentro de tres meses a partir de la fecha de la solicitud de liquidación, el inversor podrá someter la disputa a: El Centro Internacional para la Solución de Diferencias*

*Relativas a Inversiones (CIADI) establecido por el Convenio sobre Solución de Controversias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados”.*

### **2.1.11 Ley modelo de arbitraje internacional de la UNCITRAL**

La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL) fue establecida por la Asamblea General del año 1966. Según la misma UNCITRAL, la Asamblea General de las Naciones Unidas, al establecer la Comisión, reconoció que las disparidades entre las legislaciones nacionales que regían el comercio internacional erigía obstáculos al comercio y consideró que la Comisión constituiría la instancia idónea para que las Naciones Unidas podrían desempeñar un papel más activo en la reducción o en la eliminación de esos obstáculos.

La ley modelo regula todas las etapas del procedimiento arbitral, desde el acuerdo de arbitraje, pasando por la composición y competencia del tribunal arbitral y el alcance de la intervención del tribunal, hasta el reconocimiento y la ejecución del laudo arbitral. Refleja un consenso mundial sobre los aspectos más importantes de la práctica del arbitraje internacional, aceptados por los Estados de todas las regiones y de los diferentes ordenamientos jurídicos o sistemas económicos del mundo.

#### **2.1.11.1 Antecedentes de la Ley Modelo**

La ley modelo responde al propósito de resolver problemas relacionados con la situación actual de las leyes nacionales sobre arbitraje. La necesidad de perfeccionamiento y armonización de base en la comprobación de que las leyes nacionales suelen ser inadecuadas para los casos internacionales y de que existe una notable disparidad entre ellas.

La adopción por los Estados de la ley modelo, que es fácilmente reconocible, responde a las necesidades específicas del arbitraje comercial internacional y proporciona una norma internacional con las soluciones aceptables para los Estados y ordenamientos jurídicos diferentes, aumenta las posibilidades en cuanto a los lugares del arbitraje y facilita la sustanciación de las actuaciones arbitrales.

### **2.1.12 Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje**

En este apartado se abordará la presente ley a través de tres temas, como lo son: la comparación con la ley modelo de la UNCITRAL, en segundo lugar, la reforma que sufrió en el año 2009 y en un tercer aspecto un pequeño contraste con relación a las disputas relativas a inversiones.

La presente ley posee por objetivo fomentar dentro de la cultura jurídica el crecimiento de los intereses en la solución de diferencias por medio del diálogo y la utilización de medios alternativos, que a su vez permitan la búsqueda de soluciones creativas y ágiles a los asuntos tratados, con sencillez y mayor privacidad.<sup>83</sup> Lo cual deviene del artículo 23 de la Constitución de la República de El Salvador de 1983.

La Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje fue inspirada en la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI por sus siglas en español o UNCITRAL por sus iniciales en inglés) aprobada en el año de 1985 y está formulada para ayudar a los Estados a reformar y modernizar sus leyes sobre el procedimiento arbitral, a fin de que tengan en cuenta los rasgos peculiares y necesidades del arbitraje comercial internacional.

---

<sup>83</sup> Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje (El Salvador, Asamblea Legislativa, 2002).

Al pasar los treinta años desde la creación de la ley modelo y trece desde la entrada en vigencia de la Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje, es justo reconocer, que la entrada en vigencia de la ley de mediación trajo consigo muchas ventajas en el desarrollo del arbitraje comercial -no en materia de inversiones-, apartándose sustancialmente del procedimiento que regulaba el derogado Título II del Libro Cuarto del Código de Comercio e incorporando una protección a la institución misma por medio de disposiciones relativas a la competencia exclusiva de los árbitros, flexibilidad del procedimiento, la libertad concedida a las partes de escoger o confeccionar su propio procedimiento, la manera de integrar el tribunal arbitral, un único medio de impugnación, etc.<sup>84</sup>

Se ha mencionado que la Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje tiene como base de su promulgación, la ley modelo de la UNCITRAL, siendo necesario destacar esta particularidad en la presente investigación; pues tal ley modelo en el art. 1.1 establece lo siguiente: *“La presente Ley se aplicará al arbitraje comercial internacional, sin perjuicio de cualquier tratado multilateral o bilateral vigente en este Estado”*.

La Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje en el art. 21 establece que: *“La presente ley se aplicará al arbitraje nacional. También se aplicará al arbitraje internacional, sin perjuicio de lo previsto en los tratados, pactos, convenciones o demás instrumentos de derecho internacional ratificados por El Salvador”*

Se puede observar que el legislador retiró -erróneamente o voluntariamente- la palabra “comercial”, lo cual coadyuva en cierta manera, a ampliar el margen de aplicación de la ley en comento, pues, podría decirse que puede abarcar hasta las disputas relacionadas a materia de inversiones.

---

<sup>84</sup> Centro de Mediación y Arbitraje de la Cámara de Comercio e Industria de El Salvador, “Cruzada por una nueva ley de arbitraje”, *Revista Derecho y Negocios* n. 61 (2016): 9-10.

Resulta que en las enmiendas realizadas a la Ley Modelo de la UNCITRAL en el año 2006 se realizaron comentarios a las disposiciones de la misma, para el interés de esta investigación, realizaron el siguiente comentario al artículo 1.1 de la ley modelo que en principio menciona que se aplicará al arbitraje comercial internacional:

*“Debe darse una interpretación amplia a la expresión “comercial” para que abarque las cuestiones que se plantean en todas las relaciones de índole comercial, contractuales o no. Las relaciones de índole comercial comprenden las operaciones siguientes, sin limitarse a ellas: cualquier operación comercial de suministro o intercambio de bienes o servicios, acuerdo de distribución, representación o mandato comercial, transferencia de créditos para su cobro (“factoring”), el arrendamiento de bienes de equipo con opción de compra (“leasing”), la construcción de obras, consultoría, ingeniería, la concesión de licencias, la inversión, financiación, banca, seguros, acuerdo o concesión de explotación, las asociaciones de empresas y otras formas de cooperación industrial o comercial, transporte de mercancías o de pasajeros por vía aérea, marítima, férrea o por carretera”.*

Es sorprendente el cambio o “la distorsión” del concepto de comercio, pues como se puede observar se incorpora en la “interpretación amplia” la inversión, se puede negar la íntima relación que existe entre la inversión y el comercio, de una deviene la otra. Es increíble pues, la transformación, alcance o como quiera llamársele al apogeo que ha adquirido el arbitraje internacional de inversiones, pues ha abierto las posibilidades en instancias, leyes, tratados, las convenciones y los acuerdos internacionales de someter y reconocer las controversias relativas a inversiones a arbitraje ante instancias que en un primer momento solo accedían a cuestiones comerciales. La cuestión es la siguiente, pero tiene salvedad ¿Qué tal si se está ante un tribunal arbitral cuya

interpretación de las normas es meramente positivista? Es decir, interpretación literal de la misma; de someter una controversia de inversión ante un tribunal arbitral de un país en que en su ley en materia de arbitraje regula que su ámbito de aplicación es literal conforme a la Ley Modelo de la UNCITRAL en cuanto a “arbitraje comercial”, una interpretación como tal influenciaría en denegar el acceso al arbitraje a causa de no ser reconocida la inversión como comercio.

Resulta que hoy en día es difícil encontrarse con juristas que tengan una interpretación literal de las normas, pues las teorías transforman el derecho moderno a través de la teoría del precedente, jurisprudencia o doctrina legal, incluso, la misma ley puede otorgar ciertas definiciones. Ahora bien, por otra parte, lamentablemente en el año 2009 por medio del Decreto Legislativo No. 141 de fecha uno de octubre, se incorporó a la mencionada ley el artículo 66-A que otorga la posibilidad de apelar el laudo arbitral pronunciado en el arbitraje en derecho lo cual, en su momento fue confirmado por la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador en la sentencia de inconstitucionalidad referencia 11-2010 de fecha 30 de noviembre del año 2011.<sup>85</sup>

El arbitraje de derecho está compuesto por un panel de árbitros que son abogados y la resolución que dicten (laudo) debe ser fundamentada y apegada a la normativa legal vigente. Dicho lo anterior, se interpreta que la visión del legislador al hacer esta modificación a la ley es porque consideró el arbitraje como de naturaleza jurisdiccional, la cual según la doctrina ha pasado nada

---

<sup>85</sup> Conforme a la regulación de la Ley Modelo que de dichas disposiciones se convierten para nuestro país en recomendaciones, se ha optado por adoptarse muchas de ellas como es el caso de la intervención judicial para la falta de acuerdo en selección de árbitros, pues las Cámaras de lo Civil de la República podrán asignarlos (Art. 37 LMCA), recusaciones (Art. 42 LMCA), impugnación de laudo (Arts. 66 y siguientes LMCA) -tomando en cuanto el comentario que se hace respecto al laudo de derecho que regulada el Art. 66-A-, todos en relación con el artículo 6 de la Ley Modelo.

más a ser relevante para usos didácticos, pues ya se ha visto superada dicha concepción. El dilema surge viéndose desde la óptica constitucional, ¿Qué es más importante? ¿El derecho a recurrir o el derecho a someter bajo el principio de la autonomía de la libertad los intereses de las partes en conflicto a un arbitraje -entendiendo este como libre de la innecesaria intervención judicial-? Si bien es cierto, un recurso reglado es una garantía constitucional del derecho de acceso a la jurisdicción y al debido proceso; al aplicarse a la materia del arbitraje desnaturaliza la figura, en vista que va en contra de dos elementos característicos, a los que la doctrina reconoce como propias de la institución y son: la mínima intervención judicial y la obligatoriedad del cumplimiento del laudo.

En la sentencia, se establece que no existe la inconstitucionalidad del artículo 66-A, en relación al artículo 23 de la Constitución de la República, que según sus propias palabras *“el establecimiento legislativo del recurso de apelación en contra del laudo pronunciado por los árbitros no desnaturaliza la esencia heterocompositiva del arbitraje, al no impedirle a estos que realicen la función resolutive que los interesados le han encomendado”* esta reforma y validación por parte de la Sala de lo Constitucional trajo consigo muchas críticas por parte de la comunidad jurídica por la inseguridad jurídica que a criterio de muchos provocaba tal reforma; así como algunos pronosticaban que la institución del arbitraje desaparecería del país, por fortuna, no ha sucedido. Por motivos como el anterior, existen otras justificaciones para impulsar una nueva ley en materia de arbitraje.

La primera de ellas obedece a que la Ley Modelo de la UNCITRAL que sirvió de base para la creación de la Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje ha sufrido enmiendas importantes en el año 2006 y la mayoría de países hayan adaptado a sus legislaciones conforme a las enmiendas.

Una segunda justificación, es que la práctica arbitral ha evolucionado tanto alrededor del mundo desde 1985 a la fecha, se ha quedado rezagado y por tanto se necesita salir del atolladero y volver a tener la visión de estar en la élite de la comunidad arbitral internacional. La última y no menos importante, es que, si se desea un país con una economía sólida, saludable y sostenible en el tiempo, atractivo para las inversiones de capital nacional y extranjero se debe de tener las herramientas necesarias para que, cuando los conflictos comerciales -o de inversión- surjan se puedan resolverlos de la manera más ágil posible, contribuyendo así a la dinamización de la economía.

Respecto a la reforma que se hizo a través del artículo 66-A, en cuanto a la intervención judicial por apelación de un laudo arbitral, se considera que las partes al momento de someterse a un arbitraje están conscientes que su propósito no es que su conflicto quede en manos de un juez, sino más bien contratan a personas independientes para que sean estos quienes resuelvan en base a la buena fe (arbitraje en equidad), a la capacidad técnica (arbitraje técnico) o en el derecho (arbitraje de derecho) sus conflictos y a respetar la resolución que estos dicten en sus laudos a menos que exista un vicio tal que conlleve nulidad.

Es necesario mencionar que el problema no es constitucional, sino funcional, ya que la figura del arbitraje ve truncada su posibilidad de crecimiento al tener el Estado una norma poco competitiva a nivel internacional.<sup>86</sup> Por otra parte, también se encuentra el artículo 75 y siguientes de la Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje que regulan lo concerniente al arbitraje internacional y extranjero. Los artículos 79 y siguientes señalan sobre el proceso que debe seguirse cuando se pronuncie un laudo arbitral en materia de inversiones, no

---

<sup>86</sup> Mardoqueo Josafat Tóchez Molina, "Arbitraje de derecho y la apelación", *Revista Derecho y Negocios* n. 61 (2016): 11-12.

necesariamente para esta materia, se menciona por el objeto de estudio de la investigación, es decir, pronunciado por el CIADI o de cualquier otro centro de arbitraje internacional. Se hace mención que el reconocimiento y autorización que regula el artículo 80, específicamente en el inciso segundo, tiene íntima relación con el artículo 54.1 del convenio CIADI el cual reza: *“Todo Estado contratante reconocerá al laudo dictado conforme a este Convenio carácter obligatorio y hará ejecutar dentro de sus territorios las obligaciones pecuniarias impuestas por el laudo como si se tratara de una sentencia firme dictada por un tribunal existente en dicho Estado...”*. Por otro lado el inciso segundo del artículo 80 regula: *No será necesaria conforme a lo previsto en la Ley Orgánica Judicial, autorización para la ejecución de sentencias de los Tribunales Arbitrales internacionales creados por convenios obligatorios para El Salvador”*.<sup>87</sup>

### **2.1.13 Ley de Inversiones**

La presente ley regula principios que también se pueden encontrar en tratados bilaterales de inversión, tratados de libre comercio, etc, tales como: trato justo y equitativo, la nación más favorecida, las obligaciones, asimismo establece la creación de la oficina nacional de inversiones (ONI) competente según la ley y su reglamento para el registro de inversiones tanto nacionales y extranjeras; siendo así que la misma ley define cuándo y cómo se entenderán por tales.<sup>88</sup>

---

<sup>87</sup> Ley Orgánica Judicial (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 1984). El artículo 5 establece: *“Son atribuciones de la Corte Plena las siguientes: fracción 13ª: “Conceder el exequátur correspondiente a las sentencias pronunciadas por tribunales extranjeros y eficacia extraterritorial a las resoluciones de dichos tribunales extranjeros y eficacia extraterritorial a las resoluciones de dichos tribunales en actos de jurisdicción voluntaria. No será necesaria la autorización para la ejecución de sentencias de tribunales internacionales creados por Convenios obligatorios para El Salvador”*.

<sup>88</sup> Ley de Inversiones (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 1999). Esta ley se encuentra íntimamente relacionada con el Código de Comercio de El Salvador, pues, para la instalación o constitución de una empresa extranjera a través de inversión, deben cumplir con los requisitos del artículo 358.

Esta ley es una iniciativa para atraer inversión a El Salvador, mediante la cual se ofrece al inversor extranjero oportunidades accesibles y favorables para que realice inversiones en El Salvador. El objetivo a través de dicha ley es fomentar las inversiones en general y las inversiones extranjeras en particular, para contribuir al desarrollo económico y social del país, incrementando la productividad, la generación de empleo, la exportación de bienes y servicios y la diversificación de la producción.

Un punto muy particular sobre esta ley es que regula a su vez lo concerniente a las controversias y su solución, resulta ser que antes de su reforma en el año 2013 establecía que por controversias que surjan entre inversionista extranjero y el Estado receptor -que en este caso sería El Salvador- las partes podrán acudir a los tribunales competentes, de acuerdo con la legislación vigente y a los procedimientos legales correspondientes. Pero adicionalmente regulaba expresamente que toda controversia que surgiera en materia de inversiones se remitiría directamente al CIADI.<sup>89</sup>

En la actualidad el artículo 15 de la Ley de Inversiones menciona: *“En caso que surgieren controversias o diferencias entre los inversionistas nacionales o extranjeros y el Estado, referentes a inversiones de aquéllos efectuadas en El*

---

<sup>89</sup> El artículo 15 derogado establecía: “En caso que surgieren controversias o diferencia entre los inversionistas nacionales o extranjeros y el Estado, referentes a inversiones de aquellos, efectuadas en El Salvador, las partes podrán acudir a los Tribunales de Justicia, competentes, de acuerdo a los procedimientos legales. En el caso de las controversias surgidas entre inversionistas extranjeros y el Estado, referentes a inversiones de aquellos efectuadas en El Salvador, los inversionistas podrán remitir la controversia: a) Al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), con el objeto de resolver la controversia mediante conciliación y arbitraje, de conformidad con el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados (Convenio CIADI); b) Al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), con el objeto de resolver la controversia mediante la conciliación y el arbitraje, de conformidad con los procedimientos contenidos en el Mecanismo Complementario del CIADI; en los casos que el inversionista extranjero parte en la controversia sean nacional de un Estado que no es parte contratante del Convenio del CIADI.”

*Salvador, las partes podrán acudir a los tribunales competentes, de acuerdo a la legislación vigente y a los procedimientos legales correspondientes.”<sup>90</sup>*

La reforma deviene de una demanda interpuesta por la empresa Pacific Rim, la cual, recurre ante el CIADI solicitando que se declarara competente para el conocimiento de la controversia suscitada bajo el tratado de Libre Comercio denominado DR-CAFTA y bajo la Ley de Inversiones de El Salvador; de ello resultó que la empresa no era nacional de un Estado miembro del DR-CAFTA y tampoco del Convenio CIADI pues era de nacionalidad canadiense -tema que se abordará con mayor profundidad en el capítulo IV-, por lo que el centro decidió conocer bajo la Ley de Inversiones.

Debe mencionarse que, El Salvador ha sido demandado ante CIADI en cuatro ocasiones, la primera vez fue en el año 2003 por la empresa española Inceysa Vallisoletana, S.L.; el segundo caso en el 2009 por la empresa Pacific Rim; el tercero por la empresa estadounidense Commerce Group y el último caso por la empresa italiana ENEL, de los 4 procesos El Salvador ha salido victorioso; respecto al último caso se logró determinar negociar con la empresa que el arbitraje no tendría futuro.

En ese orden de ideas, los inversionistas demandantes acudieron no solo a un tratado bilateral o multilateral para llevar sus controversias a esa institución arbitral, sino que además invocaron la disposición en comento de la Ley de Inversiones. Ha sido principalmente esta doble invocación de la jurisdicción de CIADI lo que sin duda motivó que el artículo 15 se reformara y es a partir de dicha reforma que se eliminó toda referencia expresa al CIADI. Lo anterior no significa que El Salvador ya no disputará controversias relativas a inversiones

---

<sup>90</sup> Ley de inversiones, artículo 15 derogado.

ante CIADI, pues lo que se buscaba con dicha reforma -como se dijo antes- es evitar una doble demanda amparada tanto en tratados de inversión y la ley nacional; pues el Estado continúa siendo parte del CIADI ya que no ha denunciado tal convenio, por consiguiente continúa forzado con las obligaciones ahí pactadas y con las demás que se establezcan en los tratados, acuerdos, convenios y contratos de inversión, que en ellos a su vez, puede establecerse el sometimiento a arbitraje para solucionar las disputas relativas a inversiones ante el CIADI.

#### **2.1.14 Ley de Servicios Internacionales**

El objeto de esta norma jurídica es la regulación del establecimiento y el buen funcionamiento de parques y centros de servicio, así como los beneficios y responsabilidades de los titulares de empresas que desarrollen, administren u operen en los mismos. Asimismo, brinda incentivos fiscales a las empresas dedicadas a la prestación de servicios para clientes extranjeros. Para gozar de estos beneficios las empresas podrán establecerse en parques<sup>91</sup> o centros de servicios.<sup>92</sup> Asimismo, la presente ley otorga beneficios tanto para inversores nacionales y extranjeros, como los siguientes:

a) Exención de derechos arancelarios y demás impuestos sobre la importación de la maquinaria, el equipo, las herramientas, repuestos, accesorios, mobiliario y los demás bienes que sean necesarios para la ejecución de la actividad incentivada.

---

<sup>91</sup> Los parques de servicios: áreas delimitadas en las cuales se establecen y operan empresas dedicadas a la prestación de servicios internacionales y que reciben los beneficios fiscales de esta ley.

<sup>92</sup> Los centros de servicios: Cuando una empresa de una actividad elegible -previamente especificadas en la ley- no puede establecerse dentro de un parque de servicios (por razones físicas o técnicas, podrá autorizarse para operar afuera como un centro de servicios y gozar de los beneficios de esta ley.

b) Exención total de impuesto sobre la renta por los ingresos provenientes de la actividad incentivada, durante el período que realice sus operaciones en el país.

c) La exención total de impuestos municipales sobre el activo de la empresa, durante el período en que realice operaciones en el país.

Para optar a estos beneficios, el inversor debe seguir un proceso de requisitos que establecen las leyes nacionales como el Código de Comercio, la Ley de Inversiones y su Reglamento, Ley de Servicios Internacionales y Ley de Zonas Francas Industriales y de Comercialización, según el caso, en cuanto a estas dos últimas leyes mencionadas, entre otras.

En ese orden de ideas, el artículo tres de la Ley de Servicios Internacionales recuerda una vez más lo que regula la Ley de Inversiones y su Reglamento: *“Para ser sujeto a los beneficios e incentivos fiscales que otorga la presente Ley, los inversionistas nacionales o extranjeros deberán registrar previamente el capital, de conformidad a la Ley de Inversiones, en la Oficina Nacional de Inversiones, ONI, la cual emitirá la resolución correspondiente en un plazo no mayor a 5 días hábiles.”*

La presente ley no establece medios de solución de las controversias, pero, presenta diversidad de derechos a los inversionistas, que, de no respetarse, son un argumento para demandar al Estado.

### **2.1.15 Ley Especial de Asocio Público Privado**

El objeto de esta ley es la promoción de la inversión pública en forma conjunta entre el Estado y los inversionistas privados; así mismo busca potenciar el

desarrollo de grandes proyectos nacionales en materia de las obras públicas, los servicios públicos y las actividades de interés general, lo que impulsará la economía nacional y el desarrollo social, mediante la elevación de las tasas de inversión pública, capacidad productiva, permitiendo al Estado incrementar la inversión social.<sup>93</sup>

Esta ley es aplicable a todos aquellos contratos en los cuales las entidades estatales encarguen a un inversionista privado el diseño y construcción de una infraestructura y sus servicios asociados o su construcción, la reparación, el mejoramiento o equipamiento, cuyas actividades, deberán involucrarse en la operación y mantenimiento de la infraestructura mencionada. También podrán versar sobre infraestructura para la prestación de los servicios públicos o la explotación o ejecución de una actividad de interés general.

Es necesario mencionarse una realidad; con o sin socios públicos privados, El Salvador no es una “inversión atractiva” para las empresas extranjeras y, por lo tanto, cualquier legislación que sea diseñada para reestructurar el poder económica del Estado en el largo plazo y mientras se confía exclusivamente en inversiones futuras e inciertas, es un riesgo enorme que podría fácilmente agobiar al país durante décadas.<sup>94</sup>

Asociado a lo anterior, respecto al hecho de reformar el artículo 15 de la Ley de Inversiones: *“pareciera ser que se quita una soga pero se pone una más gruesa y que está amarrada no a un árbol, sino en una columna de hormigón porque posiblemente por la vía de las concesiones, a través de la Ley de Asocio Público Privado se pueda permitir y hacer una contra argumentación*

---

<sup>93</sup> Ley Especial de Asocio Público Privado (El Salvador, Asamblea Legislativa, 2013).

<sup>94</sup> Fundación de Estudios para la Aplicación de Derecho FESPAD, “Asocio público-privado en El Salvador: Análisis de impacto y las recomendaciones” (Fundación de Estudios para la Aplicación de Derecho, El Salvador: 2013), 18.

*por parte de las empresas inversoras*<sup>95</sup>, esto en relación a las disposiciones legales de sometimiento al arbitraje ante instancias internacionales. En ese sentido, los artículos 92 y siguientes establecen el proceso de solución de controversias: *“Todo contrato de asocio público privado podrá estipular los mecanismos nacionales o internacionales para la solución de las controversias que se deriven de su interpretación, aplicación o ejecución...”*<sup>96</sup> esta última interpretación parece acertada.

Por disposición legal (Artículo 3 inc. 3°), se encuentran excluidos los proyectos en los sectores de salud, seguridad social, seguridad pública, justicia en lo referente a custodia, rehabilitación y trabajo penitenciario de internos, agua y educación. Es preciso mencionar que actualmente se encuentra prohibida la minería metálica, lo cual no está regulado en la presente ley, pero si lo está en el artículo primero de la Ley de Prohibición de la Minería Metálica. Se pueden llevar a cabo proyectos de Asocios Público Privados en calidad de contratantes del Estado el Órgano Ejecutivo y sus dependencias, instituciones de carácter autónomo, inclusive la Comisión Ejecutiva Hidroeléctrica del Río Lempa (CEL), así como las municipalidades. El monto de inversión y gasto actualizado de operación y mantenimiento de los proyectos de APP deberá superar el equivalente de cuarenta y cinco mil veces el salario mínimo mensual vigente del sector comercio y servicios y el plazo máximo del contrato es de 40 años.

### **2.1.16 Ley de estabilidad jurídica para las inversiones**

Esta ley persigue el mismo objeto que las anteriores, promover la inversión nacional y extranjera, con la única diferencia –buena, por cierto- que ofrece

---

<sup>95</sup> OXFAM, “foro: situación actual e implicaciones del caso Pacific Rim (Oceana Gold) para el Estado Salvadoreño”, *Ciel*, 22 de abril de 2014, <https://bit.ly/2NOgyIY>

<sup>96</sup> Ley de Especial de Asocio Público Privado, artículo 92.

contratos de estabilidad jurídica, dicha ley resulta aplicable para sectores tales como energía, telecomunicaciones, manufacturas, agroindustria, aeronáutica, servicios de salud, entre otros.<sup>97</sup>

Los inversionistas interesados deberán tramitar la solicitud ante el Organismo Promotor de Exportaciones e Inversiones de El Salvador (PROESA), una vez aprobada dicha solicitud se celebra un contrato de estabilidad jurídica con el Ministerio de Economía, a partir de la suscripción del contrato el inversionista gozará de estabilidad tributaria en el ámbito nacional, estabilidad tributaria en el ámbito municipal, estabilidad en las exenciones tributarias, estabilidad en los regímenes aduaneros, estabilidad en la libre transferencial exterior de los fondos provenientes de inversiones extranjeras, entre otras.<sup>98</sup>

El artículo 14 de la presente ley detalla los montos, períodos de estabilidad a los cuales los inversionistas pueden acogerse, estos son: Para una estabilidad de 5 años, la inversión debe ser de entre 4,220 a 21,100 salarios mínimos; para una estabilidad de 10 años, la inversión debe estar entre 21,201 a 42,200 salarios mínimos y para una estabilidad de más de 20 años, la inversión deberá ser desde 42,201 salarios mínimos. El cálculo es con base al salario mínimo del sector industria.

Los inversionistas nacionales o extranjeros, para obtener las garantías que otorga el contrato de estabilidad jurídica bajo el marco de esta ley, deberán realizar una inversión en activo fijo por un monto igual o mayor a cuatro mil doscientos veinte (4,220) salarios mínimos vigentes del sector industria, en dólares de los Estados Unidos de Norte América, en nuevos proyectos o en la

---

<sup>97</sup> Ley de Estabilidad Jurídica para las Inversiones. (El Salvador: Asamblea Legislativa, 2015), artículo 13.

<sup>98</sup> Luisa Rivas, *Garantías que brinda la Ley de Estabilidad Jurídica para las inversiones*, *Lexology*, acceso el 14 de diciembre de 2017), <https://bit.ly/2M2a8nN>

ampliación de los ya existentes. El art. 19 regula la solución de controversias, instituyendo que deberá establecerse el mecanismo en virtud del artículo 15 de la Ley de Inversiones.

### **2.1.17. Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública (LACAP)**

Es necesario mencionar la discrepancia que existe entre la Ley Especial de Asocios Público Privados con la presente ley, pues, los procesos de licitación de un proyecto de Asocios Público Privado se rige por lo establecido en su ley, en caso de vacíos, se aplicará supletoriamente la ley LACAP.<sup>99</sup> Respecto al tema de las inversiones y su licitación o concesión que no están comprendidas o reguladas en la Ley Especial de Asocios Público Privados, se aplicarán subsidiariamente las disposiciones de la LACAP. Pues el tratamiento que da esta ley es una parte transcendental en el desarrollo de la inversión que se pueda realizar en el Estado en participación conjunta con el Estado, pues hay una relación contractual.<sup>100</sup>

La ley LACAP contiene disposiciones relativas a la solución de controversias como el arreglo directo y el arbitraje a partir del artículo 161, el cual, establece que el arbitraje principalmente será conocido por los tribunales nacionales; pero también pueden ventilarse disputas en virtud de esta ley ante instancia internacionales, así lo establece el literal c) del artículo 165.

A modo de conclusión, en El Salvador existe abundante regulación respecto a las inversiones, precisamente a la inversión extranjera directa, pero a su vez,

---

<sup>99</sup> Fundación Salvadoreña para el Desarrollo Económico y Social FUSADES, “Reformas a la Ley APP pueden traer beneficios para el país” (San Salvador, El Salvador: 2017), 11.

<sup>100</sup> Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública (El Salvador: Asamblea Legislativa, 2000).

al existir normas jurídica habilitantes para atracción de inversiones, pueden existir regulaciones que dejaban en completa inseguridad y vulnerabilidad a El Salvador ante una posible disputa por inversiones, tal fue el caso de la Ley de Inversiones, no se dejó de lado el estudio del DR-CAFTA y el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (Convenio CIADI).

## **CAPITULO III**

### **ORIGEN Y SITUACIÓN ACTUAL, VENTAJAS Y DESVENTAJAS DEL SISTEMA ARBITRAL INTERNACIONAL**

El propósito del presente capítulo es dar a conocer el origen y desarrollo del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estado y Naciones de Otros Estados, así como la relación jurídica entre el Estado Salvadoreño, la aplicación y los procedimientos que conlleva al someterse a la jurisdicción del Centro. Asimismo, desarrollar un estudio acerca del origen del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones y de otros centros arbitrales de trayectoria internacional.

#### **3. Origen y desarrollo**

Es necesario mencionar el origen y el desarrollo acerca del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estado y Naciones de Otros Estados, así como la relación jurídica entre el Estado Salvadoreño, la aplicación y los procedimientos que conlleva al someterse a la jurisdicción del Centro.

##### **3.1. Los Acuerdos de Bretton Woods y el Banco Mundial**

Al término de la Segunda Guerra Mundial la economía mundial y el comercio internacional se encontraban en un notable deterioro, a causa de las rupturas de lazos comerciales, el inminente paro industrial pos guerra y la necesidad de reconstruir la economía de los países beligerantes, siendo objeto de gran preocupación por los países miembros de las Naciones Unidas, de lo cual se consideraron medidas inmediatas que debían ser acordadas.

Posterior a la guerra se conformó la Conferencia Monetaria y Financiera de las Naciones Unidas, entre el 1 y 22 de julio del año 1944, en Bretton Woods, New Hampshire y se contó con la participación de cuarenta y cuatro países, en el que se discutió las medidas necesarias para estabilizar las monedas y el crédito durante el periodo pos guerra, finalmente el 22 de julio del año 1944 se creó dos de las actuales instituciones multilaterales monetarias y financieras más importantes a nivel mundial, el Fondo Monetario Internacional y el Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento, cotidianamente conocido como el Banco Mundial.<sup>101</sup>

El Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento es una banca multilateral orientada inicialmente a la reconstrucción y fomento de los países afectados por la Segunda Guerra Mundial, posteriormente, con el transcurso del tiempo, reorientada hacia la participación en procesos de crecimiento de economías subdesarrolladas a través de las diferentes actividades financieras, como préstamos internacionales.<sup>102</sup>

### **3.1.1 Creación del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI)**

El CIADI es parte de una de las 5 organizaciones del Grupo del Banco Mundial y es una organización que suministra servicios de conciliación y arbitraje para ayudar a resolver disputas sobre inversiones internacionales. El CIADI se creó a raíz del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, que fue elaborado por los Directores Ejecutivos del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento, con informe

---

<sup>101</sup> Roberto Alemán, "A cincuenta años de los acuerdos de Bretton Woods", Boletín Informativo n. 280, (1994): 49.

<sup>102</sup> Alfredo García *et al.*, "Banco Mundial y Plan Baker. Análisis del caso argentino", Boletín Informativo n. 256, (1989): 33.

adjunto a los gobiernos adjuntos al Banco Mundial, ratificado inicialmente por 20 países y que entró en vigor el día 14 de octubre de 1966.

El reglamento y las reglas del CIADI incluyen el reglamento administrativo y financiero; reglas procesales aplicables a la iniciación de los procedimientos de conciliación y arbitraje (reglas de iniciación); reglas procesales aplicables a los procedimientos de conciliación (reglas de conciliación); y reglas procesales aplicables a los procedimientos de arbitraje (reglas de arbitraje). Las últimas enmiendas al reglamento y las reglas del CIADI apadrinadas por el Consejo Administrativo del Centro entraron en vigor el 10 de abril de 2006.<sup>103</sup>

### **3.2. Estructura Organizacional del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI)**

La integración del CIADI está conformado por una simple estructura orgánica que consiste en lo siguiente: el Consejo Administrativo (The Administrative Council), el Secretariado (Secretariat), lo anterior conforme a lo establecido en el Convenio del CIADI.

El consejo administrativo es el principal órgano de gobierno del CIADI, está compuesto por representantes de todos los estados miembros. El art. 5 del Convenio del CIADI establece que será el Presidente del Banco Mundial *ex officio* el Presidente del Consejo Administrativo, pero sin tener derecho a voto durante las sesiones, entendiéndose es un cargo meramente representativo. El Consejo Administrativo celebra una reunión anual tal como lo demanda el artículo siete del Convenio, así como las reuniones que sean acordadas por el

---

<sup>103</sup> Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones, “Aspectos Básicos del CIADI” (Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones, Estados Unidos: 2017).

Consejo, o convocadas por el Presidente, o por el Secretario General cuando se requiera.<sup>104</sup>

El Secretariado conforma el segundo órgano dentro del seno del CIADI, que de acuerdo con el artículo 9 del Convenio del CIADI establece, que las figuras predominantes de este órgano son el Secretario General y los Secretarios Generales Adjuntos. Para la elección del Secretario General es indispensable formar parte de la terna de candidatos propuestos mediante el Presidente del Consejo Administrativo, es decir, el presidente del Banco Mundial, en el cual por mayoría de dos tercios de los miembros del Consejo podrán optar por un período de servicio no mayor de seis años, pudiendo ser reelegidos.

El artículo 11 del Convenio del CIADI establece que es el Secretario General, el representante legal y funcionario principal del CIADI es el cargo responsable de su administración, asimismo, se incluye el nombramiento del personal, desempeñando la función de registrador y con facultades para autenticar los laudos arbitrales dictados conforme a este convenio y para conferir copias certificadas de los mismos.<sup>105</sup>

### **3.3. Requisitos para el sometimiento al proceso arbitral ante el CIADI**

La característica principal de los arbitrajes ante CIADI es el consentimiento de las partes, en especial el consentimiento del Estado; por el solo hecho que un Estado sea parte del convenio CIADI, no significa que está concediendo su consentimiento a ser demandado, sino que se necesita un escrito adicional tal

---

<sup>104</sup> Convenio Sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones Entre Estados y Nacionales de Otros Estados (Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (Banco Mundial), Estados Unidos: 1965), artículo 7.

<sup>105</sup> Convenio Sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, artículo 11.

como lo prescribe el art. 25 del convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre estados y nacionales de otros estados, convenio CIADI.<sup>106</sup>

El consentimiento antes mencionado se puede dar en cuatro formas diferentes y es importante hacer notar que solamente se necesita una de estas formas para que el Estado dé su consentimiento, es decir, se colocan cuatro formas, pero basta con que se cumpla una de ellas:

a) A través de un tratado internacional, que puede ser un tratado bilateral de inversiones entre dos Estados, puede ser un tratado multilateral, como por ejemplo el DR-CAFTA.

b) A través de un contrato que puede existir entre el Estado y el inversionista extranjero.

c) A través de una ley interna del Estado receptor de la inversión, por ejemplo, en el caso de El Salvador, quien posee una Ley de Inversiones que contenía un inciso en el artículo 15 -ahora reformado- que fue interpretado por el CIADI en el caso Pacific Rim en el sentido de dar consentimiento por parte de El Salvador a someter cualquier disputa con un inversionista extranjero a arbitraje ante el CIADI.<sup>107</sup>

d) La cuarta forma se presenta al haber ausencia de las tres anteriores, pese a ello, un Estado y un inversionista extranjero aun así pueden decidir someter

---

<sup>106</sup> La jurisdicción del Centro se extenderá a las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión entre un Estado Contratante (o cualquiera subdivisión política u organismo público de un Estado Contratante acreditados ante el Centro por dicho Estado) y el nacional de otro Estado Contratante y que las partes hayan consentido por escrito en someter al Centro. El consentimiento dado por las partes no podrá ser unilateralmente retirado.

<sup>107</sup> Artículo 15: "En caso que surgieren controversias o diferencias entre los inversionistas nacionales o extranjeros y el Estado, referentes a inversiones de aquéllos efectuadas en El Salvador, las partes podrán acudir a los Tribunales competentes, de acuerdo a la legislación vigente y a los procedimientos legales correspondientes".

una disputa de arbitraje ante el CIADI, aunque pueden hacerlo por escrito posteriormente a que la disputa haya surgido.<sup>108</sup>

Es importante hacer referencia a la reforma del art. 15 de la Ley de Inversiones, que en el proceso arbitral seguido ante CIADI entre Pacific Rim y El Salvador, dicha empresa invocó dos formas de las antes mencionadas para habilitar la jurisdicción del CIADI, lo hizo bajo el DR-CAFTA y lo hizo también bajo el Art. 15 de la Ley de Inversiones, antes que fuera modificada establecía que las disputas surgidas de las inversiones, se someterían a CIADI, es decir, remitía expresamente las disputas relativas a inversiones a dicho centro.

En virtud de lo anterior, cabe destacar que la empresa Pacific Rim hizo no solo una invocación de la jurisdicción, sino también dos conjuntos de reclamos diferentes, una bajo el CAFTA y otro bajo la Ley de Inversiones. En parte, esto motivó a la reforma de la Ley de Inversiones. Las exigencias para que exista jurisdicción arbitral ante el CIADI son: 1) los requisitos materiales: diferencias de materia jurídica que surjan de las inversiones; 2) las personales: distinta nacionalidad del receptor e inversor y, 3) formales: que la jurisdicción del CIADI haya sido convenida por escrito

El artículo 25 del convenio CIADI establece que: *“La jurisdicción del Centro se extenderá a las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión entre un Estado contratante (o cualquier subdivisión política u organismo público de un Estado contratante acreditados ante el Centro por dicho Estado) y el nacional de otro Estado contratante y que las partes hayan consentido por escrito en someter al Centro. El consentimiento dado por las partes no podrá ser unilateralmente retirado”*.<sup>109</sup>

---

<sup>108</sup> OXFAM, “foro: situación actual”, 4.

<sup>109</sup> Convenio Sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, artículo 25.

Como primer comentario, mucho se ha hablado sobre el tema de la inversión extranjera directa, pero, como puede observarse, el convenio es amplio, pues generaliza el término inversión y no se limita a una inversión extranjera directa.

Un subsecuente comentario es en torno al contenido de inversión, pues debe destacarse que el convenio no regula qué se entenderá por tal, pero, hay una razón que motivó tal omisión por así decirlo, pues en el seno de los grupos de trabajo que discutieron el texto de la convención no acordaron qué se iba a entender por la misma.

Lo anterior tiene su razón, pues para uno o varios Estados lo que la convención defina qué es inversión o qué actos se considerarán como tal, podría ser diferente; en razón de ello, la convención deja libre la definición de la misma en leyes o tratados internacionales de inversión o libre comercio. Para el caso, el tratado entre Perú y Bolivia define a aquella como: *“Todo tipo de activo definido en sus leyes, por ejemplo: la propiedad de bienes y cualquier clase de derechos reales sobre mueble o inmuebles acciones sobre sociedades, fondos de valor económicos, propiedad intelectual, prestación de servicios públicos, etc...”*.

#### **3.4 Estructura procesal arbitral ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencia Relativas a Inversiones**

El proceso arbitral, al igual que todos los procesos, debe tener una estructura, basándose en reglas previamente establecidas por las normativas, tratados o convenios internacionales.

El arbitraje ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencia Relativas a Inversiones, se rigen normalmente por un de los dos conjuntos de las normas

procesales del Centro, que son el Convenio del CIADI, el Reglamento y Reglas y el Reglamento del Mecanismo Complementario del CIADI.<sup>110</sup>

La discrepancia del reglamento del mecanismo complementario del CIADI, permite que el Secretario del CIADI administre el procedimiento de conciliación y el proceso arbitral que el Estado contratante, no siendo necesario que éste sea miembro de CIADI.<sup>111</sup> Según el capítulo IV, del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estado y Naciones de Otros Estados, a partir de ahora denominado Convenio, norma las etapas del procedimiento del arbitraje, que deben ser cumplidas por todos los sujetos procesales que conforman el proceso arbitral establecido de una manera breve de la siguiente manera:

### **3.4.1 Solicitud**

Según el art. 36 del convenio, *“cualquier Estado Contratante o nacional de un Estado Contratante que quiete incoar un procedimiento de arbitraje, dirigirá, a tal efecto, una solicitud escrita al Secretario General quien enviará copia de la misma a la otra parte.”*<sup>112</sup> Lo que quiere decir que el proceso iniciará con la solicitud tanto por el Estado receptor de la inversión, como por el inversionista, aunque generalmente, las estadísticas del CIADI, muestran que quien acciona la jurisdicción arbitral es el inversionista, por diversos motivos.

Una vez realizada la solicitud y dirigida al Secretario General, esta deberá de contener los presupuestos formales en los cuales debe establecer los datos generales de la parte que presenta la solicitud y de la parte contraria

---

<sup>110</sup> Centro Internacional de Arreglo de Diferencia relativas a Inversiones, “Informe Anual 2017” (Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (Banco Mundial), Estados Unidos: 2018).

<sup>111</sup> *Ibid.*

<sup>112</sup> Convenio Sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, artículo 36.1

para poder emplazarla en legal forma; el objeto de la diferencia, el idioma debe ser el oficial del CIADI según lo dispuesto la Regla del Arbitraje 22.1, es decir, el lenguaje español, el inglés o el francés; así como también el consentimiento del sometimiento de ambas partes al proceso arbitral, con base en el art. 36.2.

A continuación, para efectos de registro de la solicitud es el Secretario General quien hará dicho acto, advirtiéndole que si no el Centro no tiene la jurisdicción, notificará inmediatamente a las partes la denegación de la solicitud, con base al artículo 36.3 del Convenio; de lo contrario según la regla de arbitraje 30, se deberá constituir el Tribunal, acorde a las reglas, que en el apartado posterior se explica y notificará a los miembros que lo conforman sobre la solicitud y los documentos anexos a esto, de igual forma de cualquier otra documentación y actos de comunicación realizados en dicho proceso.<sup>113</sup>

### **3.4.2 Constitución del Tribunal**

Luego de registrar la solicitud, según el artículo 37 del convenio con relación a la regla de arbitraje 1.1, se deberá integrar el Tribunal que conocerá sobre la diferencia. Posterior a esto y de acuerdo a la regla del arbitraje 6.1 una vez aceptado el nombramiento de los árbitros que conformen el tribunal se deberá notificar a las partes.<sup>114</sup>

### **3.4.3 Requisitos de los interventores en el proceso arbitral ante CIADI**

No se profundizará en mayor medida sobre los requisitos que deben cumplir las partes que intervienen en el proceso arbitral, pues la presente investigación no gira en gran medida en la descripción del proceso arbitral ante CIADI.

---

<sup>113</sup> Pedro Chaparro Matamoros, "El Arbitraje celebrado ante el CIADI", *Revista Bolivariana de derecho*, n. 18, (2014): 193.

<sup>114</sup> Esto de acuerdo a la composición numérica de los árbitros, pudiendo ser conformado por un número impar, usualmente son tres los árbitros, o puede ser el caso que solo exista un árbitro, según la Regla de Arbitraje 1.2.

### 3.4.3.1 Los particulares y los Estados partes contendientes

Las partes que actúan en un arbitraje ante CIADI son inversionistas y Estados. Los particulares inversionistas que acuden ante el CIADI pueden ser de dos tipos: personas naturales o persona jurídicas.

En relación con las personas naturales, el artículo 25.2 a) personas jurídicas comprendidas en el literal b) del Convenio CIADI regula lo concerniente a tales personas.<sup>115</sup>

En cuanto a los Estados como intervinientes en el proceso arbitral ante CIADI por regla general, acuden como partes demandadas y no como demandantes, por cuanto en la práctica son mayores las reclamaciones de los inversionistas que consideran que el Estado ha violado los estándares mínimos de protección de sus inversiones y además, el sistema CIADI, según algunos escritores, no favorece la intervención de los Estados como partes demandantes, pero el convenio es claro en admitir Estados como parte demandante, pues así lo dispone el artículo 36 del convenio CIADI.<sup>116</sup>

Ante lo anterior, es recomendable que exista una cláusula compromisoria o de un compromiso suscrito entre el inversionista y el Estado en el tratado bilateral de inversiones o tratados de libre comercio a fin de impedir los problemas de accesibilidad al centro por parte de un Estado contratante.

---

<sup>115</sup> Artículo 25: a) toda persona natural que tenga, en la fecha en que las partes consintieron someter la diferencia a conciliación o arbitraje y en la fecha en que fue registrada la solicitud prevista en el apartado (3) del artículo 28 o el apartado (3) del artículo 36 (...) b) toda persona jurídica que, en la fecha en que las partes prestaron su consentimiento a la jurisdicción del Centro para la diferencia en cuestión (...).

<sup>116</sup> Son pocos los casos en que el CIADI ha conocido donde Estados son la parte demandante, así se tiene el caso de Gabón vs. Societé Serete S.A., caso CIADI ARB/76/1. Gobierno de la Provincia de Kalimantan vs. PT Kaltim Prima Coal y otros, caso CIADI ARB/07/3.

### 3.4.3.2 Los *amicus curiae*: intervinientes no contendientes

En los arbitrajes del CIADI es posible la intervención de sujetos diferentes a las partes en disputa que tienen algún interés en el resultado del proceso. Se trata de los *amicus curiae* o amigos de la corte, cuyo papel consiste en ofrecer a la autoridad decisoria los argumentos, las perspectivas y los conocimientos especializados que las partes litigantes tal vez no presenten, con el propósito de ayudarla a tomar una decisión.

Por regla general, los inversores se oponen a la intervención de *amicus curiae*, pues consideran que les genera una carga indebida que los obliga a litigar no sólo contra el Estado contraparte, sino también contra otros sujetos que no hacen parte del acuerdo de arbitraje; sin embargo, en varios asuntos CIADI se ha permitido la participación de los mismos por razones de transparencia y por tratarse de asuntos que involucran el interés público.

Las reglas de arbitraje del CIADI establecen en la regla 37(2) la posibilidad de que las partes no contendientes tengan participación en el proceso arbitral; entonces, tal facultad de autorizar la intervención de ésta no queda supeditada a la decisión autónoma de cada tribunal arbitral.<sup>117</sup>

Por otra parte, las partes contendientes no pueden oponerse a la decisión del tribunal que acepta la participación de los *amicus curiae*. Además, es deber de los árbitros analizar si la intervención solicitada es benéfica para el proceso y si el *amicus curiae* tiene un interés legítimo que justifique su participación.

---

<sup>117</sup> Artículo 37 (2) Después de consultar a ambas partes el Tribunal puede permitir a una persona o entidad que no sea parte en la diferencia (en esta regla “parte no contendiente”) que efectúe una presentación escrita ante el Tribunal, relativa a cuestiones dentro del ámbito de la diferencia.

Por regla general, los *amicus curiae* en sus intervenciones requieren a los tribunales tener acceso a las audiencias que se adelantan en el proceso, tener la posibilidad de presentar sus argumentos ante el tribunal y tener acceso a los documentos y piezas procesales que conforman el expediente.<sup>118</sup>

### 3.4.3.3 Los árbitros del CIADI

El convenio CIADI y su reglamento contienen disposiciones en cuanto a los requisitos que deben poseer las personas que tendrán el carácter de árbitros. Siendo así que, el artículo 14 del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados (CIADI)<sup>119</sup> regula lo relativo a las listas de árbitros, dichas listas se encuentran habilitadas por los artículos 12 y 13 del Convenio CIADI.<sup>120</sup>

Además, de la regla 3 a la regla 6 se establece el procedimiento a seguir para el nombramiento de los árbitros que constituirán el tribunal arbitral. Asimismo, en posteriores reglas se establece el procedimiento a seguir para el reemplazo de estos, incapacidad o renuncia, recusación de los árbitros, procedimiento a seguir en caso de producirse una vacante en el tribunal, procedimiento para llenar la vacante y reanudar del procedimiento después de llenar una vacante.

---

<sup>118</sup> Héctor Mauricio Medina Casas, "Las partes en el arbitraje CIADI", *Revista Colombiana de Derecho Internacional*, n. 15 (2009): 234.

<sup>119</sup> Las personas designadas para figurar en las listas deberán gozar de amplia consideración moral, tener reconocida competencia en el campo del Derecho, del comercio, de la industria o de las finanzas e inspirar plena confianza en su imparcialidad de juicio. La competencia en el campo del Derecho será circunstancia particularmente relevante para las personas designadas en la Lista de Árbitros.

<sup>120</sup> Artículo 12: la lista de conciliadores y la Lista de árbitros estarán integradas por los nombres de las personas calificadas, designadas tal como se dispone más adelante, y que estén dispuestas a desempeñar sus cargos. Artículo 13. Cada Estado contratante podrá designar cuatro personas para cada Lista quienes podrán ser, o no, nacionales de ese Estado. El Presidente podrá designar diez personas para cada Lista, cuidando que las personas así designadas sean de diferente nacionalidad.

#### **3.4.3.4 Representantes de las partes en la contienda arbitral ante CIADI**

En las reglas de conciliación como en las reglas de arbitraje regulan que la representación de cada una de las partes podrá ser representada o asistida por apoderados, consejeros o abogados cuyos nombres y personería serán notificados al Secretario General y al tribunal, según corresponda, ya sea en casos de conciliación o arbitraje.

#### **3.4.4 Laudo arbitral**

La resolución que pone fin al proceso, de forma normal, se le denomina laudo definitivo o arbitral, ya que resuelve el fondo de la diferencia, sin necesidad de que algún órgano o instancia judicial estatal lo apruebe.

A pesar que existen diversas formas de terminar el arbitraje, como la orden del tribunal arbitral, en los casos que el actor desista del proceso, cuando las partes acuerden ponerle término al arbitraje, cuando el tribunal arbitral decida que es innecesario o imposible realizar el proceso arbitral; al igual que en los procesos de jurisdicción común se necesita una sentencia firme para poder dar por terminado el proceso, así también sucede en el arbitraje con la diferencia que a la resolución final se le denomina laudo arbitral.<sup>121</sup>

Para la emisión del laudo es necesaria la aplicación de los artículos 48 y 55 del convenio, en las cuales se encuentra la emisión, regulada en los artículos 48.1 del Convenio en relación a la regla de arbitraje 16.1; la votación del Tribunal artículo 48.4 del convenio y regla de arbitraje 47.3; los requisitos del laudo, artículo 48.2 del convenio y regla de arbitraje 47.2; el contenido del mismo regla de arbitraje 47.1.

---

<sup>121</sup> Pedro Zamora Sánchez, *Arbitraje en instituciones financieras* (Novum, México: 2013), 52.

### **3.5. Consideraciones referidas a la jurisdicción arbitral ante el Centro Internacional de Arreglos de Diferencias Relativas a Inversiones**

Al estar un inversionista en disputa con un Estado, generalmente lo primero que se realiza es demandar, cada cual en sus respectivos tribunales según el país al cual pertenezcan; pero esto suele ser lo menos fiable, puesto que cada país, ya sea inversor o Estado contratante, se rigen por sus propias normativas y podría ser que la otra parte resultara visiblemente dañada. Ante esto, surge una segunda opción, que es la de solucionar un conflicto entre inversionista y Estado ante un tercero, que no sea asentado dentro de la jurisdicción de los que se encuentran en conflicto, pero que el sistema legal proporciona un foro neutral objetivo, y es la neutralidad uno de los fundamentos de las ventajas del arbitraje internacional.

En vista que El Salvador ha tenido a bien llevar sus disputas ante una corte no nacional, el CIADI, que anteriormente así lo consagraba la ley de inversiones en el artículo 15 y que además así lo dispusieron en sus tratados bilaterales y contratos, a continuación, se estudia una serie de ventajas y desventajas de someterse El Salvador ante esta institución para resolver sus conflictos de inversión.

#### **3.5.1 Ventajas de someterse a jurisdicción arbitral**

Son diversas las razones por las cuales los Estados y los inversores, deciden llevar la solución de sus conflictos por la vía de un proceso arbitral y no por la vía judicial ordinaria; pues sucede que en el derecho empresarial<sup>122</sup> se avocan

---

<sup>122</sup> Ruiz de Velasco y Adolfo del Valle, *Manual de derecho Mercantil*, 3ª ed. (Comillas, Madrid: 2007), 173. El derecho empresarial, es aquella rama derivada del derecho mercantil, la cual se justifica en tanto y en cuanto a sus normas aplicadas a una serie de sujetos, cuya actividad gira entorno a la empresa.

a algunos motivos por lo que seleccionan el arbitraje antes que la jurisdicción ordinaria, entre los cuales se encuentran:<sup>123</sup>

a) La menor agresividad que la jurisdicción: Es una de las ventajas, pues al inversor y a El Salvador, si uno de los intereses en el ámbito de inversiones o comercial es no desligar el vínculo de inversión, resulta un método claramente menos violento de resolver controversias en un marco empresarial y no sólo para la solución de los conflictos entre inversores y El Salvador, pues para la protección de su imagen y prestigio resulta una gran ventaja.

b) Celeridad: Una de las diferencias y a la vez ventajas del proceso arbitral, en comparación a los procesos judiciales ordinarios es la celeridad, pues es una mecánica fundamental que se utiliza en el ámbito de negocios; por lo que el arbitraje es uno de los medios de solución de conflictos más recurridos, al ver que la justicia en la jurisdicción ordinaria con frecuencia si la justicia llega tarde, no hay justicia, y una sentencia que dé la razón a destiempo puede perder toda su utilidad.<sup>124</sup>

c) Confidencialidad: Además de tener celeridad, es importante tener la debida confidencialidad durante el proceso y posterior a él, pues a diferencia de los procesos judiciales no se rigen por el principio de publicidad ya que sería inadecuado hacer público las resoluciones o sentencias mismas, en contraste con las sentencias del órgano judicial que sirven como aporte a la doctrina y jurisprudencia; lo que no ocurre con los laudos arbitrales, que están obligados

---

<sup>123</sup> Julio Bermúdez Madrigal, "Arbitraje como medio de resolución de conflictos en el ámbito empresarial", *Nuevo Derecho*, n.1(2016): 8.

<sup>124</sup> *Ibíd.* Tal como sucede en El Salvador y en muchos otros países, al justificar las resoluciones tardías con el exceso de carga laboral, a pesar de haber diversos juzgados divididos al menos con tres jueces.

a mantener la reserva y la total confidencialidad entre las partes, árbitros e instituciones.<sup>125</sup>

d) Especialización de los árbitros: en el arbitraje internacional de inversiones, consiste en que interesa el grado de conocimiento que tengan los árbitros sobre el tema de inversiones, frecuentemente los árbitros son profesionales de reconocido prestigio y con una dilatada carrera dentro del sector específico en el que ejercen como tales. Por ello, los árbitros al estar especializados, reduce la dilatación del proceso, debido a la habilidad y conocimientos que han tenido en los laudos y resoluciones emitidas con anterioridad.

e) La neutralidad: La temática de la nacionalidad es un inconveniente para la jurisdicción, en cuanto a la competencia territorial, como pasa en El Salvador; ese tipo de competencia se acomoda al domicilio del demandado o en fueros especiales como el domicilio de donde está situado el inmueble o en casos de sumisión tácita. En el caso del arbitraje internacional en materia de inversiones y al igual que el arbitral internacional en general, el hecho de que el árbitro no comparta la nacionalidad, o sea más cercano en términos culturales, permite otorgar al tribunal arbitral de una mayor neutralidad a la hora de resolver la disputa.

f) La flexibilidad. Además, que el proceso sea más flexible, las mismas partes son capaces de someterse a una jurisdicción arbitral, mediante la cláusula arbitral, la cual es una obligación el mencionar un compromiso arbitral<sup>126</sup> al

---

<sup>125</sup> Código Procesal Civil y Mercantil (El Salvador, Asamblea Legislativa, 2008), artículo 9, el cual regula el principio de publicidad para todos los procesos, siendo la norma procesal de derecho común, por lo que cualquier norma jurídica sustantiva que se dirija a la norma de uso común de forma supletoria, se regirá por los principios básicos de derecho procesal, en la jurisdicción ordinaria.

<sup>126</sup> Consiste en la cláusula contractual en virtud de la cual se someten determinadas disputas a arbitraje.

encontrarse ante una disputa, ya que es uno de los requisitos que todo órgano o institución requiere para poder iniciar el trámite ante la solicitud de arbitraje donde se demande a la contraparte de un tratado bilateral de inversiones o de un contrato de inversiones. Entonces el arbitraje facilita los procedimientos, haciendo del proceso arbitral un medio de solución de conflictos una forma pacífica y flexible en comparación a la jurisdicción de tribunales comunes de diferentes Estados.

g) El reconocimiento y la ejecución del laudo. En la actualidad, existen varios motivos por los cuales se reconoce el laudo arbitral, pronunciado por cualquier institución y se ejecuta ante la sede judicial, según el proceso establecido para cada nación, en el caso salvadoreño se sigue el procedimiento establecido en los artículos 555 y siguientes del CPCM. Uno de los Convenios de los cuales se puede valer para hacer ejecutar un laudo arbitral es el Convenio de Nueva York, donde prevé, la ejecución de estos; esto según la doctrina “*constituye un gran avance, especialmente desde la perspectiva internacional, porque el usuario extranjero, como cualquiera, confía más en lo que conoce*”.<sup>127</sup>

h) En cuanto a la elección del número de árbitros. Al existir una cláusula arbitral son las mismas partes quienes determinan si el proceso arbitral será ante un único árbitro o si estará integrado por un tribunal, es decir, varios árbitros, aunque generalmente el tribunal arbitral está compuesto por un número de tres, pues tendrá que haber un presidente en dicha fórmula. El número de árbitros surge de la complejidad del caso a disolver.

i) Dificultad de anulación del laudo. En el ámbito judicial, se la sentencia está sujeta a una posibilidad de que revoque la decisión, por medio de los recursos

---

<sup>127</sup> Paloma Alcón, *El Derecho español del Siglo XXI en una economía globalizada: libro Conmemorativo de los 50 Años de Baker & Mckenzie en España* (La ley, España: 2015), 40.

que dispone la ley. En el caso de los laudos arbitrales, existe la anulación del laudo mismo, como un medio de impugnación, que es una única vía de hacer cambiar la decisión arbitral.

Además, con la finalidad de hacer valer el acuerdo entre las partes, basándose en el principio de la libre autonomía de las partes, se autoriza la anulación del laudo arbitral, cuando la composición del tribunal o el procedimiento no se han ajustado al acuerdo de las partes, siempre que no se contradiga la legislación, como es el caso del Estado de El Salvador en la ley de mediación, conciliación y arbitraje, que se puede advertir que dentro de las posibilidades de anular el arbitraje, se encuentran las causales enmarcadas en el art. 68, que son:<sup>128</sup>

a) La nulidad absoluta del convenio arbitral proveniente del objeto o la causa de ilícitos. Las demás motivaciones de nulidad absoluta o relativa sólo podrán invocarse cuando hayan sido alegadas en el proceso arbitral y no se hayan saneado o convalidado en el transcurso del mismo. A nivel nacional, El Salvador únicamente regula estas causales de nulidad ante el laudo arbitral, no se omite manifestar que según sea la ley aplicable en el proceso arbitral, así serán las causales.

b) No haberse constituido el Tribunal Arbitral en forma legal, siempre que esta causal haya sido invocada de modo expreso desde la iniciación del trámite arbitral.

c) No haberse hecho las notificaciones en la forma prevista en esta ley, salvo que de la actuación procesal se deduzca que el interesado conoció o debió conocer la providencia.

---

<sup>128</sup> Mayra Castillo Freyre et. al., “Las causales de anulación del Laudo arbitral en la Ley de Arbitramiento del Perú”, *Revista Lumen*, n. 10 (2014): 12.

d) Cuando sin fundamento legal se dejaren de decretar pruebas solicitadas oportunamente o se hayan dejado de practicar las diligencias necesarias para evacuarlas, siempre que tales omisiones tengan incidencia en la decisión y el interesado las hubiere reclamado en la forma y tiempo debidos, salvo el caso contemplado en el artículo 55 inciso quinto de esta ley.

e) El haberse pronunciado el laudo después del vencimiento del término fijado para el proceso arbitral o sus prórrogas.

f) El haberse fallado en equidad debiendo ser en derecho, siempre que esta circunstancia aparezca manifiesta en el laudo.

g) El contener la parte resolutive del laudo errores aritméticos o disposiciones contradictorias, siempre que se hayan alegado oportunamente ante el Tribunal Arbitral y no hubieren sido corregidas.

h) El haberse recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros o haberse concedido más de lo pedido.

i) No haberse decidido sobre cuestiones sujetas al arbitramento.

Estas causales son las que reconoce El Salvador y así lo indica con sentencias reiteradas de la Cámara de lo Civil, en la cual manifiesta que:

*“Es importante destacar que las causales de nulidad de los laudos arbitrales son reguladas de manera taxativa y no pueden incorporarse como tales otras, que bien pueden ser advertidas como graves, pero que el legislador no lo dispuso así; lo anterior adquiere mayor relevancia para el conocimiento de esta Cámara, porque la sentencia debe versar sólo sobre los puntos alegados y*

que tengan como sustento legal, alguna de las causales reglamentadas en la ley.”<sup>129</sup> Por lo que no existen otras causales fuera de las enmarcadas en la ley salvadoreña, que puedan ser alegadas como nulidad de un laudo arbitral.

Además de las ventajas referidas con anterioridad, se pueden mencionar otras prerrogativas relativas al arbitraje internacional, aplicado en el derecho de las inversiones, las cuales se destacan a continuación:

a) La elección de una jurisdicción “*neutral*”: Se refiere a que los tribunales elegidos, en caso sean un arbitraje ad hoc, serán casi necesariamente los de una de las partes, quien estará más relacionada con sus procedimientos y reglas a aplicar, en perjuicio comparativo de la otra.

A diferencia de un acuerdo arbitral de una jurisdicción elegible potencialmente, las partes pueden libremente optar por la que deseen, aunque en algunos casos la institución arbitral o el modo de este son elegidos en el contrato o convenio.

La institución donde se desarrolla en arbitraje debe tener jurisdicción arbitral, tener competencia en materia de inversiones, además de las reglas generales establecidas para poder tramitar un proceso por vía arbitral, es decir que exista una cláusula compromisoria o un pacto arbitral, para decir que efectivamente existe una validez en el proceso.

b) El coste: Además de ser un proceso ligero, es un proceso de los menos económicos, pues en los tribunales comunes el cliente debe esperar que el abogado o los abogados les diga el precio representarlo durante el proceso,

---

<sup>129</sup> Sentencia Definitiva, Referencia: 3-RN-2011 (El Salvador, Cámara Primera de lo Civil de la Primera Sección del Centro, 2012).

muchas veces solamente en una instancia, siendo la justificación de ellos que “depende” de la complejidad del proceso.<sup>130</sup>

Por otra parte, si se menciona el proceso de arbitraje, lógicamente habrá que pagar a la institución que conozca del arbitraje, o a los árbitros en caso de ser un tribunal arbitral, a diferencia de aquellos, estas instituciones tienen una tarifa por cada proceso, previamente establecida, lo que hace menos fastidioso a la hora de pagar por los servicios prestados, que incluye: el coste del propio procedimiento, instalaciones donde se desarrolla todo el proceso, los servicios complementarios, las cuestiones administrativas, entre otros.

Sin embargo, se pueda decir que el precio es demasiado en su inicio, el coste de un proceso en un tribunal común excede de esta cantidad contando todo el tiempo en lo que se resuelve. Sin embargo, el precio por el sometimiento ante el CIADI, excede los límites de El Salvador, siendo un Estado en proceso de desarrollo, el país no tiene la capacidad económica para el pago de dicho centro, aunque podría contradecirse con los casos que se han de llevar, no obstante en los casos que ha conocido el CIADI, El Salvador no ha perdido, lo es en una gran, en términos poco ortodoxos, “suerte”, ya que como se observa en los anexos, los precios que oscilan los procesos de arbitraje ante el Centro.

c) La ausencia o disminución de formalismos: En los tribunales comunes, no siempre son claros los procedimientos que hay dentro de cada etapa procesal, a tal punto de recibir llamados de atención, cuando no se realiza como el juzgado lo requiere (en los escritos, prevenciones o en las audiencias cuando se dirigen a los jueces o a los magistrados nombrándoles “su señoría”, o

---

<sup>130</sup> Los procesos que se llevan ante la jurisdicción arbitral no son de cantidades mínimas, refiriéndose a cantidades exorbitantes, en donde participan Estados contra empresas de grandes potencias, invirtiendo millones de dólares, o el mismo país perdiendo enormes cantidades por no haber diligencia por parte de los inversores, o por cualquier otra causa.

históricamente el uso de toga y puñeras), casos como el ritual de dirigirse a la Corte como un ser superior al demandante y demandado, como cuando se discutía sobre la naturaleza del proceso judicial, en el cual se manifiesta que el proceso es una relación procesal.<sup>131</sup>

A diferencia del proceso arbitral, los árbitros, secretarios y abogados pueden ser más sabedores que las mismas partes, sin embargo, el procedimiento es informal, no hay ritualismos, en donde el demandante o el demandado puede participar directamente en él; ni tampoco requiere rigidez en las etapas del proceso, lo que nunca podría pasar en los procesos de jurisdicción ordinaria.

d) Elección del idioma. Otro punto muy importante es la lengua extranjera que se prefiera utilizar, muy a menudo el idioma elegido por las partes arbitrales es el inglés, por ser uno de los idiomas más hablados dentro del mundo de los negocios. *Por lo que, si las partes que no tienen un idioma propio común firman un contrato y someten la controversia a los tribunales del país de una de ellas, inevitablemente, se habrán situado en diferente posición.*<sup>132</sup> Siendo contrario y desigualitario que una de las partes domine el idioma del proceso, pues tendría mayor facilidad, rapidez de preparación y probablemente, menor coste. Contrario sensu, en el sometimiento a arbitraje, se puede preferir el idioma a aplicarse, que puede o no coincidir con el de alguna o ninguna de las partes en el proceso.

---

<sup>131</sup> Guissepe Chioyenda, *Derecho Procesal Civil*, traducido por Alfonso Figueroa (Colección clásicos de derecho, México, 1995), 407. Referida en el que las partes, se dirigen al Juez para expresar una opinión u oposición contra aquel, y viceversa, pues las partes no pueden comunicarse entre ellas, motivo por el cual se aplica el principio de mediación procesal, porque todo lo que tenga que decirse en el proceso va dirigido al Juez y el Juez da audiencia a la contraparte para que conteste.

<sup>132</sup> El tratado o contrato puede ser firmado en un solo idioma traducido, o pueden firmar dos, uno en el idioma de una de las partes y el otro en el idioma de la otra, tomando en cuenta que se tomará por un solo tratado o contrato. Esto no impide que en el mismo acto se haga constar las cláusulas arbitrales, entre ellas la del idioma en que se regirá en caso de existir un proceso arbitral.

### 3.5.2 Desventajas de someterse a jurisdicción arbitral

Se han abordado las ventajas más destacadas de llevar en un proceso arbitral ante un conflicto en general, aplicado a materia de inversiones; no obstante, es necesario abordar la contraparte a este, es decir, los aspectos negativos de solventar los conflictos de inversiones en El Salvador, por la vía arbitraria y no por la ordinaria, pues es menester hacer ver las consideraciones desde ambos puntos de vista a la hora de someterse a un proceso arbitral. Para ello se han estudiado las siguientes desventajas, que se consideran las más pertinentes en cuanto al tema de arbitraje internacional en el tema de las inversiones, en relación al CIADI.

a) Falta de *imperium* de los árbitros: En el proceso arbitral no existe el poder, ni las facultades que tiene los tribunales comunes, pues son limitadas y tienen que poner en movimiento la jurisdicción ordinaria, ante los tribunales comunes, especialmente cuando se trata de pedir el exequátur de los laudos arbitrales, al solicitar la nulidad del laudo arbitral, o cuando una de las partes se avoca a la jurisdicción ordinaria y otra de las partes quiere hacer vales en Tratado Bilateral de inversiones, principalmente de la cláusula arbitraria, pacto arbitral o el compromiso arbitrario, para exigir la comparecencia de testigos a una audiencia bajo pena de multas o privación de la libertad, por ello en ocasiones deben actuar de forma dependiente al Órgano Judicial.

El exequátur consiste en aquel documento en virtud del cual el gobierno de un país acredita, ante sus propias autoridades, la calidad de cónsul de un país extranjero que ostenta determinada persona, a efectos de que pueda realizar los actos requeridos para el ejercicio de sus funciones.<sup>133</sup>

---

<sup>133</sup> Ossorio, Diccionario de Ciencias Jurídicas, s.v. “exequátur”.

b) La corrección del error de derecho: En los procesos arbitrales, el error de derecho no tiene generalmente retracción, pues los motivos específicos de la anulación del laudo arbitral son tasados, como ya se han mencionado tales es imposible que exista un proceso de anulación del laudo arbitral por error de derecho, pues no existe un sistema de recurso o impugnaciones anteriormente establecido, ya que en el arbitraje no existen segundas instancias, a diferencia de los tribunales ordinarios. Esta desventaja, puede decirse que tiene relación con la dificultad de anular el laudo arbitral que se encuentra en las ventajas.

c) El coste: Aunque anteriormente se ha abordado como una ventaja, la verdad es que, el coste de un proceso arbitral en ciertas instituciones de prestigio, y abordando el tema, como por ejemplo el CIADI, resultan muy costosos, por diferentes motivos, como pagar a los árbitros honorarios elevados por ser profesionales de alto prestigio en el ámbito arbitral o materia especializada.<sup>134</sup> Por otra parte, el un árbitro del área privada opina que *“hay que recordar que es un servicio que se presta a requerimiento de las partes que engloba los honorarios de los árbitros y el de la institución arbitral. Hay empresas que se juegan mucho y no pueden esperar a que pase el tiempo su asunto en un juzgado. Este servicio es muy profesionalizado, por la calidad de los árbitros y ofrece una resolución, el laudo, que se tiene en meses frente a la tardanza de la sentencia judicial. Creo que aquí hablar de barato o caro es muy relativo, en función de los intereses de cada empresa.”*<sup>135</sup>

---

<sup>134</sup> Madrigal, “Arbitraje como medio de resolución”, 10.

<sup>135</sup> Juan Serrada, “Hablar si el arbitraje es caro o barato es muy relativo”, *Lawyexpress*, acceso el 30 de enero del año 2018, [http://www.lawyerpress.com/news/2013\\_07/3007\\_13\\_001.html](http://www.lawyerpress.com/news/2013_07/3007_13_001.html) El comentario del Presidente de la Corte Civil y Mercantil de Arbitraje de Madrid, Juan Serrada, aunque la presente investigación sea en el campo de derecho internacional público, es de recordar que el proceso arbitral como tal es privado, debido a su naturaleza, pero cuando se habla de derecho internacional en materia de inversiones, particularmente cuando el Estado es una de las partes, deja de ser privado, aun cuando el “arbitraje” sea de naturaleza privada por resolverse fuera de los tribunales judiciales, el punto de vista sobre la desventaja es muy acertada, pues depende ante qué institución se lleve el arbitraje.

d) Riesgos derivados de la cláusula arbitral mal redactada: Esta es una de las principales desventajas que arriesga el Estado o el inversionista al firmar el tratado o contrato, sin darse cuenta de las consecuencias que puede acarrear la redacción de la cláusula arbitral. Con respecto a esto, las partes firmantes del Tratado Bilateral de Inversiones o fuente de obligaciones de la inversión, debe tomar en cuenta que toda cláusula debe ser negociada y redactada con la debida importancia que el tratado mismo, pudiendo acarrear una diversidad de problemas, como competencia institucional, leyes a aplicar, entre otras, que aunque la doctrina asegura que *no sería un riesgo “en sí mismo” del arbitraje, ya que tiene fácil solución: rodearse de profesionales especializados que hagan bien su trabajo.*<sup>136</sup>

Es preciso recordar que el tratado o fuente de obligaciones, es un convenio en el cual las partes miembros han aceptado todo lo dispuesto en el mismo, por lo que sería un poco dificultoso modificar el punto de la cláusula arbitral, sobre todo si a una de las partes le conviene la cláusula mal redactada.<sup>137</sup>

e) El sometimiento a Cortes o instituciones arbitrales no idóneas para resolver el fondo de la controversia que da lugar al arbitraje: Es necesario recordar que no todas las cortes o las instituciones de solución de conflictos conocen sobre arbitraje en materia de inversiones, como se ha visto en apartados anteriores en lo referente a las instituciones, por lo que las partes no pueden optar por cualquiera de ellas, para el sometimiento del proceso arbitral, pues no todas pueden satisfacer plenamente los resultados para las partes en conflicto de forma eficaz. Existen instituciones, que si bien es cierto su precio es inferior a las demás, tienen muy poca experiencia en el derecho de inversiones, estas no ofrezcan probablemente garantías de profesionalidad, imparcialidad o

---

<sup>136</sup> Madrigal, “Arbitraje como medio de resolución”, 10.

<sup>137</sup> *Ibíd.*

independencia que las demás ofrecen; por lo que lo más saludable para el proceso arbitral es recurrir a una institución o una corte que llene los requisitos y características para llevar a cabo el arbitraje, tomando en cuenta el adecuado asesoramiento de la elección de una institución internacional o corte que se adapte a las necesidades de un posible conflicto arbitral en materia de inversiones.<sup>138</sup>

f) La tendencia a decisiones salomónicas: Existen autores que argumentan, basados en la observancia de la práctica y de las resoluciones de los procesos arbitrales, que algunos árbitros tienden a tomar decisiones en las cuales ambas partes tenga la razón y no solo una de ellas, que es lo que buscan. A diferencia de los tribunales ordinarios no es algo que favorezca a los procesos arbitrales, pues en ellos, la sentencias se basan en las pruebas ofrecidas y aportadas por cada una de las partes, lo que facilita muchas veces llegar a la verdad formal, existiendo una sentencia verdadera y pura, con un beneficio para una sola de ellas, ya sea para el demandante o para el demandado.

Por estas razones, resulta que las decisiones que sean tomadas desde ese punto de vista, las partes pueden ser perjudicadas ya que no se cumple una justicia verdaderamente material, vulnerando derecho de alguna de las partes, o incluso de ambas, pues no quedan satisfechas sobre la decisión contenida en el laudo arbitral. Se dice que en la actualidad va desapareciendo este tipo de decisiones en los arbitrajes, con base a puntos de vista más técnicos.

g) La inexistencia de procesos con pluralidad de partes: Uno de los incidentes más agotados en el ámbito procesal de los tribunales arbitrales, en los cuales,

---

<sup>138</sup> Principios que van aparejados a cualquier proceso arbitral, esencialmente cuando se trata de la formación de un tribunal arbitral, en el que la decisión recae, generalmente, sobre tres árbitros.

al existir una pluralidad de partes en distintos tribunales, con conexión objetiva y subjetiva, estos deben ser acumulados a un solo tribunal para evitar el desgaste judicial, conociendo dos tribunales sobre la misma causa y logrando solucionar contradictoriamente uno del otro, resultando una tutela judicial inefectiva.<sup>139</sup>

Para los procesos arbitrales internacionales, este podría ser un problema si el tratado bilateral de inversiones afectase a más de dos partes, lo que podría suceder en el caso de los tratados multilaterales de inversión, pues las Cortes o instituciones de solución de conflictos en la rama de arbitraje internacional de las inversiones, no es normal ordenar la acumulación de acciones o de las pretensiones. Lo cierto es que en este punto puede ser tanto una desventaja como una ventaja, siendo la última por el carácter de la confidencialidad y estrategia procesal, según los casos y los intereses de las partes, siendo una limitación.<sup>140</sup>

A manera de conclusión, no se pueden mencionar en verdad que en todos los conflictos en materia de inversiones, El Salvador debe someterse a un proceso arbitral, pues como se ha dicho, el arbitraje internacional, debe ser sometido por acuerdo de las partes que intervienen en el tratado de inversiones, o fuente de obligaciones que genere derechos u obligaciones con respecto a la materia de inversiones, pues no siempre serán los procesos arbitrales ante una Corte en específico que podría salir victorioso, todo dependiendo el caso a disolver.

Por otra parte, no se encuentra en la doctrina salvadoreña, comentarios acerca de un tema en específico, aunque no sea tan competente a esta investigación

---

<sup>139</sup> Francisco Ramos Méndez, *Enjuiciamiento Civil*, vol. 2 (Atelier, Barcelona: 1997), 79.

<sup>140</sup> Natasha Suñé, "Arbitraje en América Latina, consideraciones en materia de inversiones", *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión*, n. 5 (2015): 207.

jurídica, es menester relacionar la ventaja y desventaja en cuanto al costo de un arbitraje ante el CIADI, que generaría una pérdida de millones de dólares, pues el país no está calificado para perder tantos millones por un descuido a la mal redacción o no revisión de la cláusula de los tratados bilaterales de inversión, es por ello que a medida sea complejo la operación a realizar por el inversor en El Salvador, más cuidado debe tener el país en firmar tratados sin detenerse a observar y analizar la cláusula arbitral.

Sin embargo, se puede asegurar que en comparación con un proceso judicial a un proceso arbitral, en cuanto a derecho internacional se trate, sobre todo si es en materia de inversiones, el arbitraje internacional es más eficaz, por tener profesionales especializados, eso incluyendo ventajas de la confidencialidad que favorece principalmente al inversor y teniendo el laudo arbitral requisitos similares al de la sentencia judicial, por lo que puede ser ejecutado sin ningún problema en caso de incumplimiento por la parte perdedora.<sup>141</sup>

En el marco de las transacciones comerciales y de inversiones internacionales el tiempo de vigencia del proceso es primordial, ya que sin duda alguna el procedimiento arbitral es por mucho, más rápido que uno judicial, como ha quedado demostrado, no solo por esta investigación si no por muchas otras.

### **3.6 Francia: Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CIA-CCI)**

Las Cámaras de Comercio están conformadas por propietarios de industrias y empresas, así como de pequeños y grandes comerciantes en organizaciones no gubernamentales o gubernamentales, si en la constitución se concede las

---

<sup>141</sup> Los requisitos estudiados previamente en el presente capítulo.

funciones con un permanente control estatal. Un ejemplo histórico de esto es la “*Chambre de Commerce*” constituida en la ciudad de Marsella en Francia en 1599, en la cual su objetivo principal fue desarrollar la libre empresa y defender los intereses del sector comercial.<sup>142</sup>

En el año de 1919 se creó la Cámara de Comercio Internacional (“*International Chamber of Commerce, ICC*” por sus siglas en inglés) en adelante CCI, como organización mundial de carácter mercantil, que tiene su sede principal en la ciudad de París, en Francia. Entre sus principales objetivos están, promover la apertura del libre comercio de todos los sectores, en todas partes del mundo y fomentar la inversión internacional.<sup>143</sup>

Su significativa participación en el comercio internacional le ha condicionado a obtener calidades como la de entidad consultiva de primer orden<sup>144</sup> y el estatus de observadora ante la Organización de las Naciones Unidas.<sup>145</sup>

A raíz de las nacientes relaciones comerciales internacionales también fueron inminentes las diferencias entre comerciantes, por ello en el seno de la CCI se evaluó la creación de un Centro de Arbitraje, que fuese entendido en dirección de Arbitrajes de Comercio Internacional. Es así que en el año de 1923 se creó la Corte Internacional de Arbitraje (“*International Court of Arbitration, ICA*”, por

---

<sup>142</sup> Antonio Miguel Bernal Rodríguez, "Las corporaciones mercantiles de Sevilla; del Consulado (1543) a la Cámara de Comercio (1886)", *Revista Anuario de Estudios Atlánticos*, n. 59 (2013): 254.

<sup>143</sup> Marta Cantero Bou, "La Cámara de Comercio Internacional y su Corte Internacional de Arbitraje" (Tesis de grado, Universitat Jaume I, 2015), 11.

<sup>144</sup> Cámara de Comercio Internacional España, "Comercio Internacional", *ICC*, acceso el 28 de enero de 2018, <http://www.iccspain.org/comercio-internacional/>

<sup>145</sup> Resolución, Referencia: A/RES/71/156 (Asamblea General, Naciones Unidas, 2016) Luego de la solicitud presentada el 10 de agosto de 2012 por el representante permanente de Francia ante las Naciones Unidas, el día 13 de diciembre del año 2016 la Asamblea General de las Naciones Unidas resuelve y concede el estatus de observadora a la CCI durante la 71ª sesión en Nueva York, así pudiendo colaborar con la aplicación de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, calidad que adquirió a partir del 1 de enero del año 2017.

sus siglas en inglés) y las reglas para su funcionamiento fueron establecidas en el Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional.<sup>146</sup>

La Corte Internacional de Arbitraje tiene su sede en la ciudad de París, Francia, siendo sus idiomas oficiales el inglés y francés. Actualmente ha administrado más de 19,000 procesos arbitrales y en su composición cuenta con más de 124 miembros de más de 90 países, siendo juristas de diferentes tradiciones jurídicas, especializados en el manejo del arbitraje internacional y el derecho comercial internacional y quienes a su vez representan sus países ante el seno de la Corte Internacional de Arbitraje.<sup>147</sup>

El sistema arbitral de la Corte se trata de un Arbitraje Institucional de Comercio Internacional. Es de resaltar que la Corte no es quien conoce y resuelve las controversias presentadas por los demandantes, sino que más bien controla Tribunales Arbitrales que según el artículo 2 del Reglamento de Arbitraje de la CCI están compuestos por dos o más árbitros miembros de la organización, que deviene en una ventaja para las partes debido a que el número, selección y designación de los árbitros puede ser requerido en la Solicitud de Arbitraje según el artículo 4 literal g) y artículo 12 y 13 del Reglamento de Arbitraje de la CCI. Segundo, ya que, en razón a la necesidad de la existencia de un acuerdo entre las partes de someter la controversia a un arbitraje, deben hacerlo de acuerdo al Reglamento de Arbitraje de la CCI.

---

<sup>146</sup> El Reglamento de Arbitraje de la CCI, es el marco institucional estructurado que presenta un proceso arbitral transparente que conduce a una decisión vinculante que es susceptible de ejecución, equiparable efecto que al del laudo arbitral del Convenio de Nueva York de 1958. con la modificación en el año 2017 se incorpora un nuevo proceso arbitral abreviado con un honorario de aranceles reducido y será automáticamente aplicable a casos en que la cuantía sea menor a dos millones de dólares de los Estados Unidos de América (Art. 30 y Apéndice VI artículo 1 numeral segundo), iniciando su vigencia a partir del 1 de marzo del 2017.

<sup>147</sup> International Commercial Lawyers, "ICC Report on Arbitration Involving States and State Entities" *Mc. Nair Chambers*, acceso el día 28 de enero del año 2018, [https://www.mcnairchambers.com/client/publications/2012/icc\\_report\\_on\\_arbitration\\_involving\\_states\\_and\\_state\\_entities\\_05nov\\_2012.pdf](https://www.mcnairchambers.com/client/publications/2012/icc_report_on_arbitration_involving_states_and_state_entities_05nov_2012.pdf).

Sin embargo, el arbitraje en materia de inversiones no fue parte del ámbito de aplicación habitual de la Corte Internacional de Arbitraje debido a que buena parte de sus casos devenían de incumplimientos de contratos comerciales, de construcción, mantenimiento y administración de infraestructura.<sup>148</sup> El anterior Reglamento de Arbitraje de la CCI del año 1998 en el artículo 1 establecía: “*La función de la Corte consiste en proveer a la solución mediante arbitraje de las controversias de carácter internacional, surgidas en el ámbito de negocios.*”<sup>149</sup>

Los arbitrajes fueron exclusivos al ámbito de negocios mercantiles en el cual era indispensable la valoración del contrato comercial que daba origen a la relación jurídica entre las partes, descartando “*in limine*” que la Corte conociese de inversiones, lo anterior debido que las controversias en esta materia no siempre devienen de un contrato, sino más bien de tratados bilaterales de inversión o de leyes nacionales del país receptor de la inversión.

En el año 2012 se publica el Reglamento de Arbitraje de la CCI en el que se evidencian cambios formidables, como por ejemplo la eliminación de la palabra “*ámbito de los negocios*” en el texto del documento, así entendiéndose que la Corte implícitamente se autorizó para conocer de aquellos conflictos que no necesariamente tienen origen de un negocio comercial; un cambio sustancial después de 14 años de inalteración del contenido del Reglamento de Arbitraje de la CCI desde 1998.<sup>150</sup>

---

<sup>148</sup> Cámara de Comercio Internacional. “ICC Commission Report State, State Entities and ICC Arbitration” (ICC, París, Francia: 2014), 2.

<sup>149</sup> Sistema de Información sobre Comercio Exterior, “Cámara de Comercio Internacional, Corte Internacional de Arbitraje. Reglamento de Arbitraje”, acceso el 29 de enero de 2018, <http://www.sice.oas.org/dispute/comarb/icc/arbruls.asp>.

<sup>150</sup> Oscar Cruz Barney, “El nuevo Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional CCI”. *Revista de Derecho Privado*, n. 3 (2013): 5. Reglamento de Arbitraje del año 2012, aplicable desde el 1 de enero del año 2017. “El proceso de revisión del Reglamento de 1998 inicio en 2008 por un comité redactor integrado por 20 miembros, apoyado por un grupo de 202 colaboradores. Fue aprobado en la Ciudad de México durante la reunión del Consejo Mundial de la Cámara de Comercio Internacional, en junio del 2011.”,

Previo a la vigencia del último Reglamento de Arbitraje de la CCI el año 2012, se notó un aumento de la participación de Estados y las entidades estatales en procesos arbitrales ante la CCI, hecho que obtuvo atención por parte de la Corte asignándose una comisión para su estudio.<sup>151</sup> Es así que en septiembre del año 2012 se publicó por parte de la “*Commission Task Force on Arbitration Involving States and State entities*” de la Corte Internacional de Arbitraje<sup>152</sup> el “Reporte de la Comisión CIA, sobre Estados, Entidades Estatales y Arbitraje ante la CIA” (“*ICC Comission Report State, State Entities and ICC Arbitration*” en Inglés).<sup>153</sup>

En el reporte se menciona que algunos de los casos presentados ante la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional en los cuales se ven involucrados los Estados o entidades estatales devienen de Tratados Bilaterales de Inversión, a pesar que actualmente un 18% de esos tratados permite la posibilidad de someter sus controversias ante la CIA.

Es de resaltar que el reporte del año 2012 alude al más reciente sistema arbitral incorporado a la CIA. Los dos sistemas utilizados actualmente por la Cámara de Comercio Internacional son el arbitraje comercial internacional y el reciente arbitraje internacional en materia de las inversiones. Ambos bajo las reglas del Reglamento de Arbitraje de la CCI del año 2012.

---

<sup>151</sup> Cámara de Comercio Internacional, "ICC Comission", 2. La Corte Internacional de Arbitraje en el presente, administra aproximadamente un 10% de casos en el cual se ven involucrados Estados o entidades estatales dentro del proceso arbitral. Estos arbitrajes a la orden de la Corte en su mayoría están relacionados a disputas comerciales y en materia de inversiones.

<sup>152</sup> Comisión “*Task Force*” establecida en marzo del 2009 por parte de la Secretaria de la CIA para efectos de estudiar el aumento de casos en los se ven involucrados Estados o entidades estatales dentro del proceso arbitral y buscar mecanismos para adaptar el Reglamento de Arbitraje a los cambios suscitados.

<sup>153</sup> Cámara de Comercio Internacional, "ICC Comission", 3. El Reporte de la Comisión CIA, sobre Estados, Entidades Estatales y Arbitraje ante la CIA, constituye una respuesta al hecho del sobreuso del sistema arbitral por parte de los Estados en el cual no existía una interpretación del Reglamento de Arbitraje del 2012 bajo el contexto de Estados o entidades estatales involucradas como partes en arbitrajes ante la CIA.

En los últimos años se ha visto el aumento de países que han incorporado cláusulas arbitrales a sus tratados bilaterales de inversiones conforme a las Reglas de Arbitraje de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional y no únicamente disponer las controversias en materia de inversiones ante la jurisdicción especial del CIADI o de las reglas de la *CNUDMI*<sup>154</sup> para la constitución de arbitrajes Ad Hoc.

Algunos ejemplos de lo anterior son: España, que en el 34 % de sus Tratados Bilaterales de Inversión (16 de 47 TBI) someten a resolver disputas derivadas del tratado ante la CIA.<sup>155</sup> A nivel latinoamericano se encuentra Bolivia que cuenta con cinco TBI con cláusulas CCI para con Bélgica, Holanda, Alemania, Suiza y Reino Unido.

El Estado salvadoreño ha suscrito más de veinte TBI de los cuales cuenta únicamente con un tratado que contiene una cláusula arbitral de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional. En el artículo 8 del Tratado Bilateral de Inversiones El Salvador-Francia suscrito el 20 de septiembre de 1978 y que entró en vigencia el 12 de diciembre de 1992 establece que si en caso de ser imposible en derecho la admisión de una solicitud de arbitraje ante el CIADI, podrán las partes someterse a arbitraje ante la CIA las diferencias que pudieran derivarse.

### **3.6.1 Los Países Bajos: Corte Permanente de Arbitraje de la Haya (CPA)**

La primera conferencia de la Haya fue en 1899 particularmente se celebró durante los días 15 de mayo y 31 de julio de ese año, que se realizó a solicitud del zar ruso Nicholas II y su Ministro de Asuntos Exteriores. Entre los logros

---

<sup>154</sup> Comisión de las Naciones Unidas para El Derecho Mercantil Internacional.

<sup>155</sup> Tratado Bilateral de Inversión España-Pakistan, España-Latvia, España-Nicaragua etc., 59

remarcables y adelantados de aquella conferencia fue la “convención de 1899 para la resolución pacífica de controversias internacionales” en la cual los Estados reconocen el arbitraje como un método más eficaz y más justo, que en su contenido dio origen a la institución conocida como la Corte Permanente de Arbitraje.<sup>156</sup>

Tras décadas de arbitraje internacional entre los Estados soberanos acerca de cuestiones de derecho internacional público, la Corte decidió conocer sobre el primer arbitraje entre un Estado y un ente privado, por medio del caso “*Radio Corporation of America de La República de China*”<sup>157</sup> en el año de 1935, a consecuencia del supuesto incumplimiento por parte de la República de China de un acuerdo de tráfico.<sup>158</sup>

La corte subsecuentemente a sus antecedentes en materia de arbitrajes, se dedicó a profesionalizar sus miembros en el arbitraje comercial internacional y el arbitraje de inversiones que actualmente forman parte de su *offertorium*. Es así que en 1962 elaboró el “Reglamento Facultativo de la Corte Permanente de Arbitraje para el Arbitraje de Controversias entre dos partes de las que solamente una es un estado”, que indudablemente inspiró la elaboración del actual Convenio de Washington de 1965 que dio origen al CIADI.<sup>159</sup>

La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional en el año de 1976 publicó el “Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI”, que acogió una serie de normas no institucionales para la constitución de tribunales

---

<sup>156</sup> Convenio Sobre Arreglo de Diferencias Relativas, artículo 16.

<sup>157</sup> Laudo Arbitral, *Radio Corporation of America v. The National Government of the Republic of China*, (Países Bajos, Corte Permanente de Arbitraje de la Haya, 1935).

<sup>158</sup> Alan Redfern y Hunter Marin. *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, 4ª ed. (Editorial Sweet & Maxwell, Londres, 2004), 59.

<sup>159</sup> Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo, “Dispute Settlement. General Topics: Permanent Court of Arbitration” (Naciones Unidas, Nueva York: 2003), 6.

arbitrales dentro de un contexto de relaciones comerciales internacionales. El artículo 6 del Reglamento de la CNUDMI, estableció que ante la ausencia de autoridad nominadora, las partes podían proponer en cualquier momento a la Corte Permanente de Arbitraje de la Haya, definiendo un proceso diferente al del Reglamento de la Corte.<sup>160</sup>

En la actualidad, las disputas sobre diferencias en la ejecución de un Tratado Bilateral de Inversión en el cual una de las partes es un Estado, pueden ser dirigidas a la CPA. Las partes de mutuo acuerdo pueden elegir las reglas que regirán el procedimiento arbitral al cual se someterán, entre las cuales están las Convecciones de la Haya de 1899 – 1907, los Reglamentos de Arbitraje de la CPA o el Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional.<sup>161</sup>

En Latinoamérica, la mayoría de los Tratados Bilaterales de Inversión suscritos suelen prever la resolución de las controversias por medio de un arbitraje internacional. Las opciones más comunes son el sometimiento a la jurisdicción especial del CIADI o mediante un arbitraje bajo el Reglamento de la CNUDMI.

En la actualidad son escasos los países latinoamericanos que señalan en sus acuerdos ante la corte de la forma directa como la institución a intervenir en casos de controversia. Sin embargo, de forma indirecta mediante la aplicación del Reglamento de la CNUDMI la Corte entre los años 2009 y 2013 actuó como secretaría en más de dos tercios de arbitrajes en materia de inversiones bajo este reglamento.<sup>162</sup> De lo anterior, es notable que la opción de arbitraje bajo el Reglamento de la CNUDMI aumenta la probabilidad de intervención de la CPA

---

<sup>160</sup> Conferencia de las Naciones Unidas, “Dispute Settlement”, 6.

<sup>161</sup> Hunter, *Law and Practice*, 59.

<sup>162</sup> Attila Tanzi, et. al, *Derecho Internacional de las Inversiones en América Latina. Problemas y Perspectivas*, 5ª ed. (Editorial Brill Nijhoff, Boston: 2016), 583.

cuando las partes así lo acuerden o si el Tribunal Arbitral Ad Hoc considera es lo más pertinente. Lo antepuesto por el sencillez hecho de la vasta experiencia que la Corte posee en la aplicación del Reglamento CNUDMI en materia de inversiones.

La tendencia de someterse a la jurisdicción de la Corte por parte de los países latinoamericanos ha aumentado. Ejemplos son: Bolivia quien en su reciente Ley de Conciliación y Arbitraje,<sup>163</sup> en el cual por acuerdo entre las partes y por falta de acuerdo en la asignación de tercer árbitro, se asignó como autoridad nominadora a la Corte Permanente de Arbitraje de la Haya. A su vez Ecuador, quien el año 2007 se sometió a arbitraje de inversiones bajo el Reglamento de la CNUDMI en el cual este se realizó bajo el auspicio de la Corte.<sup>164</sup>

A modo de conclusión, la aplicabilidad del arbitraje por parte del CIADI está regido por una serie de principios rectores, que su observancia determina la correcta aplicación de esta institución normativa. Regido principalmente por el reconocimiento de las facultades potestativas de las personas para adoptar medios alternativos al proceso judicial, mediante actuaciones informales, adaptables, simples y el mantenimiento obligatorio de la necesaria reserva y confidencialidad, razón por la cual ha adquirido reconocimiento mundialmente.

---

<sup>163</sup> Ley N° 708 (Bolivia, Asamblea Legislativa Plurinacional, 2015).

<sup>164</sup> Laudo Arbitral, Chevron Corporation (U.S.A.) & Texaco Petroleum Corporation (U.S.A.) vs The Republic of Ecuador (Países Bajos, Corte Permanente de Arbitraje de la Haya, 2008).

## CAPITULO IV

### CONSECUENCIAS JURÍDICAS ANTE LA ADHESIÓN DE UNA CLAUSULA COMPROMISORIA QUE OBLIGA A EL SALVADOR A SOMETERSE A LA JURISDICCIÓN DEL CIADI

El propósito del presente capítulo es realizar un estudio de la cláusula arbitral y de la cláusula compromisoria como elementos angulares y necesarios del proceso arbitral, las diferentes formas de manifestación del consentimiento arbitral estatal, las ventajas y desventajas de someterse al sistema de arbitraje internacional ante conflictos en materia de inversiones.

#### **4. Acuerdo arbitral**

Los elementos para que el arbitraje sea efectivo y válido, según la doctrina, se encuentran : 1) la existencia de acuerdo o cláusula arbitral compromisoria; 2) el procedimiento; 3) la existencia de laudo o sentencia arbitral y; 4) la ejecución de laudo o cumplimiento del mismo.<sup>165</sup>

Existen distintas formas de constituir el consentimiento arbitral y su contenido, tal acuerdo, que es preliminarmente definido por las partes, es uno de los requisitos fundamentales para que el tribunal arbitral tenga jurisdicción. Es decir, la validez del acuerdo arbitral coexiste del asentimiento de las partes.<sup>166</sup>

Existen diversas formas de establecer el acuerdo arbitral, la doctrina establece que dependerá de la legislación y aplicación de cada país, algunas de ellas

---

<sup>165</sup> José Luis Siqueiros, “El arbitraje comercial en México”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de México*, n. 59, (1965): 707. Las etapas del arbitraje ya se han explicado con anterioridad en el capítulo III, de la presente investigación.

<sup>166</sup> Guide Loyrette Novel, “Le Droit Français del Arbitrage, Juridictionnaires Joly”, acceso el 11 de febrero de 2018, <https://bit.ly/2PCV6aj>.

son: la cláusula incorporada a un contrato, que es lo que más se acostumbra, es preciso recordar que los contratos son totalmente diferentes de los tratados bilaterales o acuerdos bilaterales de inversión, pero siempre que se mencione o relacione en el contrato, será posible la aplicación de estos. Por ejemplo, si la cláusula arbitral no se encuentra consignada en el contrato, pero sí en el tratado bilateral al que han hecho referencia, será posible el arbitraje.

La segunda forma es el convenio por referencia o por remisión, si no se hace constar en el documento principal, es decir el tratado bilateral de inversión, se puede realizar en documento separado como en las adendas, siempre que se haga constar en el principal la adenda, ésta puede entenderse como agregada o incorporada al documento principal.

La tercera manera es por medio del convenio tácito, este es derivado de un intercambio de los escritos de demanda y la contestación, pues se afirma la existencia del acuerdo.<sup>167</sup>

El cuarto caso en que se puede otorgar el consentimiento para someterse al arbitraje, se trata del convenio arbitral electrónico, este caso es novedoso en el derecho arbitral, pues ambas partes, así como el contrato electrónico, hacen constar sus consentimientos de proceder a un arbitraje. El acuerdo arbitral puede establecerse por medio de legislación positiva, es decir que un Estado posea relación concerniente a las inversiones y en la misma establezca un proceso expreso para dirimir controversias relativas a inversión; en el caso de El Salvador a través del artículo 15 de la Ley de Inversiones, ya reformado establecía potestativamente la remisión de la controversia al CIADI.

---

<sup>167</sup> Es el caso como cuando el demandante interpone la demanda en un órgano jurisdiccional sin competencia en cuanto al territorio, por no ser el demandado del domicilio de la referida circunscripción; en donde si contesta el demandado sin alegar la excepción en comento, acepta tácitamente la competencia, según art. 43 del CPCM.

El convenio arbitral se puede establecer por medio del contrato de adhesión,<sup>168</sup> cuya validez e interpretación se regirán por este tipo de contrato; este no debe confundirse con el convenio por referencia o por remisión, en ambos existe la semejanza que tienen un documento principal que da origen a estos, es decir, el primero se relaciona en el documento principal y es totalmente dependiente del principal y; el segundo es un contrato independiente del principal, pues el objeto de dicho instrumento es establecer las formalidades únicamente para la cláusula de arbitraje.<sup>169</sup>

#### **4.1. Cláusula compromisoria**

La cláusula compromisoria se refiere al acuerdo de voluntades agregado a un contrato, en virtud del cual dos o más partes se obligan en confiar a decisión arbitral, aquellas eventuales disputas que pudieran surgir en el futuro, con motivo del contrato principal que las vincula.<sup>170</sup>

El contrato al que se refiere es al convenio arbitral o un contrato arbitral en el cual se estipule las condiciones en que las partes se comprometan al proceso arbitral, en ese sentido el inversor y el Estado, se comprometen a llevar sus conflictos ante el CIADI, o en caso de estar convenido, ante otro centro de resolución de controversia establecido en la cláusula.

Por otra parte, es importante destacar que en El Salvador, existe antecedente jurisprudencial sobre la cláusula arbitral y el convenio arbitral, en donde se ha

---

<sup>168</sup> Los contratos de adhesión son aquellos en que una de las partes constituye unilateralmente restricciones, aperturas, beneficios, etcétera, por medio de un contrato, el cual es aceptado íntegramente y voluntariamente por la otra parte, adhiriéndose a la oferta y condiciones de un eventual arbitraje.

<sup>169</sup> Sánchez, “*Arbitraje en instituciones financieras*”, 19.

<sup>170</sup> José Pablo Casasola Murillo, “La cláusula compromisoria”, (Tesis de grado, Universidad de Costa Rica, 1990), 22.

manifestado que del Convenio Arbitral es que nace la competencia arbitral, misma que consiste en que si las partes acuerdan someter su controversia al arbitraje, otorgan competencia al tribunal para determinar la controversia, en cuya consecuencia la justicia ordinaria queda inhibida para decidir sobre ese conflicto, salvo que la cláusula fuere nula o que las partes hayan renunciado al acuerdo de arbitraje.<sup>171</sup> Por lo tanto, es importante el pacto arbitral para que proceda el arbitraje ante el CIADI, ya que en caso contrario se podría alegar una excepción de incompetencia como se ha visto en procesos anteriores.<sup>172</sup>

#### **4.1.1 Los elementos de la cláusula compromisoria**

Para la eficacia de la cláusula arbitral es necesario que existan elementos de forma y fondo, en la incorporación del instrumento internacional de inversión, en el cual estarán sujetas las partes en caso de existir conflicto. A continuación, se explican los principales requisitos que internacionalmente se deben adoptar por los Estados.

##### **4.1.1.1 Consentimiento estatal manifestado en la cláusula compromisoria como elemento necesario para legitimar la jurisdicción del CIADI**

El consentimiento en el ámbito privado consta de diferencias formidables en comparación al consentimiento formado dentro de una relación entre sujetos de derecho internacional público, particularmente en materia de inversiones.

De lo anterior, es necesario señalar que el consentimiento de un Estado carece de sencillez práctica para determinar su existencia, únicamente con el estudio

---

<sup>171</sup> Sentencia Definitiva, Referencia: 2- 2-RN-2011 (El Salvador, Cámara Primera de lo Civil de la Primera Sección del Centro, 2011).

<sup>172</sup> Un caso muy conocido es el de la supuesta expropiación de varios terrenos ubicados cerca del Parque Nacional Las Baulas, Guanacaste, en Costa Rica.

de la manifestación de voluntad de someterse a un proceso arbitral ante la jurisdicción del CIADI.

Es de señalar que no es suficiente estimar que un Estado ha dispuesto de manera libre y voluntaria en participar de un proceso arbitral, únicamente por la identificación de una oferta y aceptación, así como por la presencia de una cláusula arbitral en su ordenamiento jurídico doméstico e internacional, o aún por la aceptación y ratificación del Convenio de Washington.<sup>173</sup>

La disposición veinticinco del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, fija la jurisdicción del Centro y la necesidad de que las partes consientan por escrito someter sus controversias a la competencia del Centro. A diferencia de los nacionales de otros Estados contratantes, el cual la existencia de la oferta por escrito de un Estado Contratante, se formaliza por la aceptación de la oferta y la verificación de la ratificación del Convenio de Washington pudiendo aplicar unilateralmente las condiciones a la jurisdicción que deben ser notificados al Centro.<sup>174</sup>

El consentimiento consta de importancia al ser el elemento angular en donde se valida el proceso arbitral y es un aspecto que debe valorarse detenidamente

---

<sup>173</sup> Mario Soler Reyes, “El consentimiento para recurrir al CIADI como base de la jurisdicción de los Tribunales Arbitrales constituidos en conformidad al Convenio de Washington. Análisis de algunos de sus fallos” (Tesis de grado, Universidad de Chile, 2015), 19. La manifestación del consentimiento por parte de un Estado se realiza en dos momentos diferentes, el primero por medio de la aceptación, adhesión y posterior ratificación del Convenio de Washington de 1965, posteriormente por medio de la adhesión de la cláusula arbitral en un contrato, legislación interna, tratado internacional o por medio de una declaración unilateral de voluntad. En cambio, el inversionista extranjero únicamente debe tener observancia de encontrarse en una situación contenciosa relativa a inversiones reconocida en la legislación interna que pueda ser susceptible de ser sometida ante el CIADI y la ratificación del Convenio u otro acuerdo comercial con el país al que pertenece.

<sup>174</sup> *Ibíd.*

por el Centro al momento de la solicitud de arbitraje.<sup>175</sup> Es así que la cláusula arbitral no es un elemento suficiente de valoración para la determinación de la jurisdicción y registro de la solicitud de un caso específico, siendo recurrente que los demandados en un procedimiento arbitral presenten en la memoria de contestación la excepción de falta de jurisdicción bajo la base de inexistencia de consentimiento en razón de la naturaleza de los casos aún y cuando conste por escrito una cláusula arbitral.<sup>176</sup>

El CIADI en el examen de admisibilidad, debe de realizar una verificación de requisitos de forma y de fondo necesarios en el consentimiento. El requisito de forma sirve a una función probatoria, de verificación de existencia de voluntad, el cual debe ser expreso por escrito y por medio de cláusula compromisoria. Los requisitos de fondo están compuestos por tres rasgos, los cuales son la necesidad, la reciprocidad y la voluntariedad de su otorgamiento.<sup>177</sup>

La necesidad como requisito del consentimiento es imprescindible más no suficiente para la aplicación del proceso arbitral. El CIADI para poder registrar un caso, debe revisar que el consentimiento exista al momento de la solicitud y que conste evidencia escrita del mismo previamente a la presentación de la solicitud al Centro.<sup>178</sup> El artículo treinta y seis del Convenio establece que es la parte solicitante quien debe demostrar al Centro por medio de la solicitud de arbitraje el consentimiento de las partes.<sup>179</sup>

---

<sup>175</sup> Caso "Waste Management, Inc. vs. Estados Unidos Mexicanos"

<sup>176</sup> Véase laudos sobre falta de jurisdicción.

<sup>177</sup> Yaritza Pérez Pacheco; "Consentimiento Estatal al Arbitraje del CIADI"; *Revista Lecciones y Ensayos*, n. 91, (2013): 23.

<sup>178</sup> Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento, "Informe de los Directores Ejecutivos acerca del Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre estados y nacionales de otros estados"; (BIRF, Washington, 1965).

<sup>179</sup> Artículo 36: "(2) La solicitud deberá contener los datos referentes al asunto objeto de la diferencia, a la identidad de las partes y al consentimiento de éstas al arbitraje, de conformidad con las reglas de procedimiento a seguir para iniciar la conciliación y el arbitraje."

La reciprocidad es un acto bilateral y recíproco que requiere que ambas partes en la controversia hubieren expresado libremente su voluntad de someterse al procedimiento arbitral ante el CIADI.<sup>180</sup> Es de agregar que la oferta que realiza el Estado para someterse a la jurisdicción del Centro es unilateral y subjetiva, debido a que esta se encuentra en la normativa jurídica interna o a través de un tratado.

La voluntariedad, esto en razón que la ratificación o adhesión al Convenio no obliga a un Estado o a un inversor de un país parte a someter sus diferencias sobre inversiones a los procedimientos que lleva a cabo el CIADI, por lo que de manera libre las partes pueden otorgar su consentimiento y encontrarse en la total disposición de no entorpecer el funcionamiento del proceso.<sup>181</sup>

#### **4.1.1.2 La forma de expresar el consentimiento**

La cláusula arbitral es una manifestación expresa del consentimiento entre las partes, debiendo cumplir con el principal requisito de forma y validez, que es constar por escrito la incorporación de dicha cláusula, tal como lo establece el artículo 25 (1) del Convenio de Washington, que puede ser a través de un acto jurídico o a través de varios actos jurídicos vinculantes.

La cláusula arbitral se adicionó como requisito de formalidad al contrato de inversión, con el fin de generar seguridad jurídica a la jurisdicción ante el CIADI y otorgarles la validez a sus procesos. El consentimiento debe encontrarse expreso dentro de algún documento de la relación jurídica, al momento de la presentación de la solicitud de arbitraje, pudiendo identificar el consentimiento instrumento o documento base del vínculo jurídico.

---

<sup>180</sup> Véase artículo 36.

<sup>181</sup> *Ibíd.*

La escritura es un requisito necesario, sobre todo si se reflexiona sobre las consecuencias procesales de la cláusula compromisoria; además, de que la prueba de un acuerdo de arbitraje no escrito devine en una práctica utópica.

Es de agregar que las formalidades de forma acarrear el riesgo de entorpecer el proceso de arbitraje por tal razón el CIADI es breve al realizar un análisis de su jurisdicción conforme este punto.<sup>182</sup>

#### **4.2 La doctrina del “Arbitraje sin Contrato” (Arbitration Without Privity) y el riesgo de presentación de solicitudes de arbitraje contra la República de El Salvador por terceros no participantes directos de los acuerdos de inversión**

El proceso arbitral tiene como fundamento el consentimiento, pero se debe comprender que la forma en que se alcanza su manifiesto y operativo esta declaración de voluntad, ha evolucionado en el derecho internacional de las inversiones al punto de volverse un contenido discutido que ha devenido en diversas discusiones, que ha derivado incluso en denuncias a la jurisdicción del CIADI por parte de países, así como los intentos de nulidad de laudos del Centro.<sup>183</sup> En el laudo arbitral “Lanco International Inc. v. Argentina”, el CIADI señala que el consentimiento expreso en un instrumento es fuente de derecho

---

<sup>182</sup> Centro de Información Jurídica en Línea Convenio, “Informe de Investigación Civil, Tema: La cláusula o compromiso arbitral” (Colegio de Abogados Universidad de Costa Rica, Costa Rica, 2007), 4.

<sup>183</sup> Michael Nolan y Frédéric Sourgens, “Limits of Consent - Arbitration Without Privity and Beyond”, *Liber Amicorum Bernardo Cremades*, publicado el 23 día de febrero de 2013, <https://ssrn.com/abstract=2180302>. “El consentimiento estatal dentro del sistema arbitral del CIADI, deviene de un Tratado Bilateral de Inversiones; en este sentido, el laudo “*Manufacturing & Trading, Inc. v. Republica del Zaire (República Democrática del Congo)*” establece que el propósito real del consentimiento según el artículo 25 (1) del Reglamento del CIADI, se debe entender que es otorgado por un Estado Parte desde el momento de la realización de una invitación genérica para todos los inversionistas que son nacionales del otro Estado contratante, para entablar sus acciones ante posibles disputas ante la jurisdicción del CIADI.

de inversiones que inicia desde el momento que un tratado, contrato o la legislación domestica entra en vigencia.<sup>184</sup>

Los instrumentos en el derecho internacional de inversiones son medios en donde va inserta la oferta, similar a las ofertas en los contratos en materia civil y opera como una invitación a terceras partes a aceptar, convirtiéndose en un proceso de “multi-fases” .<sup>185</sup>

El proceso multi-fases en el juicio arbitral ante la jurisdicción del CIADI inicia con una oferta libre de arbitraje por un Estado anfitrión, el cual consiste en un consentimiento desde ese momento perfecta e independiente, suficiente para que cualquier inversionista pueda incoar la acción en su contra por alguna transgresión a derechos reconocidos en un acuerdo bilateral y que se acepta con el reconocimiento de la oferta por el inversionista nacional de un Estado contratante. De lo antepuesto se puede evidenciar que la concepción del consentimiento base para un arbitraje en la práctica procesal del CIADI es mucho más prematuro que la acostumbrada manera en que opera en otras áreas normativas.

El consentimiento estatal se concibe perfecto desde el momento de la oferta, sin necesidad de la aceptación o existencia de acción por una contraparte para estar este operativo. Es de agregar que durante el tiempo que la oferta no sea aceptada por la contraparte, el Estado perfectamente puede revocar su oferta.

El consentimiento del Estado receptor al arbitraje en las controversias basadas en tratados de inversiones es de distinta naturaleza a aquel otorgado en un

---

<sup>184</sup> Laudo Arbitral, Referencia: ARB/97/6, Lanco International Inc. vs República de Argentina; (Washington D. C., Estados Unidos, Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, 1998).

<sup>185</sup> Sourgens, “Limits Of Consent”, 1.

contexto comercial. La jurisdicción arbitral en los arbitrajes de inversiones no tiene fundamento en un contrato, sino más bien, en una oferta unilateral de un Estado receptor, efectuada en un tratado de inversiones en forma generalizada y prospectiva. La oferta pública de arbitraje, efectuada por el Estado que tiene como base a los tratados de inversiones ha sido célebremente denominado “*arbitration without privity*” (arbitraje sin contrato).<sup>186</sup>

*“El arbitraje de inversiones es esencialmente un proceso de adjudicación para resolver controversias entre los inversionistas y los Estados que sigue un procedimiento predeterminado e involucra la aplicación de reglas sustantivas preexistentes, similares a aquellas involucradas en el caso del sometimiento de un Estado a la jurisdicción de un tribunal internacional.”<sup>187</sup>*

#### **4.3 Mecanismos vigentes de incorporación de cláusulas arbitrales**

Es necesario mencionar que, para la incorporación de las cláusulas arbitrales, generalmente en los tratados internacionales sean bilaterales o multilaterales de inversión, casi nunca se encuentran cláusulas arbitrales inmersos en ellos, contrario sensu se encuentran en los contratos en donde se realiza el convenio donde el inversor se compromete a invertir en el Estado receptor (El Salvador), bajo términos claramente establecidos, al igual que el otro se compromete a cumplir en sus obligaciones.

Los instrumentos de inversión no explican de manera precisa las maneras que un Estado puede manifestar su consentimiento en un proceso arbitral, es más

---

<sup>186</sup> Tanzi et. al, *Derecho Internacional de las Inversiones*, 586.

<sup>187</sup> *Ibíd.*, El arbitraje basado en tratados de inversiones, no es un arbitraje clásico donde las partes tienen control total sobre la resolución de la controversia, por ejemplo, al elegir la ley aplicable, al elegir que se aplique derecho alguno, o al establecer los estándares de prueba.

bien la práctica internacional la que ha establecido diferentes mecanismos que un Estado puede utilizar para ofertar su voluntad a inversionistas de participar en un proceso arbitral internacional. Por tal razón, es que se expone en el presente apartado los principales mecanismos preferentemente usados por los Estados.

Es preciso resaltar nuevamente que el CIADI para conocer, es necesario que se adopte los mecanismos que demuestren el consentimiento, la doctrina y la práctica expresan que puede ser mediante las fuentes contractuales, fuentes internas, los tratados internacionales y la declaración unilateral, las cuales se explican a continuación.

#### **4.3.1 Fuentes contractuales de la cláusula compromisoria adherida en un contrato de inversión**

La mayoría de países en vías de desarrollo carecen de recursos industriales y tecnológicos, así como de capital humano especializado para atraer inversión extranjera focalizada, por lo que se torna necesario recurrir a la oferta de explotación de los recursos naturales para la adquisición de materia prima a los grandes sectores industriales para sus procesos productivos y así brindar un beneficio económico a sus habitantes.

La explotación de estos recursos a menudo requiere la necesaria supervisión de una entidad estatal, que se pacta en contratos de inversión directa.

Los contratos de inversión son pactos celebrados por el Estado receptor y un nacional extranjero o persona jurídica extranjera, que puede incluir acuerdos de préstamos, adquisición de bienes y servicios, proyectos de infraestructura, así como contratos de explotación de los recursos naturales conocidos en el

derecho administrativo como contratos de concesión, como se les denomina en la Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública.<sup>188</sup>

La internacionalización de los contratos de inversión extranjera ha preocupado a varios sectores en lo relativo a la imparcialidad de los tribunales ordinarios, siendo aún más cuando estos intiman conocer de un advenimiento de las diferencias del contrato, por lo que garantizar un debido proceso se torna necesario con la adhesión previa de cláusulas compromisorias ante tribunales arbitrales internacionales.<sup>189</sup> La adhesión a la jurisdicción del CIADI puede realizarse por medio del mismo documento o en documentos separados,<sup>190</sup> así como a través de intercambio de comunicaciones.<sup>191</sup>

Es usual que el consentimiento se establezca en tratados de bilaterales de inversión, pero si en este no se establece, será más bien en un contrato de inversión, estipulando la cláusula arbitral o en si fuera el caso el compromiso arbitral. Aunque se puede decir que no es tan fácil distinguir la competencia ante el CIADI, pues ha existido casos en los que el Estado receptor o el mismo inversor ha alegado la incompetencia del Centro.

Un ejemplo en que las partes alegaron la excepción de la incompetencia del CIADI, es: “*Soabi vs. República de Senegal*” en donde se expresó que “...sólo

---

<sup>188</sup> El contrato de concesión de recursos naturales y del subsuelo, es celebrado para permitir la exploración, explotación, procesamiento y la comercialización de los recursos naturales nacionales como petróleo, el gas natural, el vapor, los recursos hídricos, etc., por parte de inversionistas que, bajo supervisión de un ente estatal, obtención de licencias y permisos ministeriales, puedan operar en el país. Se prohíbe en El Salvador la explotación de recursos no renovables, como la minería metálica.

<sup>189</sup> Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública, Art. 130.

<sup>190</sup> Las partes además pueden manifestar su consentimiento en un contrato aparte de manera condicionada. Esta posibilidad se presentó en el caso AUCOVEN, en donde la jurisdicción del CIADI se encontraba en una cláusula del contrato de concesión celebrado entre las partes, en la cual se establecía que el CIADI no poseía jurisdicción hasta tanto no se cumpliera una condición posterior.

<sup>191</sup> Pacheco, “Consentimiento Estatal al Arbitraje”, 32.

*uno de los contratos [que vinculaban a las partes] contenía una cláusula CIADI, [por lo que el Estado objetó la competencia del tribunal]..., pero éste se declaró competente porque consideró que las distintas partes del proyecto de inversión eran inseparables, que la voluntad de las partes [concebía] una operación única.<sup>192</sup>*

#### **4.3.2 Fuentes legales internas en cláusula compromisoria adherida en la legislación interna del Estado receptor**

La modalidad de adhesión por vía de la legislación nacional se ha vuelto una práctica menos utilizada entre los Estados, constituyendo una forma operativa del consentimiento estatal por medio de la oferta, a cualquier inversionista con independencia que sea un nacional o un extranjero perteneciente a un Estado parte de un Tratado Bilateral de Inversión.<sup>193</sup> Es de mencionar que esta oferta perfectamente puede ser retirada por el Estado por medio de una reforma legislativa, que dejaría sin validez el consentimiento expreso.<sup>194</sup>

Es preciso agregar que un inversor al demandar un Estado por vulneración a derechos reconocidos en la legislación de inversiones y amparándose en una cláusula arbitral adherida en la misma legislación local, este debe de haber realizado sus actividades con observancia del ordenamiento jurídico del país receptor.<sup>195</sup>

---

<sup>192</sup> Reyes, “El consentimiento para recurrir”, 25-26.

<sup>193</sup> El artículo 15 literales a) y b) de la Ley de Inversiones de El Salvador consentía que ante controversias o diferencias entre los inversionistas nacionales o extranjeros se podría someter aquellos casos ante la jurisdicción de CIADI, sin embargo, el Decreto Legislativo No. 423 del 2013, reformó el citado artículo eliminando el consentimiento expreso y libre ante el CIADI, abriendo la oportunidad de someterse ante otros Centros.

<sup>194</sup> Es de agregar que el control constitucional es otra forma en que puede ser expulsada una cláusula arbitral de manera forzosa de un ordenamiento jurídico local.

<sup>195</sup> Es decir, que no se hubiese cometido actos que fomenten la corrupción, actos evasivos de impuestos, lavado de dinero y activos, otros delitos, etc., así como someterse a procesos administrativos en el cual se influyó para quebrantar el debido proceso y garantías procesales.

El Salvador en su primer proceso arbitral ante el CIADI,<sup>196</sup> fue denunciado por incumplimiento contractual y expropiación en la construcción de un parque vehicular, El Salvador alegó comisión de fraude de documentos al momento de la licitación pública resultando en una violación a la Ley de Inversiones, resultando al final en un laudo favorable.<sup>197</sup>

#### **4.3.3 Cláusula compromisoria adherida en los Tratados Bilateral de Inversión, los Tratados de Libre Comercio, los Convenios Bilaterales de Inversión, los Tratados de Promoción y de Protección Recíprocos de Inversiones u otros instrumentos internacionales de inversión**

De los diferentes mecanismos utilizados por los Estados para adherir cláusulas compromisorias ante la jurisdicción del Centro, la más utilizada es a través de Tratados Internacionales de Inversión y Tratados de Libre Comercio.<sup>198</sup> Estos tratados internacionales son suscritos entre dos o más Estados soberanos con el objetivo de crear condiciones especiales de tratamiento de las inversiones entre los nacionales de los Estados parte, así como potenciar determinados sectores comerciales y fomentar el crecimiento económico.

Es necesario esclarecer que durante este apartado no se hace referencia a aquellas cláusulas arbitrales interestatales de controversias derivadas de la

---

<sup>196</sup> Laudo Arbitral, Referencia: ARB/03/26, Inceysa Vallisoletana, S.L. vs la República de El Salvador, (Washington, D.C., Estados Unidos, Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones del Banco Mundial, 2006).

<sup>197</sup> El Tribunal Arbitral compartió el argumento planteado por El Salvador en su Réplica dentro del Memorial sobre Excepciones de Jurisdicción, en el que inicialmente el Estado salvadoreño alegó la falta de jurisdicción del CIADI para conocer del proceso de incumplimiento de contrato y expropiación, en razón de pretenderse sustentar el proceso conforme un contrato celebrado con el demandante, bajo los argumentos salvadoreños, este en ningún momento consintió en someterse a la jurisdicción del Centro por inversiones hechas por medio de fraude, falsificación y corrupción.

<sup>198</sup> Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), “Carga de Casos del CIADI – Estadísticas (Edición 2018-1)” (Washington, D.C.: Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, 2018), <https://bit.ly/2N2zDw>.

interpretación del Tratado Internacional entre los Estados miembro, sino de aquellas derivadas de las diferencias entre un inversionista extranjero de un Estado parte y un Estado receptor, pudiendo ser estas cláusulas bilaterales o multilaterales.<sup>199</sup>

El componente operativo del consentimiento estatal el cual naturalmente se evidencia en este tipo de instrumentos internacionales ya ha sido expuesto anteriormente, al consistir en una oferta anticipada de someterse a un proceso arbitral, que restringe el uso de la protección diplomática y paraliza las políticas regulatorias del Estado receptor, volviéndose los gobiernos cuidadosos en la toma de decisiones sobre reformas en materia de inversiones que puedan afectar inversionistas extranjeros y como consecuencia devenir en una serie de demandas internacionales millonarias.<sup>200</sup>

Entre las características de las cláusulas adheridas en Tratados de Inversión consiste en su generalidad en la redacción, no necesariamente sujetando las diferencias y conflictos a un solo centro arbitral, pudiendo someterse a varios, así como elegir el sistema normativo aplicable. Otras cláusulas que brindan seguridad a los inversionistas son la cláusula de la nación más favorecida, el aseguramiento de un trato justo y equitativo de las inversiones y trato nacional a los inversionistas extranjeros.<sup>201</sup>

Los tratados internacionales se identifican en tres grandes clases por sus características especiales en la redacción de la cláusula y mecanismo exigido

---

<sup>199</sup> Pacheco, "Consentimiento Estatal al Arbitraje", 32.

<sup>200</sup> Los actos de acción diplomática no se vuelven imprescindibles, es decir, un inversionista directamente podrá entablar acciones contra el Estado receptor de la inversión sin intermediación del Estado miembro en donde reside el inversionista extranjero, a través de la protección diplomática, exigiendo la responsabilidad al Estado receptor por un daño causado. El Estado receptor al incorporar una cláusula arbitral renuncia a ignorar la legitimidad de la controversia suscitada con el inversionista previo actos de acción diplomática.

<sup>201</sup> Reyes, "El consentimiento para recurrir", 33-36.

para la aceptación de la oferta, siendo aquellos tratados que contienen oferta de consentimiento al CIADI de forma clara e inequívoca, aquellos donde se realiza una promesa por parte del Estado receptor de que la solicitud del inversionista ha de otorgarse el consentimiento a la jurisdicción del CIADI y aquellas que constituye una mera declaración de que los Estados parte, de forma general, tendrán en consideración favorable someterse a arbitraje.<sup>202</sup>

Por estas razones, concluir que éstas cláusulas que aceptan la jurisdicción del Centro, no únicamente se han visto adheridas en los tratados bilaterales generales, sino también en tratados multilaterales<sup>203</sup> más complejos, derivados de procesos de negociación mucho más profundos como son los Tratados de Libre Comercio.<sup>204</sup>

#### **4.3.4 Compromiso adherido en una declaración unilateral**

La cláusula de adhesión consiste en una manifestación del consentimiento expreso y unilateral por medio de una declaración, en la cual las partes deben expresar someterse a un arbitraje de manera potestativa, sin encontrarse obligado a hacerlo por ningún otro instrumento internacional.

No obstante, esta clase de situaciones particulares pueden suceder cuando existan intereses políticos o internacionales y que obliguen al Estado receptor a someterse al Centro.<sup>205</sup>

---

<sup>202</sup> Pacheco, "Consentimiento Estatal al Arbitraje", 32. Estas son reconocidas y aceptadas por el CIADI, sin embargo, es recomendable la redacción de la cláusula abierta que pueda proporcionar mayor libertad a las partes para decidir si someterán su diferencia ante el CIADI u otro centro arbitral que las partes estimen conveniente.

<sup>203</sup> Ejemplo de ello son el Tratado de Libre Comercio para América del Norte (NAFTA, por sus siglas en inglés) y el Tratado de Libre Comercio entre la República Dominicana, Centroamérica y Los Estados Unidos de América (CAFTA-DR, por sus siglas en inglés).

<sup>204</sup> CAFTA-DR, Sección B, Artículo 10.16.

<sup>205</sup> Reyes, "El consentimiento para recurrir", 33-36.

#### **4.4 Responsabilidad internacional sobre el incumplimiento de la cláusula compromisoria**

Ésta tendrá efecto si suscita una controversia. En ese sentido, con relación al consentimiento de las partes para someterse a la jurisdicción del CIADI, la convención exige que las partes involucradas en la diferencia hayan aceptado la jurisdicción de tal centro. -Como se ha dicho en el transcurso de la presente investigación- la ratificación de la convención CIADI no constituye constancia suficiente del consentimiento de un Estado para someterse a arbitraje, este asunto fue dilucidado en el arbitraje del caso Lanco International Inc. contra la República de Argentina.<sup>206</sup>

La cláusula arbitral de los tratados implica una oferta que presenta un Estado parte para someter a un arbitraje internacional las diferencias derivadas de actividades de inversión protegidas por el tratado y efectuadas dentro de su jurisdicción por nacionales de otro Estado parte. Usualmente, un inversionista determinado declara su aceptación a esta oferta cuando presenta una petición de arbitraje de conformidad con las reglas de procedimiento aplicables.<sup>207</sup>

Por otra parte, existen dos formas de concertar el arbitraje, una modalidad se origina en el contrato preliminar que se denomina “cláusula compromisoria”, por el cual las partes deciden hacia el futuro someterse a este régimen si entre ellas surgieran controversias respecto de una determinada relación jurídica;

---

<sup>206</sup> Laudo Arbitral, ARB/97/6. En su decisión sobre jurisdicción, el tribunal debía resolver sobre una alegación de incompetencia planteada por Argentina en virtud de existir un contrato de concesión posterior al tratado que establecía un mecanismo de resolución de controversias distinto. El tribunal sostuvo que: “...el consentimiento al arbitraje CIADI por un Estado puede provenir de un tratado bilateral... por el contrario, el consentimiento del inversionista, nacional del otro Estado Contratante, debe ser prestado por el propio inversor por escrito, dado que el consentimiento de su Estado no obliga al inversor”.

<sup>207</sup> Dunker, Morales Vela, “Arbitraje Internacional de Inversiones: conflictos en la Aplicación de Cláusulas Paraguas”, *Revista Iuris Dicto*, n. 11 (2007): 50-51.

mientras que otra vincula a los celebrantes del “compromiso arbitral” a un tribunal o el árbitro que resolverá la crisis presente derivada de un negocio jurídico que los enfrenta.<sup>208</sup> En ambos casos se conviene la eliminación de la justicia ordinaria que le correspondiese al conflicto de ser ventilado ante la jurisdicción estatal, sin que ello signifique absoluta omisión, en la medida que existen ciertas medidas que sólo la potestad judicial puede ofrecer, como lo son: las medidas cautelares, la ejecución del laudo, etcétera.

En ese contexto, consecuencias similares ocurren ante el incumplimiento de un laudo arbitral emitido por el CIADI y ante un posible incumplimiento del compromiso arbitral o cláusula arbitral; si un Estado incumple su obligación se le reanuda su protección diplomática (Art. 27 convención CIADI) y el derecho del Estado contratante cuyo nacional es parte en la diferencia de iniciar una reclamación internacional contra el Estado que incurre en el incumplimiento (Art. 64 convenio CIADI); y, la consecuencia más importante es que el Estado que incumple faltaría de credibilidad en la comunidad comercial internacional. Un punto aparte, pero no menos importante, es el desarrollo que se ha dado a la responsabilidad en que pueden incurrir las empresas multinacionales por no respetar los derechos humanos de las personas en el país en que realizan la inversión.<sup>209</sup>

#### **4.5 El estado de necesidad como protección a una ilicitud internacional por incumplimiento**

La nación que ha hecho uso de esta figura ha sido Argentina. El estado de necesidad como defensa del Estado en materia de las inversiones ha sido

---

<sup>208</sup> En el caso de El Salvador a través de diversos TBI's se ha obligado a resolver los conflictos que se deriven de un negocio jurídico ante el CIADI.

<sup>209</sup> Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas, “La responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos” (Naciones Unidas, New York, 2012), 36.

implementada recientemente por el país antes en comento en los arbitraje y los procedimientos correspondientes a la anulación en diferentes casos, esta circunstancia que ha revivido el uso y la doctrina relativa a la necesidad, como también, las interpretaciones de los tribunales, en ocasiones contradictorias, a favor o en contra de la defensa y sus alcances.<sup>210</sup>

Por otra parte, los inversionistas, en su mayoría multinacionales que habían invertido en el país tras las atractivas privatizaciones de los sectores de obras públicas, infraestructura y en los servicios públicos durante los años noventa, consideraban que las medidas de emergencia se habían concentrado contra los extranjeros de forma indebida y violaban las protecciones sustantivas de los tratados bilaterales de inversión que incluían el deber de indemnizar toda la expropiación, el trato justo y equitativo, el derecho especial contra el fraude, las normas sobre la repatriación de capitales y el trato nacional.<sup>211</sup>

En Argentina, tales medidas estaban amparadas bajo la Ley de Emergencia Pública y Reforma del Régimen Cambiario, por lo que se hallaban asociadas a una causa de exclusión de ilicitud, por ejemplo: las medidas de poder y otras facultades reservadas al Estado dentro del TBI. En ese sentido, no constituyen actos violatorios del régimen bilateral de inversión.

La situación del estado de necesidad está amparada internacionalmente a través de la resolución aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas (A/Res/56/83). En los casos en que LG&E y Continental demandaban

---

<sup>210</sup> La posición argentina, consistió en la defensa de las demandas de distintos consorcios y grupos inversionistas asociados a negocios y licitaciones en temas energéticos y de transporte protegidos por regímenes bilaterales de inversión, argumentando que las medidas que se tomaron se justificaban como respuesta a la crisis financiera que sufría desde el año 2000, la cual constituía un estado de necesidad en materia económica, amparado por el derecho internacional consuetudinario y en las normas de TBI con los Estados Unidos.

<sup>211</sup> Se hace referencia a los inversionistas demandantes.

a Argentina, el tribunal permitió como defensa el argumento del estado de necesidad; en los casos Enron, Sempra y CMS, tal argumento fue rechazado, luego la decisión del tribunal fue anulada, pero se cuenta con precedentes ante CIADI sobre la admisión del argumento de defensa en mención.<sup>212</sup>

Existen diversos casos por incumplimiento de una cláusula arbitral o, dicho de otra forma, incumplimiento de obligaciones internacionales, como es el caso de incumplir una cláusula de un TBI que someta las disputas ante CIADI. Al incumplir una obligación internacional sin fundamento alguno hará incurrir en responsabilidad al Estado, lógicamente conllevándolo a una demanda arbitral ante CIADI y, si no cumple o no se somete a la jurisdicción del CIADI ante una eventual demanda, también incurre en responsabilidad internacional, el CIADI siempre le condena al pago de los daños y los perjuicios estimados por el inversionista.

#### **4.6 Control de constitucionalidad de los tratados bilaterales de inversión**

En El Salvador se ejerce el control de constitucionalidad a través de las disposiciones legales que regula la misma Constitución de la República en los artículos 246 y 149. En ese sentido, la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia ha manifestado que: *“En El Salvador, según lo dispuesto en el artículo 145 de la Cn., no se podrán ratificar tratados en que se restrinjan o afecten de alguna manera las disposiciones constitucionales. En ese sentido,*

---

<sup>212</sup> La interpretación del estado de necesidad por parte del panel arbitral en este caso, el tribunal estimó que Argentina no comprobó el estado de necesidad bajo el art. 25 del proyecto, es decir, el “único modo”, pues -según el tribunal- Argentina no demostró la afectación de un interés esencial del Estado relativo a su existencia, pues el tribunal termina valiéndose de la opinión de un experto en economía, es decir, no aplicó el proyecto y condena al Estado. Ante lo anterior se conforma la comisión *ad hoc* de conformidad al art. 52 número 3 del Convenio CIADI, resolviendo el asunto, pues consideró que esto constituía un incumplimiento en la aplicación de la ley aplicable como causal de anulación, lo cual, constituye causal de anulación conforme al artículo 52 (1)(b) del convenio CIADI.

*si se llegase a introducir al ordenamiento jurídico un tratado internacional -que tendrá carácter de ley de la República- acuerdo de voluntades entre Estados, o entre éstos y organismos internacionales, que contengan disposiciones que contradigan la Constitución, el artículo 149 de la misma prescribe que dichos tratados pueden ser sometidos al control de constitucionalidad”.*<sup>213</sup> La Sala de lo Constitucional declaró inconstitucional diversos tratados internacionales, entre ellos está, el artículo 2 del Convenio No. 87 de la OIT denominado “Convenio relativo a la Libertad Sindical y a la Protección del Derecho de Sindicación” por considerarlo contrario al artículo 47 inc. 1° de la Cn., pero en 2009 se realizó reforma a tal artículo y además, se ha dejado sin efecto la inconstitucionalidad en estudio.

Asimismo, se declararon inconstitucionales ciertas disposiciones del Estatuto de la Corte Centroamericana de Justicia a través del jurisprudencia (sentencia de inconstitucionalidad referencia 71-2012).<sup>214</sup> También, declaró inaplicable la decisión emitida por la Corte Centroamericana de Justicia,<sup>215</sup> pues pretendía afirmar su competencia en materia constitucional y suspender la eficacia de una sentencia de inconstitucionalidad pronunciada por la misma Sala de lo Constitucional relativa a la elección de magistrados de la CSJ para el período 2012-2021, la Sala determinó que la Corte Centroamericana de Justicia se había auto atribuido una competencia que invadía el orden constitucional y excedía el ámbito material de derecho de integración.

---

<sup>213</sup> Sentencia de Inconstitucionalidad, Referencia: 52-2014 (El Salvador, de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, 2014).

<sup>214</sup> La Sala determinó: Declárase inconstitucional, de un modo general y obligatorio, el art. 22 letra f) del Estatuto de la Corte Centroamericana de Justicia, pues la competencia asignada a dicho órgano supranacional para resolver conflictos entre "Poderes u Órganos fundamentales de los Estados", y los derivados del incumplimiento de los fallos judiciales, priva al Estado salvadoreño de la capacidad de decisión autónoma sobre las competencias básicas de sus órganos, quebranta la prohibición constitucional de indelegabilidad de dichas funciones y la exclusividad de la jurisdicción, según los arts. 83, 86 inc. 1°, 146 y 172 inc. 1° Cn.

<sup>215</sup> Sentencia de Inconstitucionalidad, Referencia: 19-2012 (El Salvador, de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, 2012).

Por otra parte, el mismo artículo 145 de la Cn., en la parte final establece la posibilidad de ratificar los tratados con las reservas correspondientes que garanticen el respeto a la Constitución. Pese a lo anterior, a nivel internacional existen ciertos tratados o convenios que no permiten realizar reservas o, no admiten reservas cuando lo que no se desea sea parte del instrumento que se ratifique atente contra el espíritu del tratado o convenio, incluso protocolos.<sup>216</sup>

#### **4.7 Análisis de laudos arbitrales más relevantes**

##### **4.7.1 Inceysa Vallisoletana v. República de El Salvador**

En el año 2003 el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones recibe la que será, la primera solicitud de arbitraje contra el Estado salvadoreño. El problema jurídico planteado acaece de las diferencias en el contrato de servicio de instalación, administración y operación de plantas de revisión técnica vehicular de emisión de los gases contaminantes, partículas y ruidos que se celebró en el año 2000 ante el Ministerio de Medio Ambiente y Recursos Naturales de la República de El Salvador (en adelante MARN) con la empresa española Inceysa Vallisoletana S.L.<sup>217</sup>

Los hechos principales inician en 1999 cuando el MARN convoca a licitación pública para la contratación de servicios de revisión técnica de vehículos, la que es posteriormente declarada desierta. En junio del año 2000 el MARN nuevamente convoca a segunda licitación pública,<sup>218</sup> en el que, se les evalúa a los participantes los factores siguientes: la capacidad y situación financiera,

---

<sup>216</sup> José Belarmino Jaime, "Tratados e inconstitucionalidad", *El Mundo*, 27 de octubre de 2017, <http://elmundo.sv/tratados-e-inconstitucionalidad/>

<sup>217</sup> Laudo Arbitral, ARB/03/26.

<sup>218</sup> Ministerio de Medio Ambiente y Recursos Naturales Licitación MARN No. 05/2000 (San Salvador, El Salvador, 2000).

experiencia en inspección de vehículos, experiencia en el uso de maquinaria y las construcciones de estaciones de inspección, la experiencia del personal, documentación legal, entre otros. En octubre del año 2002 el MARN adjudicó la licitación a la empresa española Inceysa Vallisoletana S.L., sin embargo, una de las sociedades participantes excluida del proceso de licitación, Mustang de El Salvador, S.A., impugnó dos resoluciones del MARN ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador.<sup>219</sup> La primera, en lo referente a la devolución del expediente de su empresa y la segunda, a la adjudicación de la licitación, de los cuales, se confirmó la legalidad de ambas resoluciones.<sup>220</sup>

El contrato de concesión entre Inceysa y el MARN fue suscrito el día 17 de noviembre del 2000, iniciando la sociedad española a finales de ese mismo año e inicios del 2001 con la adquisición de diferentes inmuebles, el primero; en Municipio de Acajutla, Departamento de Sonsonate, el segundo; Municipio y Departamento de Santa Ana y el tercero en el Municipio de Tonacatepeque, Departamento de San Salvador.

Es en el 2001 que el MARN observa una serie de irregularidades en el proceso de licitación que impide la inmediata ejecución del proyecto y resulta en una serie de problemas entre las partes. En noviembre de ese mismo año, Inceysa presenta cartas al MARN y al presidente de la República de El Salvador para que se aclarase su situación jurídica y confirmasen si el proyecto se llevaría a cabo o no, advirtiéndole que, en caso de no realizarse, el Estado salvadoreño estaba en la obligación legal de indemnizarle.

---

<sup>219</sup> Enrique Miranda y Alberto López, "Corte suspende firma de contrato de gases", *El Diario de Hoy*, 29 de noviembre del 2000, <http://archivo.elsalvador.com/noticias/edicionesanteriores/2000/noviembre/noviembre29/nacional/nacio5.html>

<sup>220</sup> Sentencia Definitiva, Referencia: 186-M-2000 (El Salvador, de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia 2000).

En el año 2002 Inceysa reclama al MARN violación del contrato, luego que este delegase la prestación de los servicios pactados en el contrato a otras empresas, los que de manera exclusiva, se les había otorgado a Inceysa. En octubre de ese año, Inceysa alega al presidente de El Salvador incumplimiento contractual y la violación a lo establecido en el Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre el Reino de España y El Salvador, solicitando indemnización de \$50,845,251.34 dólares de los Estados Unidos de Norte América.

Finalmente, el 21 de julio del año 2003 se presenta solicitud de arbitraje ante el CIADI contra la República de El Salvador alegándose principalmente que se realizó un incumplimiento contractual que equivale a una resolución unilateral e injustificada del contrato y una expropiación indirecta de los derechos que el contrato le confirió.

El Salvador por el contrario, presenta memorial sobre las excepciones a la jurisdicción diciendo que el Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre el Reino de España y Estado de El Salvador solo protege a inversiones legítimas.<sup>221</sup>

El consentimiento de sumisión al proceso arbitral ante el CIADI. La empresa demandante fundamentó que el consentimiento expreso de El Salvador a someterse ante la jurisdicción del CIADI fue de conformidad a lo establecido en el Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre el Reino de España y El Salvador, la Ley de Inversiones de El Salvador, así como también en la cláusula vigésimo primera del contrato. El Salvador, por

---

<sup>221</sup> El Salvador en el presente proceso arbitral demuestra que la empresa española vertió en el proceso de licitación documentación falsa, como estados financieros que demostraba una situación financiera distinta a la real, con el objeto de demostrar liquidez y robustez financiera para así cumplir con los requisitos establecidos en la licitación pública.

su parte, presentó memoria de contestación alegando la falta de jurisdicción del Centro, en razón que el caso en alusión se encontraba contemplado dentro de uno de los límites del consentimiento en el tratado.

El alegato principal de El Salvador para alegar la falta de jurisdicción del Centro fue que Inceysa no se podía considerar inversionista extranjero, en razón que esta empresa para lograr ostentar tal calidad hizo uso de información financiera falsa, presentando estados financieros con alteraciones con el propósito de ocultar deliberadamente su situación financiera real. Así también, por ser de varias de las empresas participantes del proceso de licitación, las empresas vinculadas a Inceysa. Es de lo anterior que la teoría de la existencia de una inversión ilegal y que estas clases de manifestaciones no son consideradas inversiones al amparo de la ley salvadoreña, fueron claves para sustentar la excepción de falta de jurisdicción.

Por otra parte, la empresa Inceysa, argumentó que el Centro debía considerar los elementos objetivos establecido en el artículo uno del Acuerdo Para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre el Reino de España y El Salvador y no por elementos subjetivos, en razón que la jurisdicción debía considerarse manifiesta con la existencia de una cláusula arbitral autónoma e independiente.

Las limitantes al consentimiento como elemento de discusión de la *rationae voluntaris*.<sup>222</sup> De conformidad al artículo 25 del Acuerdo CIADI establece que las partes deben consentir mediante escrito el someter sus controversias a la jurisdicción del Centro. Sin embargo, el Centro en el presente proceso arbitral reconoce que no es exclusivamente el consentimiento por escrito suficiente,

---

<sup>222</sup> Laudo Arbitral, ARB/03/26.

reconociendo la existencia de límites al consentimiento por parte del Estado Salvadoreño que deben ser analizadas. El tribunal en laudo arbitral establece que los instrumentos acerca del consentimiento, generalmente contienen las denominadas cláusulas de conformidad con las leyes del Estado receptor, que en toda su naturaleza es un límite establecido en la mayoría de los TBI.<sup>223</sup>

Estas cláusulas tradicionalmente se incrustan en aquellos artículos de los tratados que definen la inversión, es por ello que el tribunal realiza un análisis de búsqueda de esta cláusula dentro del acuerdo invocado encontrándose claramente manifiesto en el artículo 5 del APRI.

Como resultado de lo anterior, es incuestionable que El Salvador durante el proceso de negociación fue claro con establecer a que inversiones se le podía garantizar la “protección”, incluyendo esta cláusula dentro de su definición de inversión. Lo anterior se vuelve más evidente, en razón que durante el proceso de negociación del Acuerdo, el Reino de España sugirió no fuera incluida la limitación anteriormente mencionada de manera expresa en los textos de los artículos del Acuerdo.

Conforme a lo establecido en el artículo 5 del APRI el tribunal debe estudiar la inversión realizada a efectos de determinar si este se encuentra contemplada dentro del consentimiento del Estado salvadoreño, de lo anterior es que se concluye: esta no es una inversión apegada a la legislación salvadoreña, como consecuencia de un estudio minucioso del proceso de licitación pública, que es palpable en el texto del laudo y que como resultado concluye el Tribunal Arbitral que no tiene jurisdicción de las diferencias planteadas por la empresa española.

---

<sup>223</sup> Laudo Arbitral, ARB/03/26.

#### **4.7.2 Pac Rim Cayman LLC v. República de El Salvador (ARB/09/12)**

La explotación de recursos naturales es la causa de un considerable número de proyectos millonarios de inversión extranjera que se ejecutan en países en vías de desarrollo. Lo anterior, en razón que las naciones en la búsqueda de dinamizar sus economías ofertan a los inversionistas extranjeros, concesiones de aprovechamiento de recursos naturales, en un entorno político, económico y jurídico favorable.

La industria minera, estimulada por los precios internacionales de los metales y las “bondades legales” de las leyes medio ambientales de países en vías de desarrollo, han ampliado en los últimos años las operaciones de exploración minera en Estados latinoamericanos para la inmediata explotación minera de oro y plata. La minera Pac Rim Cayman LLC radicada en Nevada, Las Vegas, EUA fue de las empresas interesadas en explotar reservas de oro en territorio salvadoreño, sin embargo, su proyecto de inversión no se realizó.

El 30 de abril del año 2009 el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones conoció del primer arbitraje en materia de inversiones contra el Estado salvadoreño acerca de una inversión extranjera vinculada al sector económico minero, que en comparación a otros procesos arbitrales en los que El Salvador se ha visto involucrado, este es reconocido por ser uno de los procesos arbitrales más complejos, extendidos y con unas importantes consecuencias jurídicas post laudo, como la creación de la Ley de Prohibición de la Minería Metálica.

Los hechos inician durante el año 2002, en un momento en el que El Salvador dedicó muchos años para atraer la inversión extranjera para desarrollar la industria minera en el país, en especial para llevar a cabo tareas de explotación

de recursos en el proyecto denominado “El Dorado” de los cuales una de las empresas contactadas por las autoridades salvadoreñas e interesadas en materializar esta pretensión fue la empresa estadounidense Pac Rim.

El Salvador alentó a la empresa extranjera minera para invertir millones de dólares estadounidenses en la exploración y explotación minera, afirmando garantizarle derechos mineros y derechos como inversionista, a cambio de generar miles de fuentes de empleo para muchos salvadoreños. Sin embargo, a mediados del año 2008 el gobierno de El Salvador anuncia abruptamente una prohibición a la minería metálica que, según el demandante, de manera ilegítima vulneró sus derechos como inversionista, ocasionando un perjuicio irreparable sobre su inversión, así como burlándose la confianza construida durante años entre ambas partes.

Según la demandante, la inversión fue ejecutada durante el año 2002 hasta marzo del 2008 y apoyada por funcionarios del gobierno salvadoreño, como Ana Vilma de Escobar vicepresidenta de la República, incluyéndose el señor Elías Antonio Saca quien en ese momento ostentaba el cargo de presidente de la República de El Salvador. La demandante afirmó contar con un apoyo absoluto a su inversión y del cual se proyectaban altos beneficios económicos.

La empresa estadounidense exteriorizó encontrarse entusiasmada de asentar nuevos estándares en América para el medio ambiente y minería socialmente sostenible, ejecutando lo anterior en El Salvador, es en razón de ello que la empresa colaboró durante los años del 2002-2008 con programas educativos, clínicas médicas, eventos deportivos, construcción de calles, excavación de pozos y la plantación de más de 40,000 árboles. La empresa minera también argumentó mantener una constante comunicación con el Ministerio de Medio Ambiente y Recursos Naturales y el Ministerio de Economía de El Salvador,

con la finalidad de apoyar en la obtención de los permisos ambientales y el cumplimiento de los requerimientos legales para su inicio de operaciones, recibiendo una buena asistencia de estas instituciones. Sin embargo, es en abril del 2007 que ambas instituciones realizarían una evaluación ambiental estratégica que mantuvo en una dilatada espera a la empresa estadounidense.

La empresa manifestó al tribunal desconocer los efectos negativos que esta evaluación traería a su inversión, agregando que durante el tiempo de espera para la obtención de los resultados de la evaluación esta continuó colaborando activamente a las instituciones en mención. Finalmente, en marzo del 2008 a través del presidente de la República de El Salvador, se declaró prohibida la ejecución de proyectos de minería metálica, impactando en los derechos del inversionista extranjero solicitante.

Por otra parte, El Salvador en memorando de contestación hace la aclaración que se trata de una empresa minera canadiense que compró derechos de explotación minera, declarando que el proceso arbitral fue más que un intento forzado de obligar a la demandante a otorgar concesión para la explotación de sus reservas de sus minas de oro.<sup>224</sup>

El Salvador declara que la empresa canadiense realizó una serie de acciones arriesgadas con respecto a la adquisición de licencias de exploración que se encontraban latentes de vencerse y con la imposibilidad de ser renovadas. A su vez adquirió extensiones de terreno mayores a los alrededores de los puntos de exploración con la finalidad de posteriormente iniciar la obtención de permisos de exploración en esos terrenos.

---

<sup>224</sup> El instrumento de consentimiento invocado para la celebración del proceso arbitral fue el Tratado de Libre Comercio entre Centroamérica - República Dominicana y Estados Unidos de América, por lo que demostrar la nacionalidad del inversionista era elemento clave para la validez del proceso arbitral a la luz de este instrumento.

El Salvador durante las objeciones a la jurisdicción del CIADI argumenta la jurisdicción única de los juzgados y tribunales salvadoreños, argumentando que de conformidad al artículo 7 de la Ley de Inversiones que establece la jurisdicción exclusiva de los tribunales salvadoreños. Sin embargo, el artículo 42 del Acuerdo del CIADI dispone sobre el derecho aplicable al fondo de la diferencia, no a decisiones relativas a jurisdicción y aun cuando el artículo 7 de la ley de minería imponga ese requisito de jurisdicción exime al Tribunal de conocer, en razón de lo que establecía el artículo 15 de la Ley de Inversiones.

Pacific Rim fue una de las varias empresas mineras canadienses que utilizó el arbitraje internacional para intimidar a los gobiernos cuando sus proyectos mineros carecían del consentimiento de la comunidad y no cumplían con los requisitos legales o reglamentarios.

En este caso, el Estado salvadoreño tomó a bien evaluar a partir de esta experiencia, las cláusulas entre inversionista - Estado, disputa - resolución, ya que estaban incluidas en las leyes nacionales o en acuerdos de inversión bilaterales o multilaterales, es en razón de ello que posteriormente se realiza una reforma al artículo 15 de la ley de inversiones.

#### **4.7.3 Commerce Group Corp. y San Sebastian Gold Mines, Inc. versus República de El Salvador**

Las compañías Commerce Group Corp. y San Sebastian Gold Mines, Inc, que en adelante se denominarán como las empresas demandantes, iniciaron sus operaciones a partir de 1968, dedicándose a la producción minera de metales preciosos en El Salvador desde 1987. Durante septiembre y octubre del 2006 el gobierno revocó los permisos ambientales y no renovó sus licencias de exploración.

Las empresas demandantes argumentando la violación de las obligaciones adquiridas por el Estado salvadoreño de conformidad con el Tratado de Libre Comercio entre la República Dominicana, Centroamérica y los Estados Unidos requieren a El Salvador ante la jurisdicción del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, solicitando indemnización por pérdidas o daños en virtud de la supuesta vulneración de lo establecido en el TLC.

Los alegatos de hechos presentados por las partes establecen que en 1987 las empresas demandantes celebraron contrato de Joint Venture en Estados Unidos, con el objeto de realizar proyectos de exploración de manera conjunta en El Salvador. En ese año El Salvador otorgó concesión para la explotación para la mina de oro de San Sebastian, a partir de lo anterior las empresas demandantes adquieren derechos en propiedades adicionales como la Mina el Modesto y la Planta San Cristobal.

En el año 2002 las empresas demandantes se reúnen con el Ministro de Economía de El Salvador y con funcionarios de la institución para cancelar la licencia de concesión de explotación para la Mina San Sebastián a cambio de otra licencia de explotación para un tiempo comprendido entre 20 a 30 años de duración. Es en este mismo año que el Ministerio de Medio Ambiente y Recursos Naturales otorgó a las demandantes los permisos ambientales para un periodo de 3 años.

Es en el año 2006 que luego de los 3 años autorizados por medio de permiso ambiental que revoca los permisos de la Mina San Sebastian y San Cristobal extinguiendo totalmente los derechos de practicar la minería y procesar oro y plata. Es en razón de ello que se presentan dos peticiones, una por cada mina, a la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador, de revisión de la revocación y que se rehabilitaré los permisos en

mención, sin embargo, las autorizaciones no fueron renovados. El Salvador alegó objeciones a la jurisdicción en razón que el CIADI no era competente de conocer en razón que las demandantes no cumplieron con la Disposición de Renuncia del CAFTA, al permitir que continúe el trámite judicial en El Salvador por lo que se solicitó se suspenda el proceso sobre el fondo en cuestión y se desestime el arbitraje.

Las demandantes argumentaron que el CAFTA no requiere de la terminación inmediata de los procesos locales, sino que permite que la demandada use la renuncia de los demandantes para buscar la culminación del proceso arbitral, por lo que se solicitó rechace las objeciones preliminares presentadas por la demandada. El tribunal por su parte advierte el riesgo de conocer sobre el fondo del asunto sin previamente determinar su jurisdicción, por lo que fue necesario el estudio sobre la renuncia del CAFTA, por lo tanto, para el perfeccionamiento del “consentimiento condicional” de las demandantes la disposición de renuncia debe hacerse con observancia al CAFTA.

El Tribunal Arbitral finalmente concuerda su laudo arbitral con lo indicado por El Salvador, en el cual el concepto de renuncia debe alcanzar el resultado pretendido, no únicamente a nivel textual en el caso expreso del CAFTA por lo que no es posible iniciar proceso arbitral cuando se ha iniciado proceso ante un tribunal judicial local de los países parte u otro procedimiento arbitral siempre y cuando fueren sobre los mismos hechos, por lo anterior el Centro se declaró incompetente de conocer sobre el asunto.

#### **4.7.4 Enel Green Power S.p.A. contra la República de El Salvador**

La discrepancia dio inicio en el año de 2008, cuando ENEL decidió demandar a El Salvador mediante un arbitraje internacional, ante el Centro Internacional

de Arreglos de Diferencias relativas a Inversiones, por habersele negado la posibilidad de superar el 50% de posesión accionaria en la compañía CEL.

El Estado salvadoreño cuestionó la validez del contrato que, en 2002, dio lugar a la sociedad entre la estatal Comisión Ejecutiva Hidroeléctrica del Río Lempa (CEL) y ENEL, para formar La Geo. La compra de las acciones a ENEL fue una inversión de 280 millones de dólares por parte del Estado salvadoreño.

La transferencia del 36,2% del paquete accionario de Enel se habría valorado en \$280 millones, pagaderos mediante un fideicomiso sobre los flujos futuros de La Geo, instrumento que deberá de estar en ejecución antes del 15 de diciembre del 2014. Este fideicomiso se ampliaría posteriormente hasta los \$480 millones, dato que arroja dudas sobre el precio total de la participación de ENEL. Por lo que dos entidades estatales salvadoreñas insistieron en no ceder la mayoría de las acciones a Enel, a pesar de un fallo de una Corte de Arbitraje Internacional en su contra.

La empresa Inversiones Energéticas y la Comisión Ejecutiva Hidroeléctrica del Río Lempa rechazaron nuevamente ceder a la italiana Enel Green Power la mayoría de acciones en la empresa geotérmica La Geo, pese a un fallo de una instancia internacional en contra.

La segunda discrepancia se relaciona con la suspensión de los procedimientos administrativos, que son los que han derivado esta cautelar en un caso en que ENEL no es parte pero que tiene efecto porque se deciden temas que tienen que ver con la inversión de ENEL y con la vigencia del acuerdo de accionistas, y con los derechos de ENEL. Asimismo, se inició un proceso penal. Con los embargos y la acción civil, solicitaron cuatro medidas las cuales se explicaron: 1) Suspensión del procedimiento, por las irregularidades que podría tener, 2)

Limitación a la prueba testimonial y, 3) En cuanto a la acción civil subsidiaria de la acción penal.

Entre 1987 y principios del 2006 las demandantes expandieron sus actividades mineras y afines, reguladas por las licencias de exploración y por los permisos ambientales otorgados por el gobierno de El Salvador. Sin embargo, durante septiembre y octubre del 2006, el gobierno revocó los permisos ambientales de las demandantes y no renovó sus licencias de exploración, llevando esto a que Enel iniciara proceso contra el Estado salvadoreño.

El CIADI terminó en suspender las medidas solicitadas por la empresa italiana y finalmente declarando a ENEL responsable de no haber respetado los límites del contrato firmado entre la entidad salvadoreña y Enel Green Power.

#### **4.7.5 Caso Enrique Rais y El Salvador, amenazas de arbitraje**

Es preciso señalar que los Tratados de Libre Comercio o Tratados Bilaterales de Inversión son un arma de doble filo, por un lado, son un instrumento de atracción de la inversión extranjera y que a su vez, ofrece garantía en la estabilidad de la inversión, así como otros beneficios y, por el otro lado, se han utilizado para intimidar la soberanía del Estado salvadoreño, pues en 2018 se presentó una advertencia realizada por el empresario José Aquiles Enrique Rais López, quien en su momento estaba siendo investigado por la Fiscalía General de la República por su vinculación con el ex fiscal general Luis Antonio Martínez por actos de corrupción, pues según investigaciones, el empresario otorgaba dinero y diversos beneficios al ex fiscal a cambio de impunidad.

El empresario Rais huyó del país por considerar que las investigaciones en su contra son arbitrarias. Es necesario destacar que Rais es de nacionalidad

Suiza y vale mencionar que existe el Tratado de Promoción y Protección Recíproca de Inversionistas entre Suiza y El Salvador, cuyo tratado -como todos los de esa materia- garantizan la protección de las inversiones y sus inversionistas, a fin que no existan malos tratos hacia aquellos y se les garantice estabilidad de las inversiones y una serie de diversos beneficios. En ese sentido, el señor Rais López posee la característica de inversionista en El Salvador a través de su empresa “Manejo Integral de Desechos Sólidos, S.E.M de C.V. (MIDES)”. En septiembre del 2018 la firma de abogados “*quin Emanuel trial lawyers*” dirigió una carta al presidente de la República Salvador Sánchez Cerén, Oscar Armando Pineda, presidente de la CSJ, a Norman Quijano, presidente de la Asamblea Legislativa y a la Ministra de Economía, Luz Estrella Rodríguez, manifestando:

“La República de El Salvador, incluyendo por medio del Fiscal General de la República, Licenciado Douglas Arquímedes Meléndez Ruíz, quien representa a El Salvador, viene atacando persistentemente a la Familia Rais y a MIDES desde el año 2016. Los ataques de El Salvador por medio del Fiscal Meléndez incluyen haber hecho numerosas alegaciones públicas y, finalmente, haber emitido una orden de arresto administrativo en contra del señor Rais en 2016. Estas alegaciones y la orden de arresto se basan en hechos completamente falsos y pruebas fabricadas e ilegales y su único propósito ha sido perseguir políticamente a la Familia Rais. Adicionalmente, se tiene conocimiento de que la Fiscalía está considerando iniciar o ha iniciado nuevas acciones penales y un procedimiento de privación de dominio en contra de la familia Rais y MIDES. Sin embargo, la Fiscalía se ha negado a dar cualquier información a la familia Rais y a MIDES para que ejerzan su derecho a la defensa.”

“La familia Rais incluye ciudadanos de Suiza. Como inversionistas suizos en El Salvador, están protegidos por el derecho internacional, incluyendo tratados

internacionales de protección de inversión extranjera. Bajo el Tratado Suiza-El Salvador, este último país tiene prohibido expropiar o ejercer cualquier acción arbitraria que reduzca el valor de las inversiones en el Estado en comento de inversionistas suizos.

En consecuencia, las acciones hasta la fecha de El Salvador es contra la familia Rais y MIDES, las cuales afectan el valor de MIDES y cualquier acción futura en su contra, son una violación del Tratado Suiza y El Salvador. La familia Rais y MIDES ejercerán todas las acciones internacionales disponibles en contra de El Salvador en respuesta a las acciones arbitrarias y abusivas de El Salvador.”

Como regla general en materia de las inversiones y ante la existencia de un tratado de inversión para la solución de controversias, las demandas se dirigen al CIADI, centro internacional que como ya se ha mencionado es conocido por El Salvador al ser demandado por millones de dólares. Pero la existencia de un tratado de inversión no significa que otorgue inmunidad y por lo tanto, garantice impunidad para un extranjero que realice inversiones en El Salvador.

Con base a lo anterior y puesto que, toda regla general tiene su excepción, en caso que un inversionista hubiese cometido delito, el Estado está en todas sus facultades para iniciar investigaciones y procesos judiciales en su contra, pero, si se comprueba la inocencia del inversor, ello implicaría, muy seguramente, una demanda contra El Salvador, esto nuevamente, lleva a reflexionar sobre el contenido de los tratados, que, muchas veces no son leídos, analizados ni verificados a través del control de constitucionalidad, mucho menos por los legisladores (sabemos que el DR-CAFTA fue aprobado en un madrugón en la Asamblea Legislativa) sin conocer de las repercusiones -más que beneficios- que podrían traer hacia El Salvador.

#### **4.8 Consecuencias jurídicas y económicas de la adhesión al tratado que contenga la cláusula compromisoria ante el CIADI**

La adhesión de una cláusula compromisoria o compromiso arbitral acarrea naturalmente obligaciones internacionales a los Estados, así como diferentes consecuencias jurídicas y económicas. Es así que, los Estados al decidir remover de su ordenamiento jurídico una cláusula por las razones de interés público u otras razones, deben valorarse las consecuencias que estas tendrán en los inversionistas y, al mismo Estado. En ese orden de ideas se exponen las consecuencias que son resultado de la negociación, la aceptación, el incumplimiento y rechazo de una cláusula arbitral.

##### **4.8.1. Seguridad jurídica para inversionistas**

Las principales garantías que un inversionista busca previo a realizar una inversión en un país extranjero será la estabilidad de las leyes, previsibilidad de los cambios, la robustez de las instituciones y la constante adopción de políticas económicas que brinde mayores oportunidades y seguridad para el sector privado. Lo anterior se puede interpretar íntegro en el conocido principio de seguridad jurídica, elemental en Estados democráticos, que tiene como objetivo dotar de certeza jurídica y estabilidad en virtud de la ley.

Las grandes industrias y empresas de servicios al momento de expandir sus operaciones y evaluar la posibilidad de realizar una inversión internacional, se encuentran ante diferentes barreras que deben considerarse y superarse bajo previsiones a corto tiempo. Las principales barreras son permisos ministeriales del país receptor, impuesto sobre las rentas, solicitudes de exención de pago de impuestos si es procedente en el país receptor, aranceles a la importación, licencias, patentes, etc. Sin embargo, existen otras que no son tradicionales, como son por ejemplo el idioma, la cultura, horarios laborales, entre otros.

Con base al análisis anterior, un capital extranjero se verá en la situación de evaluar un país receptor que cumpla con sus obligaciones estatales pero que este no cambie de forma unilateral y constante las normas y leyes, que como consecuencia represente un riesgo de pérdida del capital invertido, así como la imposibilidad de ejecutar los proyectos o actividades diarias. De lo anterior es necesario que el Estado receptor brinde y oferte la confianza suficiente al inversor por medio de políticas económicas abiertas, trato justo, estabilidad legal y la existencia de instituciones respetuosas de sus leyes.

El Salvador en el año 2015 emitió la Ley de Estabilidad Jurídica Para Las Inversiones, que creó los contratos de estabilidad jurídica para inversionistas que consisten en un instrumento que dota de garantías y la estabilidad en lo tributario, municipal, aduanero y migratorio. Este contrato puede ser solicitado en razón de la naturaleza especial de las actividades de la empresa extranjera. Estas inversiones pueden ser realizadas en el área de aeronáutica, energía, electrónica, turismo, telecomunicaciones, entre otras.

#### **4.8.2 Cantidad excesiva de pago de honorarios**

El Salvador ha sido parte de diversos arbitrajes, tal como ya se ha mencionado en el presente trabajo de investigación, por lo que ha conllevado a que se vea demandado por altas cantidades de dinero, tal fue el proceso de la empresa minera Pacific Rim, ante una demanda por 300 millones de dólares, ante dicha contienda, El Salvador pudo salir victorioso y no se vio condenado al pago de dicha cantidad pecuniaria.

Entre las críticas existentes hacia el arbitraje internacional de inversiones, destaca el elevado costo de honorarios por abogados que debe sufragar un Estado para asegurar su defensa, en el caso de El Salvador, cuyos honorarios

superaron los 14 millones de dólares, no solo el pago de los honorarios, sino también las exorbitantes cantidades que exigen las empresas transnacionales en sus demandas.

### 4.8.3 El CIADI y América Latina

Los efectos negativos del sistema de arbitraje de inversión para las economías de los Estados de América Latina<sup>225</sup> van más allá de los únicos honorarios que el erario debe sufragar ante cada demanda, pues, como se mencionó antes, las demandas exigen cantidades abusivas, que, de ser condenados al pago, se frenan sus políticas públicas.<sup>226</sup>

En América Latina, por ejemplo, se registran los casos de diferentes Estados, quienes han sido condenados a cantidades exorbitantes; como es el caso de Costa Rica, condenado al pago de \$16 millones, Argentina condenas por 383,4 millones de dólares, Venezuela posee deuda por 1.032 millones de dólares, y Ecuador 380 millones de dólares. De 597 casos ante CIADI, el 24% pertenece a procedimientos promovidos contra países de América del Sur, 6% de Centro América y el Caribe y 5% de América del Norte.<sup>227</sup>

Las condenas han conllevado a que el sistema del CIADI sea enérgicamente criticado, por considerar que posee cierta parcialidad a fallar en favor de los inversionistas; tales situaciones han llevado a que estos Estados opten por denunciar TBI's o al mismo Convenio del CIADI, que una vez denunciado este

---

<sup>225</sup> El Telégrafo, "Países cuestionan el rol del CIADI sobre arbitrajes en los TBI", *El Telégrafo*, 10 de mayo de 2017, <https://www.eltelegrafo.com.ec/noticias/economia/8/paises-cuestionan-el-rol-del-ciadi-sobre-arbitrajes-en-los-tbi>

<sup>226</sup> Hugo Ruíz Díaz Balbuena, "La denuncia de los tratados de protección de las inversiones", *Comité para la Abolición de las Deudas Ilegítimas*, 9 de diciembre de 2013, <http://www.cadtm.org/La-denuncia-de-los-tratados-de,9712>

<sup>227</sup> Bilateralas, "Fallos CIADI: Una realidad creciente en América Latina", *Bilateralas.org*, acceso el 16 de febrero de 2018, <https://bit.ly/2GjKEVJ>

último, según el art. 71 del convenio, tal denuncia surtirá efectos seis meses después de recibida la notificación de renuncia. A la vez, la denuncia de un tratado está apegado al Convenio de Viena sobre el derecho de los tratados.<sup>228</sup>

Por ello, como se ha dicho con anterioridad, se insiste en que si El Salvador ratifica nuevos TBI's debe tomarse el tiempo necesario para realizar el análisis respectivo del mismo a fin de dejar demasiado abiertas las puertas al inversor para demandar ante CIADI por cualquier motivo.

#### **4.8.4 Mayor inversión extranjera**

Al respecto, deben considerarse dos puntos: 1) un TBI puede atraer inversión; y, 2) el renunciar al convenio CIADI no afecta en gran medida la atracción de inversión extranjera. En cuanto al primer punto, en América Latina, los países vieron con buenos ojos el Convenio CIADI como una herramienta jurídica para atracción de inversión en sus territorios, en buena medida funciona, ya que refleja seguridad jurídica y estabilidad de la inversión realizada, amparándose en que, si uno de los Estados miembros del CIADI incurre en violar alguno o varios derechos del inversionista, este se encuentra amparado en el convenio para demandar al Estado receptor. En buena medida, esa es la temática del convenio para atraer inversiones.

En cuanto al segundo punto, ya se dijo anteriormente que hay Estados que han optado por denunciar el Convenio del CIADI, tal es el caso del Ecuador y tal circunstancia no ha provocado el retiro de las inversiones ni ha dejado de atraerla, pues existen inversionistas más delicados con su inversión que optan

---

<sup>228</sup> Iñigo Salvador Crespo y Mélanie Riofrío Piche, "La denuncia del Convenio del Centro Internacional de Arreglo de Disputas Relativas a Inversiones o la calentura en las sábanas", *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, n. 2 (2010): 96.

por demandar por cualquier obstáculo que consideren les haga incurrir en pérdidas o se sientan violentados en el acuerdo de inversión por un TBI. En el caso de El Salvador, hasta la fecha de terminación de la presente investigación aún sigue siendo parte del convenio CIADI.

Al cierre del tercer trimestre del año 2018, los aumentos de inversión extranjera directa totalizaron US\$1,221.8 millones reflejando un incremento del 24.1%, US\$237.2 millones, respecto al año 2017. Destacaron en dichas transacciones el sector industrial, la información y comunicaciones y el financiero, los cuales representan más del 70% del total. El aumento de inversión extranjera directa es el mayor registrado en los primeros tres trimestres desde el año 2010.

A modo de conclusión, las ventajas que el Estado salvadoreño obtiene por someter sus controversias ante la jurisdicción especial del CIADI son mayores al conjunto de perjuicios que puede acarrear continuar sometiendo procesos arbitrales ante el centro de arbitraje internacional. Logrando brindar una mayor seguridad jurídica a los inversionistas, evitándose el pago de una cantidad excesiva de los honorarios y paralelamente, influyendo positivamente en el aumento de la inversión extranjera.

## CONCLUSIONES

El CIADI supone un avance en materia de solución de las controversias de inversiones, pues implica una alternativa pragmática frente a la doctrina clásica de la inmunidad soberana de los Estados, pues suministra seguridad jurídica en la solución de controversias en materia de inversión.

En la actualidad El Salvador no cuenta con normas que regulen el estado de necesidad como protección ante una ilicitud internacional por incumplimiento.

En El Salvador y a nivel Centroamericano, se prefiere la vía ordinaria, es decir, los tribunales comunes para solucionar las controversias; este antecedente es palpable en la mayoría de las diferencias legales, sean o no en materia de las inversiones, lo cual refleja la carencia de una cultura arbitral.

El sometimiento a la jurisdicción del CIADI conlleva a más consecuencias positivas que negativas; de los cuales una consecuencia positiva es en cuanto a los costos arbitrales ya que estos son menos elevados en comparación con los de otros centros de resolución de diferencias.

Los procesos llevados ante el CIADI demuestran que los arbitrajes no son parcializados, favoreciendo indebidamente hacia los inversionistas, por lo que los arbitrajes llevados ante esa sede, han demostrado no tener un verdadero interés directo hacia alguna de las partes.

La función o finalidad del arbitraje es la de sustituir o complementar el trabajo jurisdiccional, sino de servir de manera autónoma como una herramienta que permita descongestionar el saturado sistema legal en el Estado, a fin de que puedan utilizarse mejor los recursos en aquellos conflictos con mayor impacto y trascendencia jurídica, social y económica.

## RECOMENDACIONES

Es necesario existir coherencia normativa, pues hay casos en que existe un contrato de inversión que incorpora cláusula de solución de controversias para someterse ante tribunales nacionales del Estado receptor de la inversión y a la vez, existe un tratado bilateral de inversión con el país de la nacionalidad del inversionista extranjero que habilita el arbitraje internacional, es decir, deben evitarse procesos de solución de controversias paralelos.

Se debe crear una ley que regule el estado de necesidad como protección a una ilicitud internacional por incumplimiento; emitirla, que permitiría al Estado garantizarse a sí mismo, caer ante una crisis financiera por realizar el pago de la condena, ante tal contexto, no se recomienda emitirla en el transcurso de un arbitraje relativo a inversiones, sino previo a este.

El Salvador debe evitar la incorporación de cláusulas arbitrales abiertas que puedan inmediatamente ejecutarse, debiendo delimitar su consentimiento por medio de una redacción clara y exhaustiva, con requisitos previos al arbitraje, como por ejemplo el sometimiento a un proceso de negociación, limitando a los inversionistas extranjeros comprendidos en el acuerdo y estableciendo preferentemente estas cláusulas en instrumentos internacionales tales como los Tratados de Libre Comercio, Tratados Bilaterales de Inversión, entre otros acuerdos comerciales.

Se debe fomentar la cultura del arbitraje en El Salvador como el mecanismo de solución alternativo a los tradicionales procesos judiciales establecidos en los juzgados y tribunales ordinarios, como una forma de obtener resultados más inmediatos y descongestionar el sistema judicial.

## BIBLIOGRAFIA

### LIBROS

**Alamillo Sanz, Assela**, *El juicio de París. Conferencia XI Seminario de Arqueología Clásica*. Universidad Complutense de Madrid, España: 2003.

**Alcón, Paloma**, *El derecho español del Siglo XXI en una economía globalizada: libro Conmemorativo de los 50 Años de Baker & Mckenzie en España*. La ley, España: 2015.

**Alvarado Velloso, Adolfo**, *Lecciones de Derecho Procesal Civil*. Investigaciones Jurídicas, San José: 2010.

**Ascencio Mellado, José María**, *Derecho Procesal Civil*. Tirant lo Blanch, Valencia: 2010.

**Chiovenda, Guissepe**, *Derecho Procesal Civil*, trad. por Alfonso Figueroa. Colección clásicos de derecho, México: 1995.

**Espinoza Carranza, Mayra Natalia**, *Funcionamiento del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones. Recuento de Casos y análisis de utilización de dicha herramienta por la República de El Salvador*. Universidad José Matías Delgado, El Salvador: 2011.

**León Robayo, Edgar Iván**, *Temas Tradicionales del Derecho Comercial: Perspectiva y Arbitrabilidad de la Convención Interamericana de Arbitraje Comercial Internacional*. Universidad de Medellín, Colombia: 2012.

**López Ramón, Fernando y otros**, *Prestaciones patrimoniales públicas no tributaria y resolución extrajudicial de conflictos*. Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid: 2015.

**Matheus López, Carlos Eduardo**, *La separabilidad del Convenio Arbitral*. Legis, Perú: 2012.

**Montero Aroca, Juan y otros**, *Derecho Jurisdiccional II: Proceso Civil*, 18ª ed. Tirant lo Blanch Valencia: 2010.

**Moreno Blesa, Lidia**, *El arbitraje del CIADI y su contribución al desarrollo a la luz de las inversiones directas en mercados emergentes*. Departamento de Derecho de la Universidad Europea de Madrid, España: 2014.

**Olarte Bácares, Diana Carolina**, *Realidades y Tendencias del Derecho en el Siglo XXI: El Derecho Internacional de las Inversiones en América Latina: El reencuentro con los Derechos Humanos*. Universidad Pontificia Javeriana, Bogotá: 2016.

**Pastor Ridruejo, José Antonio**, *Derecho Internacional e Ideologías Políticas*. Publicaciones y divulgación científica de la Universidad de Málaga, España: 2015.

**Pfeifer, Guido**, *Judicial Authority in backlit Perspective: Judges in the Old Babylonian Period*, Forum Historae Iuris, Alemania: 2010.

**Ramos Méndez, Francisco**, *Enjuiciamiento Civil*, vol. 2. Atelier, Barcelona: 1997.

**Redfern, Alan y Marín, Hunter**, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, 4ª ed. Editorial Sweet & Maxwell, Londres, 2004.

**Rodríguez Jiménez, Sonia y Woss, Herfried**, *Arbitraje en Materia de Inversiones: Estándares en Arbitraje de Inversión ¿Choque de Tradiciones?* UNAM, México: 2010).

**Serra Domínguez, Manuel**, *Estudio de derecho procesal*. Ariel, Barcelona: 1969.

**Tanzi, Attila y otros**, *Derecho Internacional de las Inversiones en América Latina. Problemas y Perspectivas*, 5ª ed. Editorial Brill Nijhoff, Boston: 2016.

**Velasco, Ruiz y del Valle, Adolfo**, *Manual de derecho Mercantil*, 3ª ed. Comillas, Madrid: 2007.

**Zamora Sánchez, Pedro**, *Arbitraje en instituciones financieras* Novum, México: 2013.

**Zamora, Pedro**, *Arbitraje en instituciones financieras*. Editorial Oxford, México: 2002.

**Zappalá, Francesco**, *Universalismo Histórico del Arbitraje*. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México, Distrito Federal de México: 2010.

## **TESIS**

**Cantero Bou, Marta**, “La Cámara de Comercio Internacional y su Corte Internacional de Arbitraje”. Tesis de grado, Universitat Jaume I, 2015.

**Casasola Murillo, José Pablo**, “La cláusula compromisoria”. Tesis de grado, Universidad de Costa Rica, 1990.

**Cruz Martínez, Jessica Carolina y Trejo Jurado, Evelyn Yanira**, “El Arbitraje Comercial Internacional en relación con la Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje de El Salvador; la Convención sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, y la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional”. Tesis de Grado, Universidad de El Salvador, 2007.

**De la Cerda Olivos, Cristóbal y Goldenberg Peñafiel, Mónica**, “Trato Justo y equitativo en materia de inversión extranjera. Relación con los tratados de libre comercio y convenios sobre protección y promoción de inversiones suscritos por Chile”. Tesis de grado, Universidad de Chile, 2007.

**Soler Reyes, Mario**, “El consentimiento para recurrir al CIADI como base de la jurisdicción de los Tribunales Arbitrales constituidos en conformidad al Convenio de Washington. Análisis de algunos de sus fallos”. Tesis de grado, Universidad de Chile, 2015.

## **LEGISLACIÓN**

Carta de las Naciones Unidas. Organización de las Naciones Unidas, New York, 1945.

Código Procesal Civil y Mercantil. El Salvador, Asamblea Legislativa, 2008.

Constitución de la República de El Salvador. El Salvador, Asamblea Legislativa de El Salvador, 1983.

Convención Interamericana Sobre Arbitraje Comercial Internacional. Panamá: Departamento de Derecho Internacional de la Secretaria de Asuntos Jurídicos de la Organización de los Estados Americanos, Panamá, 1975.

Convención Sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras. Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, Estados Unidos: 1958.

Convenio entre la República de El Salvador y la República Argentina Para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones. El Salvador, Asamblea Legislativa de El Salvador, 1998.

Convenio Sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones Entre Estados y Nacionales de Otros Estados. Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (Banco Mundial), Estados Unidos: 1965.

Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública. El Salvador: Asamblea Legislativa, 2000.

Ley de Estabilidad Jurídica para las Inversiones. El Salvador: Asamblea Legislativa, 2015.

Ley de Inversiones. El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 1999.

Ley de Mediación Conciliación y Arbitraje. El Salvador, Asamblea Legislativa de El Salvador, 2002.

Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje. El Salvador, Asamblea Legislativa, 2002.

Ley Especial de Asocio Público Privado. El Salvador, Asamblea Legislativa, 2013.

Ley N° 708. Bolivia, Asamblea Legislativa Plurinacional, 2015.

Ley Orgánica Judicial. El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 1984.

Tratado de Libre Comercio entre República Dominicana, Centroamérica y Estados Unidos de América. El Salvador, Asamblea Legislativa de El Salvador, 2004.

## **JURISPRUDENCIA**

Laudo Arbitral, Chevron Corporation (U.S.A.) & Texaco Petroleum Corporation (U.S.A.) vs The Republic of Ecuador. Países Bajos, Corte Permanente de Arbitraje de la Haya, 2008.

Laudo Arbitral, Radio Corporation of America v. The National Government of the Republic of China. Países Bajos, Corte Permanente de Arbitraje de la Haya, 1935.

Laudo Arbitral, Referencia: ARB/03/26, Inceysa Vallisoletana, S.L. vs la República de El Salvador. Washington, D.C., Estados Unidos, Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones del Banco Mundial, 2006.

Laudo Arbitral, Referencia: ARB/97/6, Lanco International Inc. vs República de Argentina. Washington D. C., Estados Unidos, Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, 1998.

Resolución, Referencia: A/RES/71/156. Asamblea General, Naciones Unidas, 2016.

Sentencia de Inconstitucionalidad, Referencia: 19-2012. El Salvador, Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, 2012.

Sentencia de Inconstitucionalidad, Referencia: 52-2014. El Salvador, Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, 2014.

Sentencia Definitiva, Referencia: 186-M-2000. El Salvador, de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia 2000.

Sentencia Definitiva, Referencia: 2- 2-RN-2011. El Salvador, Cámara Primera de lo Civil de la Primera Sección del Centro, 2011.

Sentencia Definitiva, Referencia: 3-RN-2011. El Salvador, Cámara Primera de lo Civil de la Primera Sección del Centro, 2012.

## **FUENTES INSTITUCIONALES**

Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento, “Informe de los Directores Ejecutivos acerca del Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre estados y nacionales de otros estados”. BIRF, Washington, 1965.

Cámara de Comercio Internacional, “ICC Commission Report State, State Entities and ICC Arbitration”. ICC, París, Francia: 2014.

Centro de Comercio Internacional CCI, “Arbitraje y Solución Alternativa de Controversias: El Caso de Costa Rica”. Centro de Comercio Internacional, Costa Rica: 2005.

Centro de Comercio Internacional CCI, “Arbitraje y solución alternativa de controversias”. Edición especial, Suiza: 2005.

Centro de Información Jurídica en Línea, “Informe de Investigación Civil, Tema: La cláusula o compromiso arbitral”. Colegio de Abogados Universidad de Costa Rica, Costa Rica, 2007.

Centro de Mediación y Arbitraje de la Cámara de Comercio e Industria de El Salvador, “Cruzada por una nueva ley de arbitraje”, Revista Derecho y Negocios n. 61 (2016): 1-40.

Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones, “Informe Anual 2017”. Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (Banco Mundial), Estados Unidos: 2018.

Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), “Carga de Casos del CIADI–Estadísticas (Edición 2018-1)”. Washington, D.C.: Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, 2018.

Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a las Inversiones, “Aspectos Básicos del CIADI”. Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones, Estados Unidos: 2017.

Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo, “Dispute Settlement. General Topics: Permanent Court of Arbitration”. Naciones Unidas, Nueva York: 2003.

Corte Internacional de Justicia, “Affaire de la Barcelona Traction, light and Power Company, Limited”. Corte Internacional de Justicia, La Haya: 1970.

Fundación de Estudios para la Aplicación de Derecho FESPAD, “Asocio público-privado en El Salvador: Análisis de impacto y las recomendaciones”. Fundación de Estudios para la Aplicación de Derecho, El Salvador: 2013.

Fundación Salvadoreña para el Desarrollo Económico y Social FUSADES, “Reformas a la Ley APP pueden traer beneficios para el país”. San Salvador, El Salvador: 2017.

Fundación Salvadoreña para El Desarrollo Económico y Social, “Aspectos prácticos del Arbitraje en El Salvador”, Boletín de estudios legales No. 51, marzo del año 2005.

Latham & Watkins, “Guía del Arbitraje Internacional: La práctica de Arbitraje Internacional”. Latham & Watkins LLP, Delaware: 2015.

Ministerio de Comercio Exterior COMEX, Tratado de Libre Comercio de la República Dominicana, Centroamérica y los Estados Unidos: Documento Explicativo, interpretado por Dean García y otros. San José, Costa Rica: 2012.

Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la República del Perú, “Guía de arbitraje internacional de inversiones”. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la República del Perú, Perú: 2016.

Ministerio de Medio Ambiente y Recursos Naturales Licitación MARN No. 05/2000. San Salvador, El Salvador, 2000.

Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas, “La responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos”. Naciones Unidas, New York, 2012.

## **REVISTAS**

**Alemán, Roberto**, “A cincuenta años de los acuerdos de Bretton Woods”, *Boletín Informativo* n. 280, (1994): 837-936.

**Bermúdez Madrigal, Julio**, "Arbitraje como medio de resolución de conflictos en el ámbito empresarial", *Nuevo Derecho*, n.1(2016): 1-17.

**Bernal Rodríguez, Antonio Miguel**, "Las corporaciones mercantiles de Sevilla; del Consulado (1543) a la Cámara de Comercio (1886)", *Revista Anuario de Estudios Atlánticos*, n. 59 (2013): 253-288.

**Castillo Freyre, Mayra y otros**, "Las causales de anulación del Laudo arbitral en la Ley de Arbitramento del Perú", *Revista Lumen*, n. 10 (2014): 9-20.

**Chaparro Matamoros, Pedro**, "El Arbitraje celebrado ante el CIADI", *Revista Bolivariana de derecho*, n. 18, (2014): 182-203.

**Crespo, Iñigo Salvador y Riofrío Piche, Mélanie**, "La denuncia del Convenio del Centro Internacional de Arreglo de Disputas Relativas a Inversiones o la calentura en las sábanas", *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, n. 2 (2010): 89-127

**Cruz Barney, Oscar**, "El nuevo Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional CCI". *Revista de Derecho Privado*, n. 3 (2013): 3-44.

**García Corrochano Moyano, Luis**, "La solución de controversias en el Derecho Internacional de las Inversiones" *Revista PUCP*, n. 51 (2009): 201-231.

**García, Alfredo y otros**, "Banco Mundial y Plan Baker. Análisis del caso argentino", *Boletín Informativo* n. 256, (1989): 33-64.

**Jiménez Blanco, Gonzalo**, "Confidencialidad en el arbitraje", *Revista de arbitraje comercial y de inversiones*, n. 3 (2015): 735-748.

**Monroy Hernández, María Clemencia**, “La cláusula de la nación más favorecida en los Tratados Bilaterales de Inversión vigentes para Colombia y sus efectos de acuerdo con los laudos arbitrales del CIADI”, *Revista de Derecho Público*, n. 35 (2015): 1-34.

**Morales Vela, Dunker**, “Arbitraje Internacional de Inversiones: conflictos en la Aplicación de Cláusulas Paraguas”, *Revista Iuris Dicto*, n. 11 (2007): 48-62.

**Ovalle Faundez, Ana Inés**, “El Arbitraje por compromiso en el Derecho Romano”, *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, n. 17 (1996): 135-142.

**Pérez Pacheco, Yaritza**, “Consentimiento Estatal al Arbitraje del CIADI”; *Revista Lecciones y Ensayos*, n. 91, (2013): 19-57.

**Prieto Zamora, Olga Victoria**, “Principio de igualdad de trato entre los inversionistas nacionales y extranjeros, en los casos de aporte de industria o trabajo con estimación de su valor”, *Revista de Derecho Privado*, n. 52, (2014): 1-28.

**Rey Vallejo, Pablo**, “El arbitraje y ordenamientos jurídicos en Latinoamérica: Un estudio sobre formalización y judicialización”, *Revista Javeriana*, n. 126 (2013): 199-327.

**Sanguino Sánchez, Jesús María**, “El Arbitraje Internacional”, *Revista Criterio Jurídico*, n. 1 (2001): 171-191.

**Siqueiros, José Luis**, “El arbitraje comercial en México”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de México*, n. 59, (1965): 703-722.

**Suñé, Natasha**, “Arbitraje en América Latina, consideraciones en materia de inversiones”, *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión*, n. 5 (2015): 191-215.

**Tardío Pato, José Antonio**, “El principio de especialidad normativa (lex specialis) y sus aplicaciones Jurisprudenciales”, *Revista de Administración Pública*, n. 162 (2003): 189-225.

**Tóchez Molina, Mardoqueo Josafat**, “Arbitraje de derecho y la apelación”, *Revista Derecho y Negocios* n. 61 (2016): 1-22.

## **DICCIONARIOS**

**Manuel Ossorio**, “Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales”, 34<sup>a</sup> ed. Heliasta, Buenos Aires, 2006.

## **SITIOS WEB**

**Belarmino Jaime, José**, “Tratados e inconstitucionalidad”, *El Mundo*, 27 de octubre de 2017, <http://elmundo.sv/tratados-e-inconstitucionalidad/>

Bilaterlas, “Fallos del CIADI: Una realidad creciente en América Latina”, *Bilaterlas.org*, acceso el 16 de febrero de 2018, <https://bit.ly/2GjKEVJ>

Cámara de Comercio Internacional España, “Comercio Internacional”, *ICC*, acceso el día 28 de enero del año 2018, <http://www.iccspain.org/comercio-internacional/>.

**Castillo Argañarás, Luis**, “Contratos de Estado, inversión extranjera y el derecho internacional público”, *Ámbito Jurídico*, 01 de marzo del año 2010, <https://bit.ly/2PqeYgO>.

**Dorín, Noelia Giselle**, “Inversiones extranjeras en el marco de los Tratados Bilaterales de promoción y protección de Inversiones. El CIADI como arbitraje institucional internacional”. Congreso de Derecho Público para estudiantes y jóvenes graduados: Democracia y Derechos, acceso el 12 de octubre de 2017 <http://www.derecho.uba.ar/institucional/deintereses/derecho-internacional-publico-noelia-dorin.pdf>.

El Telégrafo, “Países cuestionan el rol del CIADI sobre arbitrajes en los TBI”, *El Telégrafo*, 10 de mayo de 2017, <https://www.eltelegrafo.com.ec/noticias/economia/8/paises-cuestionan-el-rol-del-ciadi-sobre-arbitrajes-en-los-tbi>.

**García Bolívar, Omar**, “Nociones Básicas del Arbitraje Internacional de las Inversiones”, *Studylib*, acceso el 25 de agosto de 2017, <https://bit.ly/2N8mvU6>.

Guide Loyrette Novel, “Le Droit Français del Arbitrage, Juridictionnaires Joly”, acceso el 11 de febrero de 2018, <https://bit.ly/2PCV6aj>.

**Hamilton, Jonathan y otros**, “Impacto de la Convención del CIADI en América Latina, Cámara de Comercio de Lima, Perú; 6 y 7 de octubre de 2015, <https://bit.ly/2PXba7U>.

International Commercial Lawyers, “ICC Report on Arbitration Involving States and State Entities” Mc. Nair Chambers, acceso el día 28 de enero del año 2018, [https://www.mcnairchambers.com/client/publications/2012/icc\\_report\\_on\\_arbitration\\_involving\\_states\\_and\\_state\\_entities\\_05nov\\_2012.pdf](https://www.mcnairchambers.com/client/publications/2012/icc_report_on_arbitration_involving_states_and_state_entities_05nov_2012.pdf).

**Miranda, Enrique y López, Alberto**, “Corte suspende firma de contrato de gases”, *El Diario de Hoy*, publicado el día 29 de noviembre del año 2000, <http://archivo.elsalvador.com/noticias/edicionesanteriores/2000/noviembre/noviembre29/nacional/nacio5.html>

**Nolan, Michael y Sourgens, Frédéric**, “Limits of Consent - Arbitration Without Privity and Beyond”, *Liber Amicorum Bernardo Cremades*, publicado el 23 día de febrero de 2013, <https://ssrn.com/abstract=2180302>.

OXFAM, “foro: situación actual e implicaciones del caso Pacific Rim (Oceana Gold) para el Estado Salvadoreño”, *Ciel*, acceso el 22 de abril de 2014, <https://bit.ly/2NOgyIY>.

**Pallais, Bernard**, “Los 40 años de la Convención de Panamá y su importancia para el empresario”, *Lexology*, acceso el 16 de noviembre del año 2017, <https://bit.ly/2PE4kDk>.

**Rivas, Luisa**, “Garantías que brinda la Ley de Estabilidad Jurídica para las inversiones”, *Lexology*, acceso el día 14 de diciembre del año 2017, <https://bit.ly/2M2a8nN>.

**Ruíz Díaz Balbuena, Hugo**, “La denuncia de los tratados de protección de las inversiones”, *Comité para la Abolición de las Deudas Ilegítimas*, 9 de diciembre de 2013, <http://www.cadtm.org/La-denuncia-de-los-tratados-de,9712>.

**Serrada, Juan**, “Hablar si el arbitraje es caro o barato es muy relativo”, *Lawyexpress*, acceso el 30 de enero de 2018, [http://www.lawyerpress.com/news/2013\\_07/3007\\_13\\_001.html](http://www.lawyerpress.com/news/2013_07/3007_13_001.html)

Sistema de Información sobre Comercio Exterior, “Cámara de Comercio Internacional, Corte Internacional de Arbitraje. Reglamento de Arbitraje”, acceso el 29 de enero de 2018, <http://www.sice.oas.org/dispute/comarb/icc/arbruls.asp>.

## ANEXOS

### ANEXO 1.

Procedimientos especializados y mecanismos de ejecución	Apoyo amplio y variado a lo largo del procedimiento
El proceso del CIADI está específicamente diseñado para tener en cuenta las características particulares de las diferencias relativas a inversiones internacionales, manteniendo un cuidadoso equilibrio entre los intereses de inversionistas y Estados receptores	A cada caso se le asigna un dedicado equipo especializado que ofrece apoyo legal y administrativo integral a lo largo del proceso.
Los mecanismos del CIADI prevén el arreglo de diferencias mediante conciliación, arbitraje o comprobación de hechos. Se aplican reglas y reglamentos detallados a cada tipo de caso a fin de garantizar la justicia procesal y promover la eficiencia.	El CIADI cuenta con la pericia necesaria para ofrecer asistencia conforme a sus propias reglas; al Reglamento de la CNUDMI y a otras reglas procesales contenidas en tratados, y es la única institución que puede administrar casos en virtud de todas estas reglas.
Cada caso es considerado por una comisión de conciliación o un tribunal de arbitraje independiente, que puede pronunciarse respecto de cuestiones procesales y resolver la diferencia entre las partes.	Las listas del CIADI incluyen a muchos de los conciliadores y árbitros más experimentados del mundo y constituyen un recurso útil para las partes en el proceso de nombramiento. Las partes también pueden seleccionar árbitros o

	conciliadores que no figuran en las listas.
Aquellos que participan en casos regidos por el Convenio del CIADI gozan de inmunidad frente a toda acción judicial respecto de los actos realizados en el ejercicio de sus funciones durante el procedimiento	El CIADI ofrece salas de audiencia de última generación en todo el mundo. No se paga renta para celebrar audiencias en las sedes del Banco Mundial en el marco de casos administrados por el CIADI.
Todo laudo dictado en virtud del Convenio del CIADI es susceptible de ejecución como si se tratara de una sentencia definitiva de los tribunales de justicia en cualquier Estado miembro del CIADI. Los laudos dictados en el marco de otros casos administrados por el CIADI son susceptibles de ejecución en virtud de la Convención de Nueva York	Por tratarse de una organización sin fines de lucro, el CIADI mantiene una estructura de cargos razonables. Las medidas destinadas a controlar los costos incluyen un cargo anual reducido por los servicios del CIADI y un tope sobre los honorarios diarios de árbitros y conciliadores. <sup>229</sup>

<sup>229</sup> **CENTRO INTERNACIONAL DE ARREGLO DE DIFERENCIAS RELATIVAS A INVERSIONES, CIADI**, Características especiales del CIADI, disponible en: <https://icsid.worldbank.org/sp/Pages/about/Special-20Features-20of-20ICSID.aspx>, acceso el 23 de agosto de 2017.

## ANEXO 2.



RAIP No. 0009/2019

**EN LA DIRECCIÓN DE TRANSPARENCIA, ACCESO A LA INFORMACIÓN Y PARTICIPACIÓN CIUDADANA DEL MINISTERIO DE ECONOMIA** San Salvador, a las diez horas y diecisiete minutos del día diecisiete de enero del año dos mil diecinueve.

Admítase la solicitud de información **MINEC-2019-0008**, de fecha nueve de enero de dos mil diecinueve, presentada por **Herbert Mauricio Serafín García**, Persona natural, con Documento Único de Identidad (DUI) número: 04851868-1, del domicilio de San Marcos, departamento de San Salvador, en la cual solicita que se le proporcione la siguiente información: **“Proporcionar listado de Tratados de Libre Comercio, Tratados Bilaterales o Multilaterales de Inversión suscritos y vigentes de El Salvador.”** (Sic), teniendo como lugar para notificar la dirección de correo electrónico [herbertserafin@fespada.org.sv](mailto:herbertserafin@fespada.org.sv)

Analizado el fondo de la misma y cumpliendo los requisitos que establecen los artículos 66 de La Ley de Acceso a la Información Pública y 50, 54 del Reglamento de la Ley de Acceso a la Información Pública, en adelante sólo denominados Ley y Reglamento; leídos los autos y considerando:

- Que el impulso del derecho de petición y respuesta que a todos los ciudadanos asiste está robustecido en el art. 18 de la Constitución.
- Que ha sido analizado el fondo de la solicitud de acceso a la información, verificando que lo planteado no se encuentra dentro las excepciones enumeradas en los arts. 19 y 24 de la Ley y 19 del Reglamento.
- Que según lo preceptuado en el art. 70 de la Ley se realizaron las gestiones internas, mediante envío de correo electrónico desde el panel de control del Sistema de Gestión de Solicitudes (SGS), a la unidad administrativa correspondiente de esta Cartera que pudiese tener en su poder la información solicitada por **Herbert Mauricio Serafín García**, a fin de dar respuesta oportuna a la petición. Lográndose la ubicación e identificación de lo requerido.
- Que la **Dirección de Administración de Tratados Comerciales (DATCO)**, en atención al requerimiento, hace de su conocimiento lo siguiente:

1

Alameda Juan Pablo II y Calle Guadalupe Edificio C1 - C2,  
Centro de Gobierno. San Salvador. Tel.(PBX): (503) 2590-5600



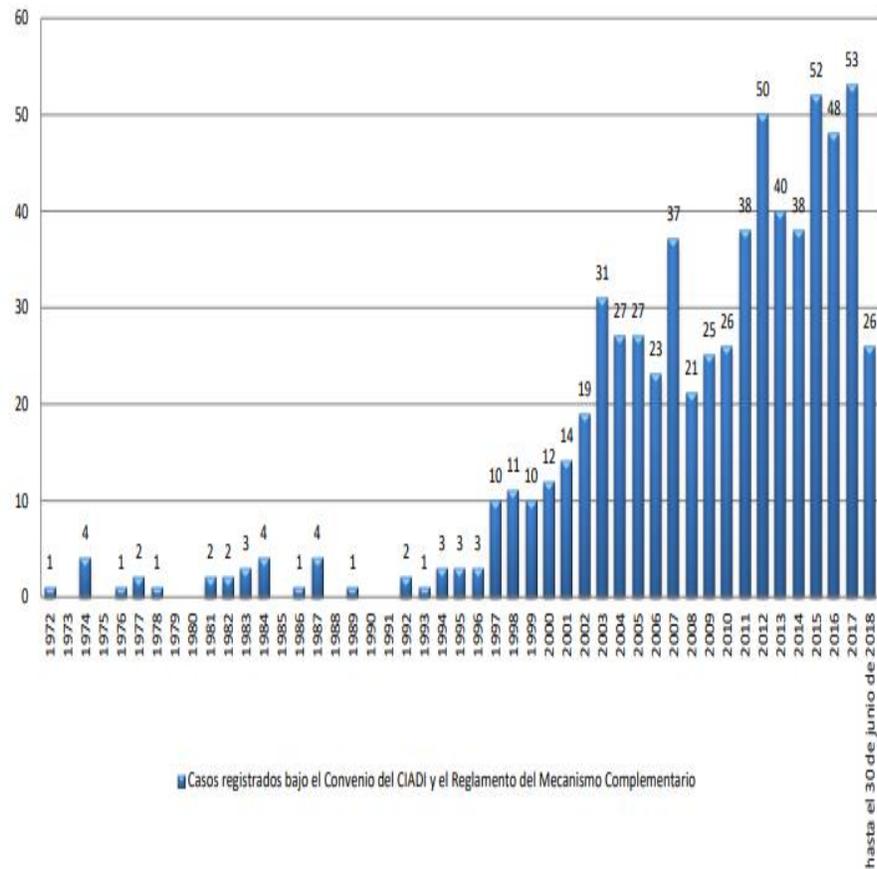
“La Dirección de Administración de Tratados Comerciales puede proporcionar la lista de los Tratados de Libre Comercio que contienen capítulos de inversión, los cuales pueden ser consultados en el sitio web <http://infotrade.minec.gob.sv/> 1.- Acuerdo de Asociación Centroamérica con la Unión Europea – Título III. 2.- Tratado de Libre Comercio Centroamérica con Estados Unidos y República Dominicana – Capítulo 10. 3.- Tratado de Libre Comercio Centroamérica con México – Capítulo 11. 4.- Tratado de Libre Comercio Centroamérica con República Dominicana – Capítulo 9. 5.- Tratado de Libre Comercio Centroamérica con Chile – Capítulo 10. 6.- Tratado de Libre Comercio con Colombia – Capítulo 12. 7.- Tratado de Libre Comercio Centroamérica con Panamá – Capítulo 10. 8.- Tratado de Libre Comercio Centroamérica con República de Corea – Capítulo 9. En cuanto a los Tratados Multilaterales o Bilaterales de Inversión, es un tema de competencia del Ministerio de Relaciones Exteriores por lo que se sugiere consultar a la Dirección General de Asuntos Jurídicos de ese Ministerio”. (Sic)

**POR TANTO:** Esta Dirección en base a los arts. 3, 4, 62, 64, 65 de la Ley, conforme a los fines de facilitar a toda persona el derecho de acceso a la información pública mediante procedimientos sencillos y expeditos, la promoción de la participación ciudadana, los principios de máxima publicidad, disponibilidad, integridad y gratuidad, y la validez de los documentos mediante tecnologías de la información y comunicaciones, así también en base a lo preceptuado en los arts. 53, 54, 55 y 56 del Reglamento; en consecuencia, **RESUELVE: CONCÉDASE**, el acceso a la información pública solicitada. **PROPORCIONÉSE**, la **información pública** requerida por Herbert Mauricio Serafín García, en el formato planteado. **NOTIFÍQUESE**.

  
Licda. Laura Quintanilla  
Oficial de Información

### ANEXO 3

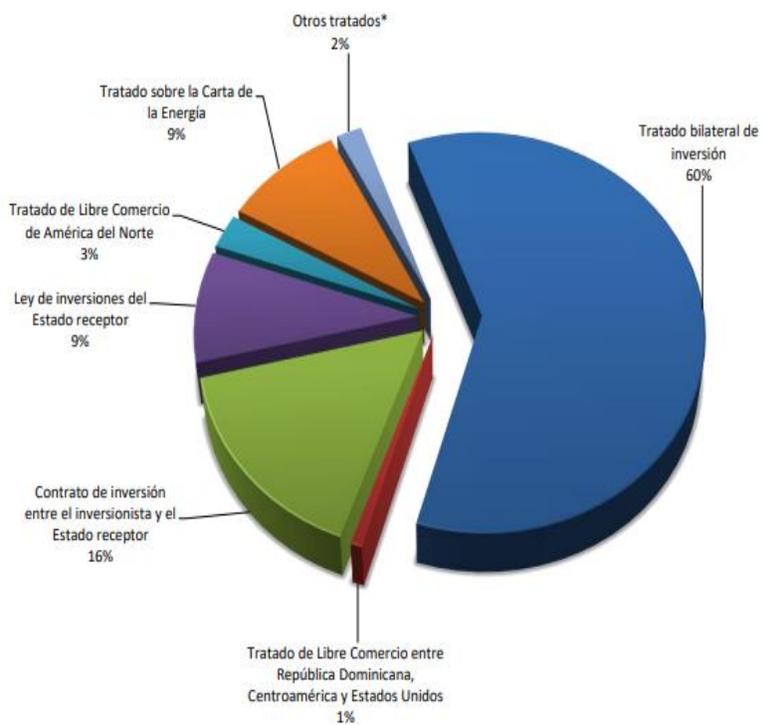
Gráfico 1: Número total de casos CIADI registrados por año calendario:



Al 30 de junio de 2018, el CIADI ha registrado 676 casos bajo el Convenio del CIADI y el Reglamento del Mecanismo Complementario.

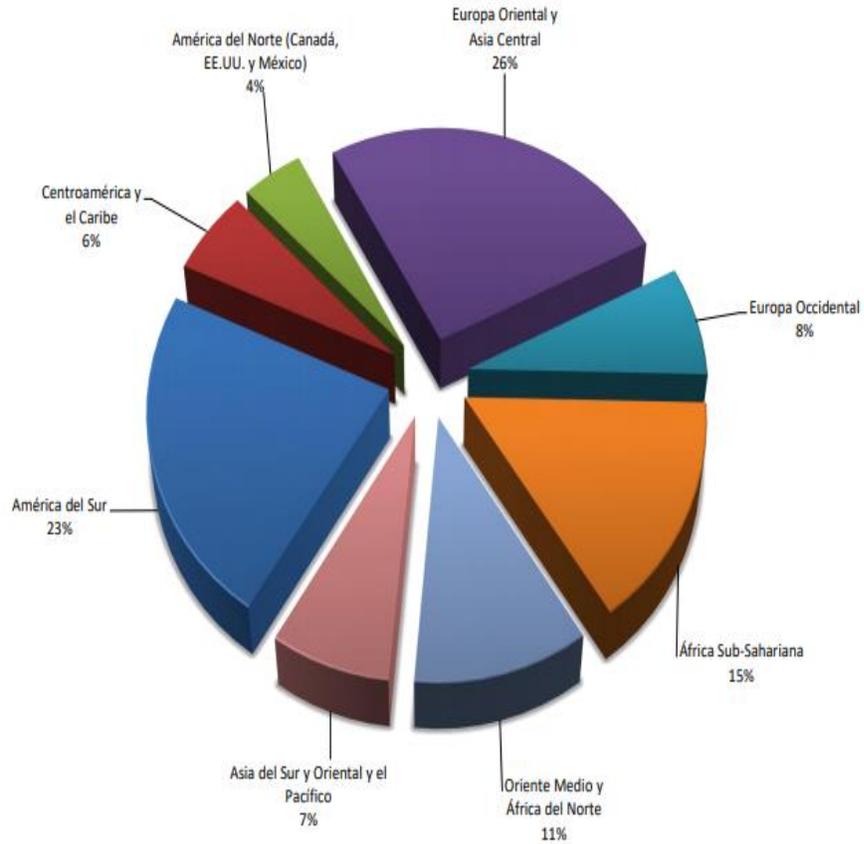
#### 4. Base del consentimiento invocada para establecer la jurisdicción del CIADI en los casos CIADI registrados

**Gráfico 5:** Base del consentimiento invocada para establecer la jurisdicción del CIADI en los casos registrados bajo el Convenio del CIADI y el Reglamento del Mecanismo Complementario:



## 5. Distribución por región geográfica de todos los casos CIADI según el Estado Parte de que se trate

**Gráfico 6:** Distribución por región geográfica de todos los casos registrados bajo el Convenio del CIADI y el Reglamento del Mecanismo Complementario según el Estado Parte de que se trate\*:



**Gráfico 7:** Distribución de todos los casos registrados bajo el Convenio del CIADI y el Reglamento del Mecanismo Complementario por sectores de la economía\*:

