

TRATADOS BILATERALES DE ARBITRAJE Y CONSENTIMIENTO:

¿FIN DEL PARADIGMA CONSENSUAL EN EL ARBITRAJE?

Nicolás Esteban Rosero Espinosa¹

RESUMEN

Con este escrito se pretende abordar la situación del consentimiento de las partes en el arbitraje, y particularmente, bajo la eventual vigencia de un Tratado Bilateral de Arbitraje (TBA). Los TBA nacen de una propuesta presentada por el jurista Gary Born con ocasión de los Kiev Arbitration Days. Su finalidad como lo ha expresado el profesor Born, es establecer una relación de aprendizaje entre el arbitraje comercial y de inversión, y en particular que el primero pueda, bajo determinadas circunstancias, apropiarse del concepto de arbitraje sin necesidad de vínculo legal o contrato característico del arbitraje de inversión, lo cual tendrá efecto en el carácter consensual del arbitraje.

PALABRAS CLAVE: Tratado bilateral de arbitraje, consentimiento, acuerdo arbitral, controversia.

SUMMARY

This text seeks to address the situation of party consent in arbitration, in particular, when there is a Bilateral Arbitration Treaty (BAT) in force. BATs emerge from a proposal presented by jurist Gary Born on occasion of the Kiev Arbitration Days. Their finality, as expressed by professor Born, is to establish a learning relation between commercial arbitration and investment arbitration. This, with a focus on the latter being able to take ownership of the concept of arbitration without having a legal bond, or a contract characteristic of investment arbitration, which will have effects on the consensual character of arbitration.

KEYWORDS: Bilateral arbitration treaty, consent, agreement to arbitrate, dispute.

¹ Estudiante de Derecho de la Universidad Nacional de Colombia. Miembro del equipo de arbitraje comercial y de inversión, así como, del grupo de investigación en Arbitraje Nacional e Internacional de la misma universidad.

I. INTRODUCCIÓN.

Haciendo un paralelo entre el arbitraje comercial y el arbitraje de inversión, el profesor Nigel Blackaby los asimilaba -sin puntualizar cuál era cada uno- a dos animales marinos: el delfín y el tiburón, ambos con aparentes características comunes, pero así mismo con marcadas diferencias fisiológicas. Blackaby advertía del peligro de ubicar a ambos ejemplares en un mismo acuario (el mundo del arbitraje) so pena de que uno de ellos, el delfín, fuera sacrificado².

Tal vez ignorando dicha advertencia, se ha propuesto la necesidad de interrelacionar a estos dos especímenes en búsqueda de una nueva forma de vida, que si bien no ha sido conocido por nadie aún, busca emerger en las aguas del arbitraje como un híbrido que goce de las características más aplaudidas de estas dos.

El resultado de este darwiniano experimento será la evolución del arbitraje hacia la criatura que se ha bautizado con el nombre de “Tratados Bilaterales de Arbitraje”³ (TBA)

La pretensión de estos tratados será que el arbitraje comercial internacional aprehenda las virtudes que ha demostrado el arbitraje de inversión, entre estas, la posibilidad de brindar un consentimiento para arbitrar aún ante la ausencia de un acuerdo en particular sobre el asunto⁴.

Esta ambiciosa apuesta conducirá a aguas turbias antes de poder emerger, pasando por encima de distintos paradigmas lo suficientemente consolidados como para permitir su puesta en escena. Lo que se avizora para beneficio de los constructos arbitrales será el

² Blackaby, Nigel. *Investment Arbitration and Commercial Arbitration (or the Tale of the Dolphin and the Shark)* en D.M. Lew, Julian and Mistelis, Loukas. *Pervasive Problems in International Arbitration*. International Arbitration Law Library. 2006., pp. 217-233.

³ Born, Gary. BITS, BATS and Buts: Reflections on International Dispute Resolution. GAR. 2013. Disponible en: http://www.globalarbitrationreview.com/cdn/files/gar/articles/Born_BITS_BATs_and_Buts.pdf.

⁴ *Ibidem*.

replanteamiento de los esquemas actuales en orden a responder a las exigencias que la evolución de las transacciones comerciales ha hecho surgir.

La finalidad del presente artículo será realizar un acercamiento a dichas aguas, en búsqueda de interrogantes y salidas frente al problema del consentimiento bajo el escenario que proponen los TBA.

II. CONCEPTO DE TRATADO BILATERAL DE ARBITRAJE (TBA)

Antes de emprender la búsqueda de los TBA, es preciso pensar en sus características para así lograr identificarlos. De esta forma, los TBA se definen como aquellos tratados suscritos entre dos Estados por medio de los cuales distintas categorías de controversias entre sus empresas nacionales deben ser resueltas mediante arbitraje comercial internacional como mecanismo predeterminado (por defecto)⁵.

Respecto a sus características, se llama la atención sobre las siguientes:

(a) Bilateral. En principio, dos Estados suscriben el tratado. No obstante es posible que acudan más de dos Estados a obligarse, por ejemplo, cuando se hace por intermedio de asociaciones comerciales de carácter regional (v.gr. ASEAN)⁶, en este caso es más preciso hablar de Tratados Multilaterales de Arbitraje (TMA). Los TMA a diferencia de los TBA garantizarían un marco uniforme para la resolución de controversias dentro de una región contribuyendo al crecimiento económico regional y la integración de los países signatarios⁷.

(b) Controversias comerciales internacionales. La determinación de aquellas controversias que se someterán al alcance de los TBA será una labor en cabeza de los

⁵ *Ibidem.*

⁶ Born, Gary. *Draft commentary on Model bilateral arbitration treaty*, par. 3.

⁷ Born, Gary. *BITS, BATS and Buts.*, op, cit.

Estados suscribientes⁸. Sin embargo, se propone que el tratado cubra únicamente disputas derivadas de transacciones comerciales, contratos o actividades entre “empresas” dentro de los Estados parte del Tratado, quedando excluidas de su alcance controversias de naturaleza laboral, de derecho del consumo, de derecho de familia, y sucesoral⁹.

(c) Alcance subjetivo. La activación de un TBA exige que las partes de las controversias cuya naturaleza fue reseñada, sean “empresas”, constituidas u organizadas bajo el derecho de alguno de los Estados parte del Tratado. En este contexto, una empresa es toda persona jurídica con ánimo de lucro, indistintamente de su tamaño, estructura de negocios, forma¹⁰, o su carácter privado o gubernamental¹¹. Esta definición también incluye las sucursales, divisiones o partes similares de una empresa.

El tratado no refiere a personas naturales, pero quedará a la libertad de los Estados la decisión de incluirlas en el alcance de un TBA, así como exigir criterios adicionales a las empresas, como el desarrollo de actividades comerciales en el territorio del mismo¹².

(d) Mecanismo por defecto. Este elemento es de especial relevancia en relación a un TBA, pues lo dota de esencia y fundamento. A partir de esta característica se establece el arbitraje comercial internacional como un mecanismo predeterminado al que las partes deberán acudir ante el surgimiento de una disputa que cumpla con los requisitos exigidos en el tratado.

En defensa del carácter predeterminado del tratado se presentan cinco razones: i) Ahorra costos de negociación respecto a mecanismos de solución de disputas; ii) Es un

⁸ Born, Gary. *Draft commentary on Model bilateral arbitration treaty*, par. 16.

⁹ Art. 1: Definiciones. Modelo de TBA.

¹⁰ Born, Gary. *Draft commentary on Model bilateral arbitration treaty.*, op, cit. p. 2.

¹¹ *Ibidem*.

¹² *Ibidem*.

procedimiento neutral e independiente, de esencia anacional; iii) Provee un eficiencia, experticia y un ejecutable medio de solución de controversias; iv) Permite que un abogado local represente los intereses de cada parte a través de toda la disputa, reduciendo la necesidad de múltiples abogados y; v) preserva la autonomía de las partes para contractar fuera del tratado¹³.

(e) Permite pactar en contrario. Como se ha dicho con anterioridad, no todo está perdido para las empresas cobijadas por un TBA cuyo deseo es acudir a otra forma de solucionar sus controversias, pues en orden a salvaguardar la autonomía de las partes el tratado dispone varias situaciones en las que se permite su exclusión por mutuo acuerdo de las partes¹⁴, tema que se desarrollarán con posterioridad en el presente artículo.

Varias de las características antes enunciadas son prueba clara de la manera cómo los TBA son influenciados por los TBI¹⁵, pero no puede desconocerse que su objetivo sigue siendo el arbitraje comercial internacional, tradicionalmente respetuoso de la autonomía de la voluntad. Por ende, antes de precisar la suerte del consentimiento en los TBA, conviene realizar un acercamiento del mismo en el estado actual de cosas.

III. EL PAPEL DEL CONSENTIMIENTO EN EL ARBITRAJE

Definir el arbitraje desligándolo del concepto del consentimiento es equivalente a alzar una edificación desprovista de sus columnas principales. De antaño se ha calificado al consentimiento como “piedra angular del arbitraje”¹⁶, cuyos titulares privilegiados han sido tradicionalmente las partes de la controversia que se pretende resolver, ¿quién más

¹³ *Ibidem.*, p. 3.

¹⁴ Art 5: Acuerdos de solución de controversias; Exclusión del tratado. Modelo de TBA.

¹⁵ En efecto, varias de las disposiciones del TBA son una adaptación del Modelo de TBI de Estados Unidos (2012).

¹⁶ Hanotiau, Bernard. *Consent to arbitration: Do we share a common vision?* En *Arbitration Internacional*. Volumen 27. 2011., p. 539. Igualmente, Párrafo 23 del Informe de los directores Ejecutivos acerca del convenio CIADI.

capacitado para determinar la forma de resolver una controversia que las partes de la misma?

Así, en materia de arbitraje comercial las partes expresan su consentimiento por medio de un acuerdo arbitral que goza de todas las características de un negocio jurídico¹⁷, y cuyo consentimiento -ubicado en el plano contractual- se compone por la interrelación de tres fenómenos afines pero inconfundibles, a saber: i) La voluntad interna individual de los contratantes; ii) La declaración emitida por cada contratantes y; iii) La voluntad o intención común de las partes¹⁸. Es justamente cuando concurren las voluntades de los sujetos negociales que se entiende la existencia de un negocio jurídico vinculante.

Ahora bien, no obstante ser indiscutible que el carácter consensual es parte esencial del arbitraje comercial internacional, sus virtudes son únicamente opacadas por su equivalente potencial de crear impedimentos a la efectiva aplicación del pacto entre las partes. Tómense en cuenta tres ejemplos: las cláusulas arbitrales patológicas¹⁹, las cláusulas escalonadas, y la vinculación de no signatarios del acuerdo arbitral.

Respecto a las cláusulas patológicas se presenta una deficiencia en el consentimiento para arbitrar, ocasionado en el poco cuidado que las partes otorgan a la celebración del acuerdo de arbitraje²⁰. Como el exsecretario general de la CCI Frédéric Eisemann anotaba de manera ilustrativa *“al igual que el sistema de iluminación más perfecto se muestra inútil si el interruptor falla, el sistema jurídico más favorable al arbitraje no puede rendir frutos sin un acuerdo de arbitraje correctamente redactado”*²¹.

¹⁷ Ospina Fernández, Guillermo y Ospina Acosta, Eduardo. *Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico*. Bogotá: Temis S.A. 2005

¹⁸ Diez-Picazo, Luis. *Fundamentos del derecho civil patrimonial*. Madrid: Editorial civitas. 1995., p. 147-148.

¹⁹ Eisemann, Frédéric. *La clause d'arbitrage pathologique en Commercial Arbitration Essays in Memoriam Eugenio Minoli*. Turín: Unione Tipografico-editrice Torinese. 1974.

²⁰ Una situación de esta naturaleza se presenta comúnmente cuando en el marco de una negociación, las partes dejan para el final la cláusula de solución de controversias, momento en el cual el “capital de negociación” se ha agotado. Gonzales de Cossio, Francisco. “Arbitraje”. 3ra edición. México, DF, 2011. p. 132.

²¹ Jiménez Figueres, Dyalá. *El acuerdo de arbitraje: patologías y soluciones*. Disponible en: https://www.u-cursos.cl/derecho/2008/1/D129C0728/1/material_docente/bajar?id_material=163569

Lo contrario sucede en relación con las cláusulas escalonadas, donde las partes deciden complejizar el contenido de un pacto arbitral incluyendo otros mecanismos alternativos de solución de controversias (MASC) como escalones previos al arbitraje²², es decir, en un exceso de diseño las partes establecen “obstáculos” a la ejecución del arbitraje que dependiendo de la redacción de la misma puede conllevar mayores percances.

Los dos ejemplos reseñados enseñan como un consentimiento malogrado en la etapa de celebración del acuerdo, sea por exceso –como con las cláusulas escalonadas- o por deficiencia –como en las cláusulas patológicas-, conlleva implicaciones que afecta la eficacia del pacto y el eventual procedimiento.

Por último, como tercer escenario se presenta la vinculación de no signatarios, que instituye una de las discusiones más relevantes en torno al consentimiento arbitral, situación que permite ubicarla en el punto de intersección entre arbitraje comercial y de inversión.

La cuestión de vincular a un sujeto ajeno a la suscripción del acuerdo de arbitraje ha abierto un abanico de posibilidades encaminadas a dar solución al enigma que ante sí tienen los árbitros. Entre estas se hallan las teorías de vinculación de no-signatarios expuestas en el caso *Thomson*²³, criticadas por su falta de conexión con el consentimiento, dado que una parte termina siendo obligada por la voluntad de otra²⁴.

²² Bernal Gutiérrez, Rafael, et al. *Las Cláusulas Escalonadas o Multinivel: Su Aproximación en Colombia* en Arbitraje: Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones. Centro Internacional de Arbitraje, Mediación y Negociación (CIAMEN). Volumen 5. 2012., pp. 169 – 203.

²³ “Agencia, levantamiento del velo corporativo, estoppel, asunción de obligaciones e incorporación por referencia” Thomson-CSF, SA v. American Arbitration Association. Segundo Circuito. 64 F.3d 773. 1995. Al respecto también: Bullard, Alfredo. *¿Y quiénes están invitados a la fiesta?* en Latin Arbitration Law. 2010, disponible en: <http://www.latinarbitrationlaw.com/y-quienes-estan-invitados-a-la-fiesta/>

²⁴ Dodge Byrnes, Jaime y Pollman, Elizabeth. *Arbitration, consent and contractual theory: the implications of EEOC v. Waffle House*. Boston: Harvard Negotiation Law Review. 2003.

La dificultad de encontrar una voluntad clara o manifiesta de obligarse, ha dado lugar a tesis sobre el consentimiento implícito o presunto²⁵, con las que se pretenden objetivar el querer de las partes mediante la búsqueda de indicios en distintas etapas: negociación, celebración, ejecución, o resolución del contrato²⁶.

Es así como se maneja un consentimiento *sui generis* en relación a los no firmantes, lo cual permite que consideraciones relacionadas al arbitraje de inversión puedan hacerse extensibles. A manera de ejemplo, William Park al ilustrar el consentimiento presunto toma el asunto de la expropiación indirecta de inversiones²⁷, también en el caso *Kastner c. Vanbestco e Icebug*, la Corte concluyó que Icebug (no signatario) había “*creado un acuerdo vinculante por separado para arbitrar*” la disputa “*por consentir al arbitraje*”²⁸, referencia extraída del caso *Chevron v. Ecuador*²⁹.

En retrospectiva, al observar los escenarios antes esbozados se pueden extraer dos conclusiones, la primera de ellas es que el consentimiento no es una construcción perfecta ni acabada, y son múltiples las deficiencias que plantea en el arbitraje. Y de otro lado, que aun ante la falta de una clara e inequívoca voluntad de arbitrar³⁰, el arbitraje ha prevalecido³¹.

Esta incertidumbre en relación al consentimiento ha permitido acercamientos sobre este punto entre arbitraje de inversión y comercial, lo que permite encontrar los primeros eslabones hacia el surgimiento de un TBA.

²⁵ Park, William. *Non-signatories and international contracts: An arbitrator's dilemma*. Oxford: Multiple Parties in International Arbitration. 2009.

²⁶ Silva R., Eduardo. *El artículo 14 de la nueva Ley Peruana de Arbitraje* en Revista Lima Arbitration. 2011., p. 62.

²⁷ Park, William., op, cit., p. 13.

²⁸ *Sidney Kastner v. Vanbestco Scandanavia AB, and Icebug USA, Inc.*, 2014 U.S. Dist. LEXIS 165915.

²⁹ *Republic of Ecuador V. Chevron Corp.* United States Court of Appeals, Second Circuit. 638 F.3d 384 (2d Cir. 2011)

³⁰ *First Options of Chicago, Inc. v. Kaplan*, 514 U.S. 938, 944 (1995). En igual sentido Ataman-Figanmeşe, İnci. *Manufacturing Consent to Investment Treaty Arbitration By Means of the Notion of “Arbitration Without Privity en Annales de la Faculté de Droit d’Istanbul*. Volumen 43. 2011., pp. 187-201.

³¹ Esto también se debe en buena parte a principios característicos del arbitraje como el de *separabilidad* o el *pro-arbitraje*. Lew, Julian, Mistelis, Loukas y Kröll, Stefan. *Comparative International Commercial Arbitration*. La Haya: Kluwer Law International. 2003., pp. 150-151.

IV. ¿QUÉ SUCEDE CON EL CONSENTIMIENTO EN EL MARCO DE UN TBA?

En un breve acercamiento al concepto de los TBA se señalaba cómo estos se fundamentan en la innovadora forma de prestar el consentimiento que disponen los Tratados Bilaterales de Inversión (en adelante 'TBI'). Esto los convierte en una especie híbrida entre arbitraje comercial internacional y el arbitraje de inversión.

El concepto que subyace a esta idea es el de "arbitration without privity"³², según el cual una parte agraviada tiene la esperanza de alegar sus derechos de forma directa, es decir, "exista o no un acuerdo específico que haya sido concluido con el demandante en particular"³³. Este enfoque aplicado en los TBA hace innecesario un acuerdo en particular para iniciar un procedimiento arbitral, bastará que las partes estén constituidas bajo el derecho de los Estados parte y que la controversia no sea de aquellas que el tratado excluye para entender que la solución de la controversia se llevará a cabo mediante arbitraje comercial internacional.

No obstante, la doctrina del *arbitration without privity* en realidad poco aporta con relación a los TBA, pues no trata como tal del consentimiento sino de la forma en que este se manifiesta, he aquí la importancia de tal diferenciación que con especial énfasis se insistía anteriormente. Esto queda claro cuando se observan las típicas maneras de expresar el consentimiento en arbitraje comercial y de inversión.

En primer lugar, siguiendo la lógica del arbitraje comercial, donde su fundamento es el pacto arbitral que se rige por las reglas aplicables a todo negocio jurídico, de acuerdo con las que el consentimiento se materializa con la concurrencia de la oferta y la aceptación de forma lineal³⁴, véase:

³² Born, Gary. BITS, BATS and Buts., op. cit. 10.

³³ Paulsson, Jan. Op.,cit., p. 233.

³⁴ Steingruber, Andrea. *Consent in international arbitration*. Reino Unido: Oxford University Press. 2012., par. 5.56.



Diagrama 1: Formación del consentimiento en arbitraje comercial

De otra parte, en relación al arbitraje de inversión con fuente en un TBI interactúan dos tipos de consentimiento. Por un lado, el consentimiento entre Estados Parte, y de otro, el que se logra mediante la aceptación del inversionista a la oferta pública que los Estados Parte realizan³⁵.

No obstante, la mayoría de opiniones coinciden en afirmar que el arbitraje de inversión, al igual que el comercial, se fundamenta en un acuerdo de arbitraje³⁶.

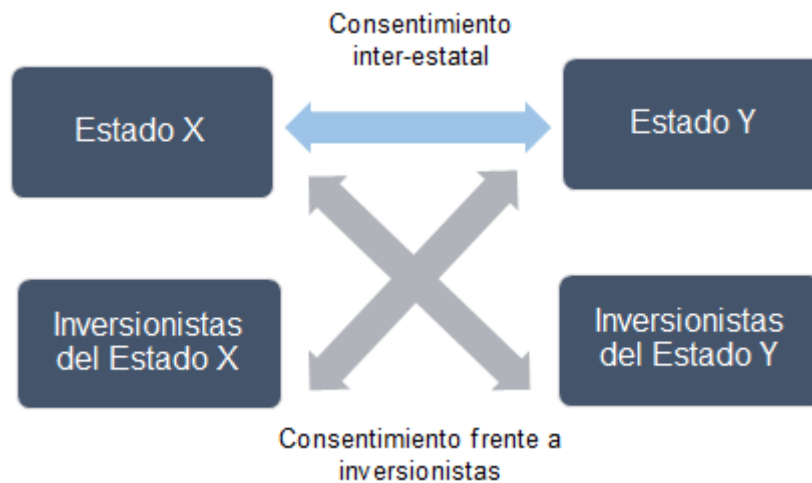


Diagrama 2: Formación del consentimiento en arbitraje de inversión (TBI)

³⁵ Dolzer, Rudolf y Schreuer, Chistoph. *Principles of international investment law*. Reino Unido: Oxford University Press. 2008., pp. 242 y 243.

³⁶ Occidental Exploration & Production Company Appellant vs. The Republic of Ecuador. English Court of Appeal (Civil Division). A3/2005/1121. 09 de Septiembre de 2005. Republic of Ecuador V. Chevron Corp. Op, cit.

Al comparar los anteriores esquemas se puede concluir que la dinámica del consentimiento en arbitraje de inversión es más compleja que en arbitraje comercial, ya que el primero se compone por un consentimiento lineal (Estado-Estado) y un consentimiento cruzado (Estado-Inversionista), mientras que el último solo posee un consentimiento en sentido lineal (Parte-Parte).

Sin embargo, no es posible predicar lo mismo bajo las reglas de un TBA, pues el consentimiento expresado por los Estados se confunde con el de las empresas de dicho Estado, si se quiere, durante la formación de las bases del arbitraje los sujetos no tiene incidencia alguna pues desde un comienzo está presente la obligación de acudir a arbitraje, se trata entonces de un consentimiento superpuesto (e impuesto).

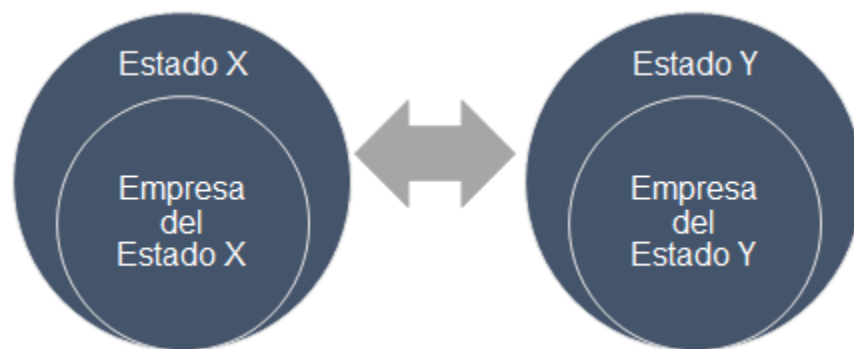


Diagrama 3: Formación del consentimiento en un TBA.

La adopción del arbitraje comercial internacional por esta vía se sustenta en las “*expectativas fundamentales de las partes por una neutral e independiente forma de resolución de disputas para desacuerdos surgidos de transacciones comerciales internacionales*”³⁷. Expectativas que se piensan en el marco de la eficiencia del arbitraje para la solución de controversias³⁸.

³⁷ Born, Gary. BITS, BATS and Buts., op. cit., p. 5.

³⁸ Guandalini, Bruno. *Bilateral Arbitration Treaties and Efficiency: a New Proposal on and an Old Challenge to International Commercial Arbitration*. Brasil: Revista Brasileira de Arbitragem. 2013., pp. 16-29.

¿Acaso implica lo anterior desconocer la autonomía de las partes? ¿Se trata de una nueva forma de “arbitraje forzoso”? No, los TBA a pesar de su particular forma de expresar el consentimiento no anulan la voluntad de los privados.

Para encontrar el fondo de esta conclusión debe pensarse en términos de las potestades que poseen las partes de una controversia en relación al arbitraje comercial. Y, como se ha puntualizado, en tanto este se basa en un negocio jurídico, la regla es que las partes pueden crear, modificar o extinguir derechos y obligaciones³⁹.

Estas potestades constituyen el estado de cosas actual en arbitraje comercial internacional, de ser cierto que con los TBA se presenta una afectación al carácter consensual o contractual del arbitraje esto debería verse reflejado en las mismas.

IV.1. Creación del acuerdo arbitral

Las partes de una relación comercial, que desean establecer el arbitraje como mecanismo para solución de sus controversias normalmente lo hacen por medio de esta potestad.

El acercamiento más realista al contenido de un TBA se puede ver en el Modelo propuesto por Born⁴⁰, en este, se revela su filosofía en torno a la creación del acuerdo cuando en uno de sus artículos dispone que *"[s]alvo lo dispuesto en el artículo 5 (1) del presente Tratado, toda Controversia Comerciales Internacional deberá ser resuelta de la siguiente manera: (...)"*⁴¹.

Sin adentrar aún en consideración del Art. 5(1), el lenguaje imperativo del artículo precitado deja notar la obligación que toda controversia con carácter comercial

³⁹ Ospina Fernández, Guillermo y Ospina Acosta, Eduardo. Op., cit.

⁴⁰ Born, Gary. Draft model bilateral arbitration treaty disponible. UK: WilmerHale. 2015 en: https://www.wilmerhale.com/uploadedFiles/Shared_Content/Editorial/News/Documents/Draft-Model-BAT.pdf

⁴¹ Art. 2: Resolución y Arbitraje de Controversias Comerciales Internacionales. Modelo de TBA.

internacional sea necesariamente resuelta de la forma que el TBA establece. Bajo estos parámetros las partes se encuentran desprovistas de la posibilidad de crear un pacto arbitral, ya que el tratado se adelanta a esta facultad y se las arrebatata.

Habrá quienes piensen que lo antes dicho es erróneo, en tanto el TBA permite a las partes acordar su propio pacto de arbitraje. No obstante, cuando las partes proceden de esa forma no están creando un acuerdo arbitral, simplemente se limitan a modificar la obligación preexistente de acudir a arbitraje y los derechos derivados de ello.

Esta situación es innegable, y es uno de los “peros” que más fuertemente se esbozan en contra de los TBA⁴². Pero la lógica indica que un hombre de negocios que acostumbra a utilizar el arbitraje, y por ende, la potestad de crear un pacto arbitral, no se sentirá lesionado con la predeterminación del tratado; contrariamente, aquel empresario que de antaño ha evitado el arbitraje no pensará lo mismo, por lo cual interesará con mayor atención qué sucede con la potestad de extinguir el acuerdo.

IV.2. Extinción del acuerdo arbitral

Así mismo como las partes gozan de libertad para pactar arbitraje en sus relaciones negócias, también la tienen para decidir cuándo es mejor que una controversia sea llevada a un foro distinto del arbitral.

El TBA establece cuatro hipótesis en las que es permitida su exclusión (Art. 5.1), y su activación dependerá de que las partes las hayan “*expresamente acordado por escrito*”. Tres de dichas causales conllevan –o pueden conllevar- a la renuncia al derecho a arbitrar una controversia: i) Cuando se pacta excluir la aplicación del Tratado o del arbitraje conforme al Tratado (literal a); ii) Cuando la controversia es referida a una Corte Estatal, ya sea de alguna de las Partes o de otro Estado (literal c); iii) Cuando se somete

⁴² Born, Gary. BITS, BATS and Buts., op, cit., p. 8.

la controversia para su solución final a la determinación de expertos o cualquier otra forma de resolución alternativa de conflictos (literal d).

La primera es la más elemental de las causales, pues implica un acuerdo expreso de las partes demostrando su intención de renunciar al arbitraje que regula el tratado. En defensa de la seguridad jurídica, esta causal constituye el escenario ideal para excluir un TBA pues los árbitros que seguramente conocerán del acuerdo de renuncia (en virtud del *kompetenz-kompetenz*) no tendrán más opción que declinar competencia⁴³.

En cuanto a las dos causales restantes, la segunda (que refiere a las cláusulas de selección de foro⁴⁴) y la tercera, implican la pretensión de escapar definitivamente al arbitraje que dispone el tratado, son las formas por excelencia para renunciar al arbitraje. No sucede lo mismo con la primera causal, ya que las partes conservan el derecho a seleccionar el arbitraje como la vía adecuada para solucionar su controversia, pero bajo leyes diferentes a las aplicables por defecto.

En las tres hipótesis las partes conservan la libertad de decidir cuándo arbitrar una controversia y cuándo no. Es lo inverso que sucede actualmente donde las partes deciden esto *ex-ante*.

De todas formas se debe valorar positivamente el prerrequisito del acuerdo expreso por escrito para la manifestación del consentimiento negativo, en tanto implicaría la renuncia a un derecho que podría llegar a ser internacionalmente reconocido.

⁴³ Salvo que la voluntad de las partes no aparezca lo suficientemente clara y en virtud de una interpretación favorable al arbitraje se mantenga incólume la obligación de arbitrar una controversia.

⁴⁴ Bermann, George. *Transnational Litigation*. Thomson West. 2003., p.14 en Zuleta, Alberto. *Las cláusulas de selección de foro y selección de ley en la contratación internacional: una visión desde el derecho internacional privado colombiano*. Revista de Derecho Privado (Universidad de los Andes). Volumen 44. 2010., p.17.

IV.3. Modificación del acuerdo arbitral

Estudiadas tres de las cuatro situaciones que dispone el Art. 5.1, la restante (literal b) es una materialización del consentimiento para modificar, entendido como la potestad de las partes para variar las circunstancias del procedimiento arbitral regulado por el contenido del acuerdo de arbitraje.

Según esta causal las partes pueden sortear la aplicación del tratado estipulando dentro de un acuerdo arbitral cualesquiera reglas de una institución arbitral diferente a la que consagra el TBA⁴⁵. Pero trae una excepción, relativa a los eventos en que tal acuerdo sea *compatible* con el art. 4.1 del tratado.

Por su parte, el art. 4.1 del Modelo de TBA establece una serie de reglas arbitrales que resultan aplicables en defecto de pacto.

El contenido de la causal del art. 5.1 no presenta mayor inconveniente hasta antes de la excepción relacionada con el art. 4.1., sin embargo, adentrados en esta surge duda acerca de qué clase de compatibilidad refiere (¿será estricta o lata?).

Considérese esto de la manera más simple, un TBA prevé reglas arbitrales en su art. 4.1, pero las partes en ejercicio del art. 5.1 deciden escoger unas diferentes. Por el hecho de esa misma elección se presenta una evidente contradicción o incompatibilidad entre lo que dispone el tratado y lo que las partes pactaron, en consecuencia, no se activaría la excepción antes referida.

Lo anterior por supuesto plantea una interpretación estricta, precisa y exacta de la compatibilidad tratado-pacto de las partes. Interpretación que lleva a que la excepción se convierta en “letra muerta” pues por pequeñas que sean las diferencias, los

⁴⁵ Gary Born propone en su Modelo de TBA que sea la Corte Permanente de Arbitraje.

reglamentos arbitrales se componen por reglas que en relación al proceso o administración del mismo, son distintas (véase el Cuadro 1)⁴⁶, llevando a que siempre haya incompatibilidad.

	Modelo de TBA	UNCITRAL	ICC	LCIA	SIAC	CCB
Reglas procesales	Reglamento CNUDMI (2010) (Art. 4.1.a)	Reglamento CNUDMI (Art. 1)	Reglamento CCI (Art. 19)	Reglamento de la LCIA (Art. Preámbulo)	Reglamento SIAC (Regla 1)	Reglamento de arbitraje comercial internacional de la CCB (Art. 3.1.2)
Autoridad nominadora	Secretaría General de la Corte Permanente de Arbitraje (Art. 4.1.b).	Secretario General de la Corte Permanente de Arbitraje (Art. 6)	Corte Internacional de Arbitraje de la CCI (Art. 13)	Corte de la LCIA (Art. 5.9.)	Secretario de la Corte de arbitraje del SIAC o el presidente de la misma (Reglas. 6, 7 y 8)	Centro de Arbitraje y Conciliación de la CCB (Art. 3.9)
Número de árbitros	Un árbitro. Excepcionalmente tres árbitros (Art. 4.1.c).	Tres árbitros. Excepcionalmente uno. (Art. 7)	Un árbitro. Excepcionalmente tres árbitros (Art. 12(2))	Un árbitro. Excepcionalmente tres árbitros (Art. 5.8)	Un árbitro. Excepcionalmente tres (Regla 6.1.)	Un árbitro. Excepcionalmente tres (Art. 3.8)
Sede arbitral	Será determinado por el tribunal arbitral, o tendrá una sede específica (Art. 4.1.d.)	Será determinado por el tribunal arbitral (Art. 18)	Será fijada por la Corte (Art. 18)	Londres, a menos que el tribunal determine algo diferente (Art.16.2)	Singapur, a menos que el tribunal determine algo diferente (Reg. 18.1)	Será determinada por el tribunal arbitral (Art. 3.19)
Idioma del arbitraje	Inglés (Art. 4.1.e)	Será determinado por el tribunal arbitral (Art. 19)	Será determinado por el tribunal arbitral (Art. 20)	Será determinado por el tribunal arbitral (Art. 17.4)	Será determinado por el tribunal (Reg. 19)	Será determinado por el tribunal arbitral (Art. 3.20)
Plazo para emitir laudo	18 meses (Art. 4.1.f)	-	Seis meses (Art. 30)	-	-	Seis meses (Art. 3.31)
Inicio del procedimiento	Con la noticia de arbitraje recibida por el/los demandante /demandados (Art. 4.1.g)	Fecha en que la notificación del arbitraje es recibida por el Demandado (Art. 3.2.)	Fecha de recepción de la Solicitud por la Secretaría (Art. 4)	Fecha de registro de la solicitud (Art. 1.4)	Fecha de la recepción completa de la noticia de arbitraje (Reg. 3.3)	Con la entrega de la solicitud de arbitraje y el pago del anticipo a que refiere el art. 3.5.1. (Art. 3.5.2)

Cuadro 1: Comparación de reglamentos de arbitraje internacional.

⁴⁶ Inclusive, el mismo hecho de permitir el pacto de una institución arbitral diferente a la que dispone el tratado implicaría una contradicción.

No obstante, en tanto se trata de una norma contenida en un tratado, su interpretación debe ser de tal manera que responda al principio del efecto útil (*ut res magis valeat quam pereat*)⁴⁷. Esta entonces será la que permita su efectiva aplicación, y no exija una compatibilidad matemática entre el tratado y el acuerdo de las partes.

Si se observa con detenimiento, en su mayoría los contrastes existentes entre reglamentos obedecen a cómputo de plazos, autoridades nominadoras, o elementos connaturales a cada institución arbitral donde el tribunal aparece como principal director del procedimiento, en otras palabras, se trata de divergencias razonables y escuetas. Luego, si se interpreta de forma amplia la compatibilidad exigible por el Art. 5.1, de resultar el deseo de las partes el pacto de una institución diferente a la prevista en el TBA, la excepción del literal b) sería plenamente aplicable, y por ende no habría exclusión del tratado.

Nuevamente no parece ser satisfactoria la salida a que se ha llegado, máxime cuando con esta última el tratado no alcanza a ser excluido por la intención de las partes⁴⁸.

A todas luces resulta plausible la finalidad para la que está diseñado el literal b) del art. 5.1, en tanto busca salvaguardar el elemento consensual del arbitraje. Sin embargo, como se ha visto, esta finalidad parece inalcanzable de la manera en que está proyectado su contenido, tanto que podría dar pie a inseguridades jurídicas⁴⁹.

⁴⁷ Sobre este principio la Comisión de Derecho Internacional de la ONU ha dicho que este principio está incluido en el párrafo 1 del artículo 27 (actual artículo 31) de la Convención de Viena sobre derecho de los tratados de 1969. Así mismo lo ha reconocido la CIJ: *Sería por supuesto incompatible con las reglas generalmente aceptadas de interpretación, admitir que una disposición de este tipo que figure en un convenio especial esté desprovista de objeto o de efecto.* Gran Bretaña c. República Popular de Albania. *Caso del estrecho de Corfú*. Corte Internacional de Justicia. Sentencia del 25 de marzo de 1948.

⁴⁸ El Tratado permite bajo acuerdo entre las partes que estas sometan nuevamente conforme sus reglas una controversia que han decidido excluir (Art. 4.3.) Modelo de TBA.

⁴⁹ Tómese el ejemplo del arbitraje de inversión sobre el fork-in-the-road, en el cual la indebida exclusión de las controversias respecto al alcance de un BIT conlleva a procesos paralelos sobre equivalentes fundamentos de hecho y de derecho, pero con el riesgo de decisiones contradictorias o doble indemnizaciones.

Por estos motivos, la solución más fácil e ideal sería la de remover la excepción que dispone el art. 5.1 (b), de suerte que baste con que las partes indiquen en un acuerdo por separado, las reglas de una institución arbitral diferente para que se dé por entendido el deseo de excluir el tratado. Esto se corresponderá totalmente con la realidad.

Pues así como la práctica enseña que *“el arbitraje internacional es el procedimiento menos malo para la resolución de disputas internacionales”*⁵⁰, esta también muestra que es común encontrar contratos predispuestos donde la cláusula arbitral es redactada con anticipación al acuerdo de voluntades, o, empresarios que tienen predilección por determinadas reglas de instituciones arbitrales, y despojarlos de estas prácticas no sería de ninguna manera deseable⁵¹.

Descomplejizar esta norma no implicaría dejar inutilizables las reglas que dispone el tratado. Por el contrario, estas muy probablemente serán aprovechadas por ese 48% de personas que, según estudios⁵², aún no se han acercado al arbitraje, al tiempo que deja la sensación al 52% restante que lo prefieren, de sentir que no se les toma en cuenta y que sus buenas experiencias con este mecanismo no serán cambiadas abruptamente.

En esencia la posibilidad de modificar el contenido del tratado será, por encima de la potestad de extinguir la obligación de arbitrar, la forma en cómo el consentimiento de las partes podrá verse realmente respetado y aplicado.

⁵⁰ Born, Gary. BITS, BATS and Buts., op. cit., p. 8.

⁵¹ Tampoco las instituciones arbitrales se verían en la necesidad de tener que cambiar y promocionar sus cláusulas modelo con una acápite inicial donde se indique expresamente que las partes deciden renunciar a cualquier TBA aplicable a la resolución de sus controversias en virtud del art. 5.1 (a) del Modelo TBA.

⁵² Queen Mary, University of London and PwC. *Corporate choices in International Arbitration: Industry perspectives - 2013 International Arbitration Survey*, disponible en <http://www.pwc.com/gx/en/arbitration-dispute-resolution/assets/pwc-international-arbitration-study.pdf>.

Si bien es cierto que los TBA poseen una base que ilustrativamente se ha reseñado como consentimiento superpuesto, donde el Estado reemplaza a las empresas en la labor de escoger la forma de solución de controversias, esto en muy poco afecta las potestades que actualmente poseen los empresarios en relación al arbitraje.

Siempre que estos tengan en su poder la decisión de la manera en cómo se desarrollará el arbitraje (reglas procesales) el carácter consensual de este seguirá siendo un sustento importante.

V. CONCLUSIONES

Ha sido generalizada la aceptación del arbitraje como mecanismo de resolución de controversias idónea para distintas áreas del derecho, esto a su vez ha ocasionado que su paradigma consensual sea percibido en decadencia o, al menos, de manera diferente⁵³.

Los tratados bilaterales de arbitraje forman parte de esa percepción difuminada que se ha ido consolidando en relación al elemento consensual del consentimiento. Sin embargo, tal vez por la profundidad de las aguas en que todavía se ocultan, esto no resulta ser más que una falsa apreciación, como sucede con quienes creen ver criaturas fantásticas en el fondo del mar.

No cabe la menor duda que el surgimiento de los TBA traerá consigo una visión revolucionaria del arbitraje, romperá paradigmas, y reforzará otros cuantos. En cuanto al carácter consensual, en lo inmediato no habrá de que preocuparse, el consentimiento seguirá siendo la “piedra angular” del arbitraje, aunque deberá competir por mantener este rol con otras características y virtudes esenciales del arbitraje que han hecho que sea lo que es hoy: el mecanismo de solución de controversias por excelencia.

⁵³ Steingruber, Andrea. *Consent in international arbitration*. Op, cit., par. 15.02.

Lastimosamente no se puede decir lo mismo de la naturaleza contractual que parece recibir todo el impacto de las nuevas olas en materia arbitral, pues si bien el acuerdo arbitral seguirá siendo fundamento de todo arbitraje (incluso el de inversión), las nuevas dinámicas económicas y del mercado obligan a tener formas de solución de controversias a la vanguardia.

Así como sucedió⁵⁴ con la cláusula compromisoria en Francia entre el siglo XIX y el siglo pasado, sucederá (¿o tal vez ya está sucediendo?) con los nuevos enfoques del acuerdo arbitral. Primero se verá su marcado rechazo, pero después, su aceptación se ira gestando paulatinamente hasta consolidarse en la consciencia de árbitros, partes y abogados como un axioma universal.

En esta evolución constante del arbitraje los TBA son unos buenos candidatos para ser el nuevo eslabón de la cadena, pero antes es necesario que no se intente extinguirlos antes de su nacimiento. El miedo a lo desconocido⁵⁵ como obstáculo es el más difícil de sortear, sin embargo, cuando se observa con mayor detenimiento esta joven propuesta es posible ver que no estamos tan lejos de su –aparentemente- quimérico entramado.

Ya no se trata de la historia del tiburón y el delfín huyendo el uno del otro, sino de la comprensión de sus roles en relación a ese gigante mar que es el arbitraje.

* *
*

⁵⁴ La cláusula compromisoria era declarada nula por tratarse de diferencia futuras. Solo eran permitidas las cláusulas celebradas una vez surgida la controversia (compromisos). Fallo *Prunier*. Corte de Casación Francesa, Sala Civil. 10 de julio de 1983. Oppetit, Bruno. *Teoría del Arbitraje*. Colombia: Legis. 2006., pp. 55-90.

⁵⁵ Born, Gary. BITS, BATS and Buts., op. cit., p. 14.

VI. FUENTES BIBLIOGRÁFICAS

- ❖ Ataman-Figanmeşe, İnci. *Manufacturing Consent to Investment Treaty Arbitration By Means of the Notion of “Arbitration Without Privity en Annales de la Faculté de Droit d’Istanbul*. Volumen 43. 2011.
- ❖ Bernal Gutiérrez, Rafael, et al. *Las Cláusulas Escalonadas o Multinivel: Su Aproximación en Colombia en Arbitraje: Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*. Centro Internacional de Arbitraje, Mediación y Negociación (CIAMEN). Volumen 5. 2012.
- ❖ Blackaby, Nigel. *Investment Arbitration and Commercial Arbitration (or the Tale of the Dolphin and the Shark)* en D.M. Lew, Julian and Mistelis, Loukas. *Pervasive Problems in International Arbitration*. International Arbitration Law Library. 2006.
- ❖ Born, Gary. BITS, BATS and Buts: Reflections on International Dispute Resolution. GAR. 2013. Disponible en: http://www.globalarbitrationreview.com/cdn/files/gar/articles/Born_BITS_BATs_and_Buts.pdf.
- ❖ Born, Gary. *Draft commentary on Model bilateral arbitration treaty*. UK: WilmerHale. 2015 disponible en: https://www.wilmerhale.com/uploadedFiles/Shared_Content/Editorial/News/Documents/Explanatory-Note-Draft-Model-Bilateral-Arbitration-Treaty.pdf
- ❖ Born, Gary. Draft model bilateral arbitration treaty disponible. UK: WilmerHale. 2015 disponible en: https://www.wilmerhale.com/uploadedFiles/Shared_Content/Editorial/News/Documents/Draft-Model-BAT.pdf
- ❖ Bullard, Alfredo. *¿Y quiénes están invitados a la fiesta?* en Latin Arbitration Law. 2010, disponible en: <http://www.latinarbitrationlaw.com/y-quienes-estan-invitados-a-la-fiesta/>
- ❖ CIADI. *Informe de los Directores Ejecutivos del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento acerca del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados*. 1965

disponible en: https://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc_spa-archive/ICSID_Spanish.pdf

- ❖ Díez-Picazo, Luis. *Fundamentos del derecho civil patrimonial*. Madrid: Editorial civitas. 1995.
- ❖ Dodge Byrnes, Jaime y Pollman, Elizabeth. *Arbitration, consent and contractual theory: the implications of EEOC v. Waffle House*. Boston: Harvard Negotiation Law Review. 2003.
- ❖ Dolzer, Rudolf y Schreuer, Christoph. *Principles of international investment law*. Reino Unido: Oxford University Press. 2008.
- ❖ Draft model bilateral arbitration treaty. Art. 5: Dispute Resolution Agreements; Exclusion of Treaty.
- ❖ Eisemann, Frédéric. *La clause d'arbitrage pathologique en Commercial Arbitration Essays in Memoriam Eugenio Minoli*. Turín: Unione Tipografico-editrice Torinese. 1974.
- ❖ Gonzales De Cossio, Francisco. "Arbitraje". 3ra edición. México, DF, 2011.
- ❖ Guandalini, Bruno. *Bilateral Arbitration Treaties and Efficiency: a New Proposal on and an Old Challenge to International Commercial Arbitration*. Brasil: Revista Brasileira de Arbitragem. 2013.
- ❖ Hanotiau, Bernard. *Consent to arbitration: Do we share a common vision?* En *Arbitration Internacional*. Volumen 27. 2011.
- ❖ Jiménez Figueres, Dyalá. *El acuerdo de arbitraje: patologías y soluciones*. Disponible en: https://www.u-cursos.cl/derecho/2008/1/D129C0728/1/material_docente/bajar?id_material=163569
- ❖ Lew, Julian, Mistelis, Loukas y Kröll, Stefan. *Comparative International Commercial Arbitration*. La Haya: Kluwer Law International. 2003.
- ❖ Oppetit, Bruno. *Teoría del Arbitraje*. Colombia: Legis. 2006.
- ❖ Ospina Fernández, Guillermo y Ospina Acosta, Eduardo. *Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico*. Bogotá: Temis S.A. 2005

- ❖ Park, William. *Non-signatories and international contracts: An arbitrator's dilemma*. Oxford: Multiple Parties in International Arbitration. 2009.
- ❖ Queen Mary, University of London and PwC. *Corporate choices in International Arbitration: Industry perspectives - 2013 International Arbitration Survey*, disponible en <http://www.pwc.com/gx/en/arbitration-dispute-resolution/assets/pwc-international-arbitration-study.pdf>.
- ❖ Silva R., Eduardo. *El artículo 14 de la nueva Ley Peruana de Arbitraje* en Revista Lima Arbitration. 2011.
- ❖ Steingruber, Andrea. *Consent in international arbitration*. Reino Unido: Oxford University Press. 2012.
- ❖ Zuleta, Alberto. *Las cláusulas de selección de foro y selección de ley en la contratación internacional: una visión desde el derecho internacional privado colombiano*. Revista de Derecho Privado (Universidad de los Andes). Volumen 44. 2010.

VII. LAUDOS Y JURISPRUDENCIA

- ❖ Gran Bretaña c. República Popular de Albania. *Caso del estrecho de Corfú*. Corte Internacional de Justicia. Sentencia del 25 de marzo de 1948
- ❖ Fallo Prunier. Corte de Casación Francesa, Sala Civil. 10 de julio de 1983
- ❖ First Options of Chicago, Inc. v. Kaplan, 514 U.S. 938, 944 (1995).
- ❖ Occidental Exploration & Production Company Appellant vs. The Republic of Ecuador. English Court of Appeal (Civil Division). A3/2005/1121. 09 de Septiembre de 2005.
- ❖ Republic of Ecuador V. Chevron Corp. United States Court of Appeals, Second Circuit. 638 F.3d 384 (2d Cir. 2011)
- ❖ Sidney Kastner v. Vanbestco Scandanavia AB, and Icebug USA, Inc., 2014 U.S. Dist. LEXIS 165915
- ❖ Thomson-CSF, SA v. American Arbitration Association. Segundo Circuito. 64 F.3d 773. 1995.