

SISTEMA DE PROTECCIÓN DE INVERSIONES EXTRANJERAS Y EL ARBITRAJE DEL CIADI EN LA REPÚBLICA DE EL SALVADOR

Roberto OLIVA DE LA COTERA

SUMARIO: I. *Inversiones extranjeras y sus riesgos.*
II. *Protección de las inversiones en la legislación salvadoreña.* III. *Garantismo de las inversiones en el derecho internacional.* IV. *Protección jurisdiccional de carácter internacional de las inversiones extranjeras.*
V. *El CIADI y la Ley de Inversiones salvadoreña.*
VI. *Conclusiones.*

I. INVERSIONES EXTRANJERAS Y SUS RIESGOS

El propósito y meta del presente opúsculo es proporcionar una visión de vivencia y realidad del Sistema de Protección de Inversiones de Extranjeros y, en específico, de la resolución de conflictos en el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI), en los países del área centroamericana y muy especialmente en la República de El Salvador.

Partiendo de este supuesto, debe decirse que el tratamiento de las inversiones extranjeras, en nuestra región, viene experimentando, desde hace algún tiempo, cambios significativos vinculados a factores económicos, jurídicos, sociales y políticos.

La presencia y dinámica de la inversión extranjera directa han llevado a considerarla como uno de los fenómenos más importantes

dentro del proceso de globalización. Por ello no causa mayor resistencia admitir que existe una necesidad de garantizar las condiciones mínimas de estabilidad y de seguridad jurídica.¹

En nuestros países ha existido históricamente un déficit interno de inversión y de generación de capital, debido principalmente a la falta de recursos, por lo que ha resultado imprescindible para lograr el desarrollo económico, buscar y encontrar apoyo en inversiones e inversionistas extranjeros.

Para los inversionistas, los países en desarrollo o mercados emergentes representan atractivas perspectivas de inversión y rentabilidad. Sin embargo, con desmedida frecuencia el ordenamiento jurídico y las administraciones de justicia de los países receptores de inversiones carecen de sistemas aptos que proporcionen y doten de confianza al inversionista.

En definitiva, nuestros países poseen una institucionalidad frágil, débil y deficiente de protección hacia el inversionista, y en muchos casos una alarmante dependencia y subordinación del poder administrativo sobre el Poder Judicial, que en algunos casos alcanza al Poder Legislativo. La inseguridad jurídica campea, seguida de la corrupción y una habitual y patológica desviación en el cumplimiento de la ley.²

A causa de las anomalías apuntadas, la inestabilidad política que parece reinar en países como Venezuela, Bolivia, etcétera, así

¹ Linares, Mario, *Sistema internacional de protección de la inversión extranjera y los contratos públicos*, Perú, Grijey, 2006.

² Duverger, Maurice (*Instituciones políticas y derecho constitucional*, Barcelona, Ariel) expresa que a pesar de que el principio de separación de poderes fue plenamente implementado en el constitucionalismo iberoamericano, la realidad histórica —pasada y presente— de estos pueblos muestra un desequilibrio entre los poderes del Estado, existiendo un claro predominio del Poder Ejecutivo, hecho que se ha llamado por el profesor Lambert “preponderancia presidencial” de los regímenes iberoamericanos, fenómeno que se debe a factores institucionales o funcionales dentro de los que se encuentran: la iniciativa legislativa, el veto presidencial, potestades reglamentarias que se extienden a poderes legislativos delegados y decretos leyes, entre otros.

como las experiencias pasadas, los Estados receptores de capital buscan estimular a los inversionistas garantizándoles un tratamiento conforme a un “estándar mínimo internacional”.³

En el sentido señalado, se ha acuñado una ilustrativa expresión que sintetiza el fenómeno en toda su dimensión: “Riesgo país”. El país a donde se invierte de acuerdo a sus realidades y circunstancias genera un riesgo a la inversión foránea que no puede ir más allá de lo razonable, pero que si lo sobrepasa conduce a tomar la decisión de no invertir.

En este contexto el inversor extranjero no ha contado con garantías efectivas de protección a su inversión y su rendimiento en un país foráneo, lo que ha provocado la necesidad de reconocer y otorgar un sistema de aseguramiento de inversiones extranjeras, mediante la institucionalización de derechos y garantías que desvanezcan o disminuyan los riesgos y peligros a que se someten las inversiones.

II. PROTECCIÓN DE LAS INVERSIONES EN LA LEGISLACIÓN SALVADOREÑA

La salvaguarda y aseguramiento de las inversiones puede ocurrir tanto en el derecho interno como en el derecho internacional. El derecho interno, bien se sabe, posee un carácter flexible, a lo que se agrega el escaso desarrollo institucional de nuestros países, que torna difícil y a veces imposible su aplicación. Finalmente, los conflictos jurídicos son decididos por juzgadores a los que, con alguna frecuencia, no se adornan con los atributos de imparcialidad e independencia.

En nuestro país, El Salvador, se han realizado algunos esfuerzos significativos en el derecho interno, orientados al fomento y garantía de las inversiones extranjeras.

La justificación de leyes relativas a la inversión se inicia en el

³ Granato, Leonardo, *Protección del inversor extranjero y arbitraje internacional en los tratados bilaterales de inversión*. Disponible en www.eumed.net.

artículo 3o. de nuestra Constitución que manda que en el goce de los derechos civiles no podrán establecerse restricciones que se basen en diferencias *de nacionalidad*, raza, sexo o religión, se complementa con el contenido de su título V, relativo al orden económico, que en sus artículos 101 y 102 prescribe que: "...el Estado promoverá el desarrollo económico y social mediante el incremento de la producción, productividad...", e igualmente establece que: "fomentará y protegerá la iniciativa privada dentro de las condiciones necesarias para acrecentar la riqueza nacional y para asegurar los beneficios de ésta al mayor número de habitantes del país...". En este contexto, cabe también resaltar que constitucionalmente, nuestra carta magna, enmarcada en el derecho internacional, tanto el regional centroamericano como el mundial, prevé al extranjero de las protecciones habituales de los países civilizados.⁴

El Salvador ha tenido varias leyes garantistas de la inversión extranjera. Siendo la primera del año 1961 y la última, la denominada Ley de Inversiones, que sustituyó a la Ley de Fomento y Garantía de la Inversión Extranjera, fue decretada el veintiocho de abril de mil novecientos noventa y ocho, la que tiene por objeto de conformidad a su artículo 1o., "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".

Del texto de la ley emanan los siguientes principios. En primer lugar, se establece una igualdad entre los inversionistas locales y los inversionistas extranjeros (artículo 5o. Ley de Inversiones) disponiendo que ambos tendrán los mismos derechos y obligaciones, sin la posibilidad de aplicación de medidas injustificadas o discriminatorias que obstaculicen el establecimiento, administración, uso, usufructo, extensión, venta y liquidación de sus inversiones.

En segundo lugar, propugna una libertad de inversiones (artículo

⁴ Galindo, Tinetti-Bertrand *et al.*, *Manual de derecho constitucional*, San Salvador, Centro de Investigación y Capacitación Proyecto de Reforma Judicial, 1992, ts. I y II.

6o. Ley de Inversiones) al decir que cualquier persona natural o jurídica, nacional o extranjera, podrá efectuar inversiones de cualquier tipo en El Salvador, salvo que se encuentren limitados por ley, sin que puedan aplicarse discriminaciones o diferencias por razones de nacionalidad, domicilio, raza, sexo o religión; desarrollando el principio constitucional de que el Estado garantiza la libertad económica, en lo que no se oponga al interés social. En consecuencia no existe límite en cuanto a la naturaleza de la inversión que pueda efectuar un extranjero, salvo la establecida en el artículo 109 de la Constitución que dispone que la propiedad de los inmuebles rústicos no podrá ser adquirida por extranjeros en cuyos países de origen no tengan iguales derechos los salvadoreños, excepto cuando se trate de tierras para establecimientos industriales.

Como tercer punto se garantiza a los inversores extranjeros el derecho de repatriar y remitir al exterior sus utilidades en cualquier momento y sin demora alguna. Las transferencias comprenden entre otras:

- a) Las utilidades netas y dividendos generados por sus inversiones;
- b) los fondos provenientes de la liquidación total o parcial de las mismas y los que resulten del retiro de dichas inversiones, por transferencia a terceros;
- c) los pagos de capital e intereses derivados de préstamos o de las obligaciones emitidas por personas jurídicas domiciliadas en el país, adquiridas por el inversionista extranjero de conformidad a ley;
- d) los pagos en concepto de regalías originados de inversiones en bienes intangibles de conformidad al contrato respectivo;
- e) recursos que hubieran sido invertidos y registrados, provenientes de contratos de participación o inversiones conjuntas bajo la modalidad de riesgo compartido, más las utilidades obtenidas;
- f) los pagos derivados de indemnizaciones resultantes de ex-

- propiación;
- g) los pagos que resulten de la aplicación de las disposiciones relativas a solución de controversias contenidas en la presente ley y,
 - h) cualquier otro pago proveniente de actividades lícitas relacionadas con la operación de la inversión en el país.

Asimismo, se consagra la protección y seguridad sobre la propiedad de la inversión, en el artículo 13, en los términos siguientes: “de conformidad a lo establecido en la Constitución de la República, se reconoce y se garantiza al inversionista nacional y extranjero la protección de su propiedad y el derecho a la libre disposición de sus bienes”.

Dentro de las garantías jurisdiccionales se incorpora “el derecho de acceso a la jurisdicción”, según el cual, los inversionistas extranjeros pueden acudir directamente al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a las Inversiones (CIADI), mediante la Conciliación y el Arbitraje, cumpliendo con el acuerdo escrito solicitado en el artículo 25 de la Convención de Washington e incorporando así la teoría de los dos escalones.⁵

La Ley de Inversiones salvadoreña faculta también a inversionistas de países no suscriptores de la Convención de Washington a que promuevan sus controversias bajo el mecanismo complementario del CIADI, permitiendo en todo caso que los inversionistas extranjeros sean de países suscriptores o no de la Convención, diluciden sus conflictos a través del Arbitraje Internacional. En definitiva el inversionista elige el foro, y el Estado queda obligado a respetar la elección.

La inclusión de este consentimiento vía legislación interna parece ser una constante en la región de Centroamérica. La mayoría de las leyes de inversiones de la zona, como las de Guatemala,⁶

⁵ Rodríguez Jiménez, Sonia, *El sistema arbitral del CIADI*, México, Porrúa, 2006.

⁶ El Decreto 9-98 del Congreso, que da origen a la Ley de Inversión Extranjera de Guatemala, prescribe sobre la solución de controversias en el artículo

Honduras⁷ y Nicaragua⁸ plantean la posibilidad de acudir directamente al CIADI, por lo que se puede decir que existe una inclinación fuerte hacia esta corriente.

Se busca, en definitiva, el consentimiento por ministerio de ley, en el caso de El Salvador, consecuencia del mencionado artículo 15, sin que se requiera convenio arbitral en cada caso. Se adopta el sistema de consentimiento legal o arbitraje obligatorio, circunstancia que facilita el acceso al CIADI. Sobre este tema volveremos más adelante.

No obstante las bondades del marco legal interno, no podía concebirse por su medio una apropiada protección a la inversión extranjera, puesto que la normativa interna por su naturaleza se cambia o reforma con facilidad, según discurra el tráfico de intereses en el Estado involucrado. Se requería además de garantías jurídicas adicionales que no se podían adoptar en el derecho interno de cada Estado. En estas circunstancias se tuvo que recurrir al derecho internacional, que brinda el óptimo grado de resguardo porque su normativa dispone de una alta dosis de rigidez que exige para su modificación el concurso de los Estados signatarios de los tratados y la erradicación de su obligatoriedad, un largo proceso de denuncia.

11, que si un tratado o convenio internacional debidamente suscrito, aprobado y ratificado por el Estado de Guatemala así lo permitiere, las diferencias que pudieren surgir en materia de inversiones entre un inversionista extranjero y el Estado de Guatemala, sus dependencias y otras entidades estatales, podrán someterse a arbitraje internacional u otros mecanismos alternos de solución de controversias, según sea el caso, de acuerdo con lo previsto en dicho tratado o convenio y las leyes nacionales aplicables.

⁷ El Decreto 80-92, que da origen a la Ley de Inversiones de Honduras, prescribe en el artículo 4o., bajo el acápite "De las garantías" en el numeral 13, que los inversionistas podrán acordar o someter la solución de sus diferencias de acuerdo a convenios internacionales suscritos por Honduras.

⁸ La Ley de Promoción de Inversiones Extranjeras de Nicaragua establece que toda diferencia o reclamo que surja o se relacione con las inversiones extranjeras reguladas por la presente Ley podrán someterse a arbitraje internacional de acuerdo con lo que se disponga reglamentariamente, sin perjuicio de la aplicación de las normas legales nacionales vigentes y los convenios de los que la República de Nicaragua sea parte.

III. GARANTISMO DE LAS INVERSIONES EN EL DERECHO INTERNACIONAL

La respuesta del derecho internacional se concretó, en la parte sustantiva, especialmente mediante tratados de inversión y de libre comercio, estos últimos puestos de moda en el continente americano después del Tratado de Libre Comercio de Norte América (NAFTA).

Una modalidad surgida luego de la Segunda Guerra Mundial, hoy día muy extendida, es que los Estados celebren acuerdos bilaterales por medio de los cuales se comprometen, recíprocamente, a proteger las inversiones realizadas por los nacionales de ambos países dentro de sus respectivos territorios. Es evidente que estos *Bilateral Investment Treaties* (BITs) que en nuestro derecho podrían ser designados como TBI (Tratados Bilaterales de Inversiones) constituyen un notable avance hacia la juricidad internacional, lo que ha permitido su crecimiento constante. Históricamente, el primero de estos acuerdos fue celebrado en 1959 entre Alemania y Pakistán, y hoy día superan el millar.⁹

Nuestro país ha sido signatario de más de veinte tratados bilaterales de inversión y cinco de libre comercio de última generación y se encuentran en vías de negociación otros tantos, resaltando entre ellos el que se negocia con la Unión Europea. En cada uno de ellos se pactan las garantías estándar que el derecho internacional otorga a los inversionistas extranjeros. El número de tratados resulta significativo para un Estado de un poco menos de veintinueve millones de habitantes.

La región centroamericana ha suscrito más de setenta tratados bilaterales, número desproporcionado en consideración a su dimensión territorial.

Toda esta voluntad de negociar tratados de inversión surge, en la región centroamericana, a mediados de los años noventa, cuando se aceptan los ofrecimientos de los convenios de promoción y

⁹ Bianchi, Alberto B., "El Estado nacional ante el arbitraje", *La ley*, 2005.

protección recíproca en materia de inversiones extranjeras. Esta política económica responde a la globalización de la economía mundial, teniendo como principal objetivo lograr una mayor apertura a las inversiones foráneas e insertar el país en la arena internacional, otorgando al inversor extranjero una protección efectiva.

En cuanto al contenido de los tratados bilaterales de inversión, la Organización de Cooperación y Desarrollo (OCDE) ha propuesto desde mil novecientos sesenta y dos un modelo estándar, dando como fruto que los convenios celebrados por los distintos países, incluyendo El Salvador, exhiban rasgos y preceptos semejantes. Se puede hablar, entonces, de una estructura común de los tratados bilaterales de inversión que incluye: un preámbulo, definiciones, cláusulas de contenido o cuerpo y, finalmente, lugar, fecha y firma de los representantes de los gobiernos.¹⁰

Señalo solamente que estos tratados —al menos teóricamente— ofrecen ventajas recíprocas en la medida en que favorecen a las naciones exportadoras de capital para la expansión comercial de sus nacionales y benefician también a los países aquejados por la inseguridad jurídica al permitirles atraer inversiones.¹¹

Referente a los tratados de inversión, uno de los tratados multilaterales más importantes es, sin lugar a dudas, el Tratado de Libre Comercio entre Centroamérica, República Dominicana y Estados Unidos (CAFTA-DR), que al igual que el NAFTA, fundamentalmente fue diseñado para integrar un mercado común donde circulen y transiten libremente todo tipo de inversiones. De igual forma que NAFTA, este tratado posee un capítulo destinado a inversiones, el cual se divide en dos secciones: una fundamentalmente sustantiva y otra adjetiva. La primera, denominada “sección A”, delimita las obligaciones que los países miembros han acordado con respecto de los inversores, y una segunda denominada “sec-

¹⁰ Vega, María del Carmen, “Convenios internacionales de promoción y protección de inversiones”, en Boza, Beatriz (ed.), *Guía legal de negocios invirtiendo en el Perú*, Lima, 1998.

¹¹ Bianchi, Alberto B., *op. cit.*, nota 9.

ción B”, referente al mecanismo y a las reglas para someter una disputa a arbitraje.

El Salvador fue el primer país del área centroamericana en ratificar el CAFTA-DR, entrando en vigencia el primero de marzo de dos mil seis, y apenas a dos años de su entrada en vigencia, ya empiezan las especulaciones y amenazas de los primeros arbitrajes, especialmente motivados por la materia del medio ambiente.

En este sentido, en El Salvador la mayoría de estos tratados otorgan las protecciones habituales de estos instrumentos, incluyendo:

- 1) Trato nacional (*National Treatment*): Importa como regla general que el inversionista extranjero recibirá el mismo trato que el inversionista nacional, otorgándosele un trato no menos favorable del que se le otorga a un inversionista nacional.¹²
- 2) El trato justo y equitativo (*Fair and Equitable Treatment*): Esta norma clásica del derecho internacional público constituye un concepto jurídico indeterminado, que busca sentar un patrón básico de tratamiento, obligando al Estado al respeto de ciertos estándares mínimos en el trato que se otorga a los extranjeros y a los nacionales.¹³ Este trato justo y equitativo posee un alcance bastante elástico, no existiendo consenso sobre su contenido y real alcance. Algunos lo asimilan al principio de buena fe que comporta, entre otras cosas, la obligación de no tener un comportamiento contrario al objeto y fin del acuerdo.¹⁴
- 3) Trato de la nación más favorecida (*Most-Favored-Nation*)

¹² Linares, Mario, *op. cit.*, nota 1.

¹³ Tawil, Guido S., “Los tratados de protección y promoción recíproca de inversiones, la responsabilidad del Estado y el arbitraje internacional”, *Servicios públicos*, Mendoza, Instituto de Estudios de Derecho Administrativo, 2001.

¹⁴ ⁶ Fernández de Gurmendi, Silvia A., “Los convenios bilaterales de promoción y protección de inversiones extranjeras”, *Relaciones Internacionales*, Instituto de Relaciones Internacionales (IRI) de la Universidad Nacional de La Plata, año II, núm. 3, noviembre de 1992.

Treatment): Ésta es una norma de derecho, generalmente contenida en estos tratados, mediante la cual un Estado otorga a inversionistas de otro Estado, un trato que contenga todos los beneficios, ventajas o privilegios que en ese campo ha concedido o concederá en el futuro a otros inversionistas de otros Estados, excepto en los casos y en las situaciones en que el Tratado o la costumbre internacional disponga de otro modo.¹⁵

- 4) Normas de protección y garantías contra riesgos no comerciales: Los tratados de inversión, frecuentemente ofrecen protección para el resguardo de los denominados “riesgos políticos” o riesgos “no comerciales”; es decir, aquellos que son ajenos a los términos comerciales normales de la operación económica. Entre los riesgos más importantes se encuentran las restricciones de transferencias, las expropiaciones o nacionalizaciones y los daños ocasionados por guerra o eventos similares, es decir, se protege ante la posibilidad que el Estado interfiera en los derechos o en la propiedad de los extranjeros.¹⁶
- 5) Cláusulas de “estabilización” y “paraguas”, entre otras. El objeto de la denominada *Umbrella Clause* es asegurar que el tratamiento más favorable, dispuesto en acuerdos internacionales u obligaciones reflejadas en la legislación interna, no sea dejado de aplicar por la adopción de nuevos tratados. Por su parte, la cláusula de estabilización o *Stabilization Clause* busca, en una eventual modificación legislativa por una normativa menos favorable, garantizar que se siga aplicando a los inversionistas anteriores a la modificación, la legislación vigente al tiempo de la suscripción de los tratados o contratos.¹⁷

¹⁵ Martínez Moreno, Alfredo, *Temas de derecho internacional y otras cuestiones jurídicas*, El Salvador, Corte Suprema de Justicia de El Salvador, 2002.

¹⁶ Granato, Leonardo, *Protección del inversor extranjero y arbitraje internacional en los tratados bilaterales de inversión*. Disponible en www.eumed.net.

¹⁷ Linares, Mario, *op. cit.*, nota 1.

Debe resaltarse que de conformidad con la jerarquía normativa establecida en nuestra Constitución, los tratados y convenciones internacionales se encuentran por encima del derecho interno, donde se prescribe que la ley no puede modificar o derogar lo acordado en un tratado vigente para El Salvador y que en caso de conflicto entre el tratado y la ley, prevalecerá el tratado. Lo anterior produce la verdadera internacionalización del ordenamiento jurídico, cuyas repercusiones, el constituyente salvadoreño (1983) no se encontraba en situación de medir y prever.

La legislación salvadoreña ha sido excesivamente permisiva y tolerante en cuanto a la jurisdicción arbitral del CIADI, debido a que su acceso no se encuentra sujeto al cumplimiento de requisito alguno, lo cual gozaría del respaldo de la Convención de Washington y otros tratados internacionales; para el caso, el agotamiento previo de las vías administrativas y judiciales como condición al arbitraje, o bien por otra parte negociaciones previas, etcétera.

Al inversionista, se advierte, se le concede el derecho de recurrir directamente a la sede arbitral del CIADI, no existiendo razones valederas para privarse de los recaudos apuntados. En consecuencia se facilita al adversario inversionista la instalación del proceso arbitral, sin la posibilidad de evitar, al menos en algunos casos, procesos arbitrales de por sí onerosos para las finanzas públicas de países pobres como El Salvador.

El Estado salvadoreño ha sido extremadamente obsequioso en sus leyes y en la negociación de los tratados de libre comercio, partiendo del mal entendido que siempre le beneficiarán. El Tratado de Libre Comercio con los Estados Unidos de América se ratificó en una sola sesión de la Asamblea Legislativa, prácticamente sin estudios previos ni discusión, a pesar de que bien se sabía que los norteamericanos habían impuesto invariablemente sus posiciones durante las negociaciones.

IV. PROTECCIÓN JURISDICCIONAL DE CARÁCTER INTERNACIONAL DE LAS INVERSIONES EXTRANJERAS

La normativa sustantiva proveniente del derecho internacional, si bien indispensable, no es suficiente para la tutela efectiva de las inversiones, debido a los conflictos relativos a su interpretación y aplicación, que invariablemente se presentan debido a las más variadas circunstancias, dentro de las que resalta la falta de fortaleza institucional de los países receptores. Tanto en el ámbito interno como en el internacional, el derecho se pone a prueba, en cuanto a su eficacia, al surgir los conflictos jurídicos. Sin una administración de justicia confiable y segura, el derecho no es más que letra muerta.

El recelo y desconfianza hacia las administraciones de justicia, que en nuestra región inveteradamente al menos son lentas y en ocasiones bastante frecuentes, sin los atributos de independencia e imparcialidad, llevó a los Estados exportadores de capital a exigir para las inversiones de sus nacionales en el extranjero, que el juzgamiento de sus disputas fueran sustraídas del conocimiento y decisión de los tribunales del Estado receptor de la inversión.

Sólo así, el inversionista podía coronar una protección plena y completa y desaparecería el peligro de que los tribunales internos inclinaran la balanza de la justicia a favor del Estado receptor, al menos por un mal entendido patriotismo.

Con el patrocinio de estas ideas nació, el dieciocho de marzo de mil novecientos sesenta y cinco, el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, conocido también como Convención de Washington, que garantizó mediante tribunales arbitrales una justicia real y verdadera, impartida por terceros imparciales e independientes, denominados “árbitros”, acrecentando la confianza de los inversionistas nacionales de otros Estados.

La Convención de Washington crea el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, conocido con más

frecuencia por las siglas CIADI, institución con sede en Washington, D. C., que integra uno de los cinco organismos del grupo del Banco Mundial. Esta institución fue creada con el fin de establecer un clima de confianza entre los Estados inversionistas extranjeros y estimular de esta forma el acceso al capital internacional por parte de los países en desarrollo que tratan de conseguirlo.

El CIADI está compuesto por un Consejo Administrativo y un Secretariado. El Consejo Administrativo está formado por representantes de cada uno de los Estados contratantes. El presidente del Banco Mundial es *ex officio* el presidente del Consejo Administrativo. El Secretariado, por su parte, está compuesto por el secretario general, quien es a su vez el vicepresidente y consejero jurídico principal del Banco Mundial, así como por el secretariado General Adjunto y por consejeros jurídicos. Las funciones del Consejo Administrativo, de su presidente, así como del Secretariado están previstas no sólo en la Convención, sino también en el Reglamento Administrativo y Financiero del Centro y en sus reglas de conciliación y arbitraje. Los idiomas oficiales del centro son el inglés, el español y el francés.

El CIADI tiene por objeto facilitar la sumisión de las diferencias relativas a inversiones entre Estados contratantes y nacionales de otros Estados contratantes a un procedimiento de conciliación y arbitraje de acuerdo con las disposiciones de la Convención de Washington.

En El Salvador, y en casi toda centroamérica, los procesos para la protección de inversiones extranjeras empieza a principios de los años ochenta cuando la mayoría de estos países deciden suscribir la Convención de Washington, en la actualidad todos los países centroamericanos han ratificado dicho Tratado.

La primera nación centroamericana que procedió a ratificar este convenio fue precisamente la República de El Salvador, seguida de las naciones de Honduras, Costa Rica, Nicaragua, Panamá y finalmente Guatemala.

El ámbito de aplicación del CIADI se circunscribe a la satisfacción de los requisitos de jurisdicción exigidos por el artículo 25 de

la Convención de Washington, que requieren: a) un consentimiento escrito de las partes (*Ratione Voluntatis*); b) que el conflicto sea entre un Estado contratante del CIADI y una persona natural o jurídica privada de otro Estado subscriptor (*ratione personae*), y c) que la controversia sea de naturaleza jurídica y que derive directamente de una inversión (*ratione materiae*).¹⁸

El Convenio de Washington posibilita un arbitraje administrado o institucional, que busca proporcionar un foro para la resolución de conflictos en un marco de equilibrio entre los intereses y necesidades de las partes involucradas, con el propósito particular de “despolitizar” el arreglo de las diferencias en materia de inversiones.

En lo que al arbitraje se refiere, prevé lo atinente a la solicitud de arbitraje, la constitución de funciones y facultades del tribunal, el laudo, su aclaración, revisión, anulación, reconocimiento y ejecución. Dispone así que el laudo será obligatorio y no podrá ser objeto de apelación ni de otro recurso, salvo los casos previstos en la Convención. Las partes deberán acatarlo y cumplirlo en todos sus términos y el Estado contratante deberá reconocerlo y ejecutarlo dentro de su territorio como si se tratara de una sentencia firme dictada por un tribunal existente en dicho Estado.¹⁹

Cabe destacar que cada uno de los tratados bilaterales de inversión contienen también mecanismos para la solución de controversias, circunstancia que institucionaliza el arbitraje internacional como medio idóneo para la solución de los conflictos entre las partes contratantes, y un inversionista, en general cuando sobre este último ha existido una afectación indebida en su inversión.

Las ideas expuestas de encomendar la solución de controversias a una instancia jurisdiccional diferente del Estado en que se realizó la inversión, da lugar a una disfunción del esquema tradicional del derecho, en que el monopolio de la justicia residía en el Estado en que nacía el conflicto. La administración de justicia, tradicionalmente apreciada como una función esencial del Estado, se ha

¹⁸ Rodríguez Jiménez, Sonia, *op. cit.*, nota 5.

¹⁹ Bianchi, Alberto B., *op. cit.*, nota 9.

adornado con los atributos de inderogabilidad, irrenunciabilidad e indelegabilidad. Tales dogmas han sido demolidos en materia de protección de inversiones y otros más, y significa brindar la prioridad jerárquica al derecho internacional sobre el derecho interno, cuyo precursor fue el más insigne e influyente de los juristas del siglo XX, y quien mayor huella ha dejado en las legislaciones: Hans Kelsen.

V. EL CIADI Y LA LEY DE INVERSIONES SALVADOREÑA

Sobre el consentimiento escrito que ya hemos analizado, la Ley de Inversiones salvadoreña lo establece vía legislación como ha sido llamado por Bliesener,²⁰ como parte del consentimiento automático que puede otorgar el Estado, ya que no resulta necesario un nuevo o posterior consentimiento. En efecto, como pauta general y salvo que otra cosa se mencione en la normativa interna, no será necesaria una tercera prestación del consentimiento estatal, ya que sólo si del propio texto legislativo surge claramente la necesidad de otro consentimiento, éste tendrá razón de ser, de lo contrario se mantiene intacta la Teoría de los dos escalones.²¹

Lo anterior trae consigo la inclusión de un nuevo concepto de acuerdos arbitrales, denominado “Arbitration Without Privity” o arbitraje en ausencia de relación contractual, en donde al hablarse de cláusula o convenio no necesariamente hace referencia a un contrato. Puede igualmente derivar de una fuente de origen convencional o legislativo, lo que conduce a la desaparición del vínculo entre las partes.

El consentimiento vía legislación interna ha sido cuestionado por el desequilibrio que produce sobre el consentimiento, ya que

²⁰ Bliesener H., “La compétence du CIRDI dans la pratique arbitrale”, *Revue de Droit International et Droit Comparé*, Institut Belge de Droit Comparé, 1991.

²¹ Rodríguez Jiménez, Sonia, *op. cit.*, nota 5.

será el inversor el que poseerá la elección final del medio de arreglo de controversias. Es decir, aun cuando el Estado haya prestado todos y cada uno de los consentimientos, estará en manos del inversor la elección o no del arbitraje del CIADI.

Se observa una completa libertad por parte del inversor, que deriva de la situación que con posterioridad puede prestar su consentimiento, según sus intereses, con independencia de la posición del Estado, quien exteriorizó su consentimiento con anterioridad.

Con todo, sabemos que aunque exista consentimiento, ya sea por medio de cláusula arbitral en un contrato, tratado de inversión o legislación interna, siempre será necesario satisfacer los otros dos recaudos jurisdiccionales requeridos por el artículo 25 de la Convención de Washington, es decir, que la disputa cumpla con el requisito *ratione personae* y que se cumpla con el requisito *ratio materiae*.

Curiosamente y apartándose un poco de la tendencia de América Latina, en El Salvador hasta el momento no han surgido voces disidentes respecto a la Convención de Washington, quizás en cierta medida por la falta de reparos jurídicos, debido a que nuestra Constitución, en el artículo 146, avala de manera expresa el sometimiento a tribunales internacionales o a tribunales arbitrales, al tratarse controversias que surjan de tratados o de contrataciones públicas.

Lo contrario de lo que ocurre con Bolivia, Honduras y Venezuela, donde podría alegarse que sus textos constitucionales han incluido la Doctrina y Cláusula Calvo.²² Al Estado salvadoreño le han quedado vedados tales argumentos.

Casos emblemáticos como el de Bolivia que ha decidido retirarse de la Convención del CIADI, o como el de Ecuador que ha anunciado su oposición a la jurisdicción del CIADI sobre disputas de gas, petróleo y minas, no parecen de momento estar en mente de los países centroamericanos, siendo quizás la única excepción la nación de Nicaragua.

²² Fernández de Gurmendi, Silvia A., *op. cit.*, nota 6.

Y es que en El Salvador, en lo que respecta a arbitrajes con el Estado, existe cierta cultura del arbitraje, como el mecanismo que debe ser utilizado internamente para la solución de conflictos administrativos, específicamente en lo que respecta a contratos públicos.

Se considera que los contratos administrativos constituyen una de las materias que han quedado favorablemente excluidas del proceso contencioso administrativo. Efectivamente, el artículo 161 de la Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública Nacional dispone que en la resolución de las diferencias y controversias que surjan durante la ejecución de contratos administrativos se observará, especialmente, el arreglo directo y el arbitraje.

La doctrina tiende y se inclina, cada vez con mayor acento, al carácter obligatorio del arbitraje, en atención a su celeridad, agilidad y antiritualismo, pero sobre todo por las deficiencias de los sistemas de administración de justicia que lo vuelven preferible ante el medio de resolución de conflictos por antonomasia: “el proceso judicial”, aun con el sacrificio de principios doctrinarios, haciendo uso de un pragmatismo jurídico.

Se trata de un fenómeno de institucionalización de un medio que ha tenido carácter hasta hace poco de voluntario y eventual, que requería como requisito *sine qua non* el convenio arbitral.

Lo anterior, que constituye una peculiaridad del ordenamiento jurídico salvadoreño, aunque en teoría criticable, ha traído resultados benéficos en la práctica y quizás esta vivencia interna, en conjunto con el expreso aval que la normativa constitucional otorga, ha eximido hasta el momento de críticas al CIADI, eso aunado a que hasta el momento El Salvador ha resultado victorioso en los conflictos ante el CIADI.

Precisamente, en el único caso donde se ha visto envuelto El Salvador, por una decisión de jurisdicción fechada el 3 de agosto de 2006, un tribunal arbitral desechó todas las reclamaciones del inversionista por fraude en el proceso de licitación, que provocaba que la inversión no fuera efectuada “de acuerdo con la ley”.

El fundamento de la decisión se apoyó en que en el proceso de licitación se había presentado información falsa sobre la situación financiera, experiencia y capacidad del administrador de la sociedad, así como de la identidad y experiencia de su socio estratégico. El tribunal, por tanto, negó tener jurisdicción, en razón de que la inversión extranjera no fue realizada “de acuerdo con la ley” y que el inversionista había violentado la buena fe, que resulta indispensable para el consentimiento de El Salvador al sujetarse a la jurisdicción arbitral.²³

VI. CONCLUSIONES

En lo que respecta a disputas de inversión, América Latina en general ha ocupado un papel protagónico. Aproximadamente 40 por ciento de los casos pendientes son en contra de gobiernos de Centro y Sur América, incluyendo el primero bajo el acuerdo de libre comercio (Cafta) suscrito entre Estados Unidos, Centroamérica y República Dominicana.

En total se han presentado en Centroamérica más de diez casos ante el CIADI, cuatro en Costa Rica, dos en Honduras, uno en Guatemala, Nicaragua, Panamá y El Salvador; suma alta si consideramos el tamaño de la región.

Con todo, parece incuestionable la importancia de la inversión directa en el crecimiento y desarrollo de las economías, aunque en la práctica genere impactos disímiles en las realidades de cada país. El CIADI supone un avance en materia de solución de 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.

Pero la otra cara de la moneda es que supone una renuncia a la soberanía del Estado que recibe la inversión, debido a que a su

²³ Gómez-Palacio, Ignacio, *Latin America Investment & Arbitration Law*. Disponible en www.g-pasoc.com.

Poder Judicial se le excluye del conocimiento y decisión de los procesos relativos a inversiones foráneas.

La internacionalización de la justicia no solamente alcanza y comprende a las inversiones, mediante la jurisdicción arbitral, sino también a la protección de los derechos humanos (Corte Interamericana de Justicia) y materias de integración económica (Corte Centroamericana de Justicia).

El fenómeno de la internacionalización de la justicia parece ser necesario para el orden económico mundial que patrocina la globalización de la economía, pero sus repercusiones en los Estados en desarrollo, débiles en todo sentido, todavía no han sido medidas y pueden ahondar la pobreza de sus pueblos. Sin embargo, se argumenta que no aceptar las nuevas reglas o estatus internacional, sería no montarse en el carrusel del progreso futuro y quedarse aislado en el concierto de naciones, sin despuntar en el desarrollo económico. Termino con esta pregunta: ¿serán estos mecanismos establecidos en los tratados de inversión y el CIADI, los idóneos para que nuestros pueblos abandonen el subdesarrollo y la pobreza? El tiempo lo dirá. Por ahora se nos aconseja como a Lot caminar hacia delante y no voltear a ver atrás.