

Revista de la Corte Española de Arbitraje, vol. XXIV, 2009, pp. 13-37.

AMÉRICA LATINA Y EL ARBITRAJE DE INVERSIONES: ¿MATRIMONIO DE AMOR O MATRIMONIO DE CONVENIENCIA?*

Latin America and Investment Arbitration: Love Marriage or Marriage of Convenience?

Por

José Carlos FERNÁNDEZ ROZAS**

SUMARIO: I. EL ARBITRAJE EN EL NUEVO ESCENARIO ECONÓMICO EN AMÉRICA LATINA. 1. Superación paulatina de la hostilidad a la institución. 2. El arbitraje como método adecuado para resolver los litigios comerciales. 3. El arbitraje como método adecuado para resolver los litigios en materia de inversiones. II. RASGOS GENERALES DEL ARBITRAJE EN MATERIA DE INVERSIONES EN AMÉRICA LATINA. 1. Acuerdos para la promoción y protección recíproca de inversiones. 2. Perfiles característicos del arbitraje del Ciadi. 3. Reticencias frente al modelo. III. CONSIDERACIONES FINALES

* Texto revisado de la ponencia presentada en el Cuarto Congreso Internacional de la Association André Bello des Juristes Franco-Latino-Américains sobre "L'avenir du droit des investissements en Amérique Latine", París 18 y 18 de octubre de 2007.

** Catedrático de Derecho internacional privado de la Universidad Complutense de Madrid.

I. EL ARBITRAJE EN EL NUEVO ESCENARIO ECONÓMICO EN AMÉRICA LATINA

1. Superación paulatina de la hostilidad a la institución

1. Con la apertura al comercio internacional, la economía de numerosos países de América Latina ha caminado, a partir del fenómeno de la privatización empresarial, hacia una política marcadamente liberal excepto en los sectores reservados en exclusiva al Estado. Paralelamente, en los últimos años se han realizado diversas modificaciones legales y de desregulación administrativa con el fin de atraer capitales productivos externos y aumentar así la oferta y la calidad de los empleos, incrementar las exportaciones y mejorar las condiciones para la efectiva transferencia de tecnología. Mediante la perspectiva jurídica la adaptación a la globalización y al comercio internacional de las transacciones privadas, ha repercutido en la modificación y simplificación de centenares de leyes en un intento de eliminar las barreras que dificultan el desarrollo del comercio. Fundamentalmente leyes de transferencia de tecnología, de marcas y patentes y de inversión extranjera. Los Códigos de comercio y, en particular, las disposiciones relativas al arbitraje comercial también fueron modernizados con el fin de inspirar mayor confianza a los inversionistas extranjeros en materia de solución de controversias.

La gradual interdependencia económica y la globalización de la economía han llevado a la mayoría de los gobiernos a implementar programas de liberalización de la economía y a una aceleración de los procesos de creación de áreas de libre comercio. Este fenómeno es paralelo a un progresivo abandono de la postura tradicionalmente reticente y desconfiada hacia el comercio internacional protagonizada por las grandes multinacionales. Y ello al margen de los debates abiertos en los últimos tiempos respecto al establecimiento de un mapa definitivo de los procesos de integración regional y en torno a la superación de las reticencias surgidas por una incomprendida noción de soberanía, que se están desarrollando, no sin dificultades¹, en favor de una aproximación más pragmática al cometido que juegan estos países en el comercio internacional. Para que los acuerdos regionales puedan ser eficaces no solo es necesario caminar hacia políticas macroeconómicas comunes, sino es indispensable un sustancial proceso de armonización jurídica.

2. Es cierto que la década de los noventa y el comienzo de los años dos mil constituyó un nuevo "período perdido" en la economía latinoamericana, pues el discurso hegemónico neoliberal del período posterior a la caída del Muro de Berlín prometía a los países del área una nueva era de prosperidad. Ello ha conducido a la reticencia de ciertos gobiernos de América Latina hacia el libre mercado y la libre competencia que lo caracteriza para adoptar mecanismos de regulación económica que, sin abandonar (por ahora al menos) los criterios de mercado, contribuyan a promover el crecimiento económico y el desarrollo social desde otras alternativas. Pero, al margen de esta tendencia, no puede negarse que se produjo una radical modernización de las estructuras económicas. Y que dicha modernización encontró

¹ Cf. L. Pereznieto Castro, "Notas sobre el Derecho internacional privado mexicano actual", *Avances del Derecho Internacional Privado en América Latina. Liber amicorum Jürgen Samtleben*, Montevideo, 2002, p. 155.

un terreno abonado para la transformación de obsoletas reglamentaciones en el ámbito mercantil².

3. En todos los Estados de América Latina se observa un considerable avance del arbitraje incluso en aquéllos donde ha habido una hostilidad a la institución que no sólo es fruto de un periodo periclitado, sino que ha conservado una cierta continuidad³. Han tenido, en efecto, que superarse una serie de maquinaciones de origen histórico que apuntaban a otro tipo de arbitraje distinto del comercial, pero que ha sido asociado a éste; son reproches que se remontan a la época del colonialismo europeo en los complejos albores de la independencia. Su origen fueron reclamaciones de muy distinta entidad por parte de EE UU y de algunos Estados europeos, basadas en reparaciones por daños sufridos en la propiedad de sus nacionales que se elevaron a tribunales arbitrales internacionales y se tradujeron en fallos desfavorables por los cuales los países del área debieron pagar substanciales indemnizaciones que, incluso, repercutieron en la configuración de sus territorios. Por contra, si el fallo arbitral resultaba favorable a un país latinoamericano, los deudores lo incumplían impunemente⁴, con el consiguiente rechazo a la institución. Pese a la existencia de una inclinación a exigir siempre que la responsabilidad de los Gobiernos se persiguiese ante los tribunales nacionales, hasta el total agotamiento de los recursos internos, los países del área no pudieron impedir la sumisión de reclamaciones a tribunales arbitrales internacionales, mediante convenios especialmente celebrados cuando la gravedad de las circunstancias o el volumen de las reclamaciones lo justificaba. Ello produjo no solo un substancial volumen de jurisprudencia arbitral sobre la responsabilidad del Estado sino la consolidación de una doctrina regional refractaria que condujo al sometimiento de las empresas extranjeras a la acción de la jurisdicción ordinaria, con la relativa renuncia a ulteriores reclamaciones diplomáticas.

Indudablemente se trata de un trauma histórico vinculado con la difusión de la "cláusula Calvo"⁵ que, sobre la base del principio de igualdad de los Estados, negaba que los extranjeros tuvieran derechos o privilegios especiales, determinando que las controversias en las que participaran debían ser sometidas a los tribunales estatales y resueltas conforme a las leyes nacionales, sin que los Estados de su nacionalidad pudieran intervenir en las mismas. Debe tenerse en cuenta sin embargo que, pese a esta acepción general, Calvo no adoptó una posición adversa a la sujeción al arbitraje internacional de las controversias originadas en reclamaciones por parte de extranjeros, concentrándose su doctrina en el rechazo

² J.C. Fernández Rozas, "Un nuevo mundo jurídico: la *lex mercatoria* en América Latina", *Estudios sobre lex mercatoria* (J.A. Silva, ed.), México, 2006, pp. 61-121.

³ A.M. Garro, "Enforcement of Arbitration Agreements and Jurisdiction of Arbitral Tribunals in Latin America", *J. Int'l Arb.*, vol. 1, n° 4, 1984, p. 293-321; H.A. Grigera Naón, "Arbitration in Latin America: Overcoming Traditional Hostility", *Arb. Int'l*, vol. 5, n° 2, 1989, pp. 146-148; R. Layton, "Changing Attitudes Toward Dispute Resolution in Latin America", *J. Int'l Arb.*, vol. 10, 1993, pp. 123 ss; D.E. González, G.F. Hritz, M. Rios y R. C. Lorenzo, "International Arbitration: Practical Considerations with a Latin American Focus", *The Journal of Structured and Project Finance*, Spring, 2003, pp. 33-43; R. Santos Belandro, "Brisas favorables de orientación estatal impulsan, a vela desplegada, el arbitraje comercial internacional en la región", *Estudios de arbitraje. Libro homenaje al profesor Patricio Aylwin Azócar*, Santiago, 2006, pp. 553-565.

⁴ E. Lagos Valenzuela, "El arbitraje internacional de América", *Anales de la Facultad de Derecho* (Universidad de Chile), vol. IV, enero-diciembre, 1938, n°s 13 a 16.

⁵ F. Tamburini, "Historia y destino de la 'doctrina Calvo': ¿actualidad u obsolescencia del pensamiento de Carlos Calvo?", *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* (Escuela de Derecho, Universidad Católica de Valparaíso), vol. 24, 2002, pp. 81-101.

de la fuerza armada como mecanismo de atender reclamaciones privadas, lo que no excluía la posibilidad de resolverlos mediante el arbitraje⁶. Una huella de este pensamiento se registró en el primitivo rechazo de los Estados de América Latina hacia la Convención de Washington de 1965⁷ por medio de una posición común conocida como el “no de Tokio” que expresara el delegado chileno Felix Ruiz en la Reunión Anual del Banco Mundial en 1964. No obstante, tal posición fue ampliamente superado en la década de los noventa⁸, pero que hoy reaparece como bandera de muchos movimientos anti-globalización.

4. Hasta principios de los años noventa del pasado siglo, los Estados de América Latina habían sido renuentes a adoptar los diferentes mecanismos alternativos de solución de conflictos, y principalmente al arbitraje debido a la percepción de que estos eran utilizados como mecanismos de dominación por parte de los intereses foráneos; y a ello debe añadirse las malas experiencias en los arbitrajes de Derecho internacional público⁹ y la omnipresencia del Estado. La consecuencia fue un fuerte proteccionismo comercial que hasta bien entrada la década de los ochenta imperó en la región. Por eso, aunque el uso del arbitraje internacional en el hemisferio se ha incrementado decisivamente, todavía no puede hablarse de una completa familiaridad y adecuado conocimiento de este mecanismo de solución de conflictos a partir de una visión regional. Es cierto que existen países donde ha habido un notable avance pero la regla para la región es que hay aún mucho camino por recorrer¹⁰. No en vano los Estados se negaban a aceptar en el ámbito internacional una justicia diferente de la de sus propios jueces y por su fuerza era capaz de imponerla en la mayoría de los casos.

Frente a este enfoque, fiel reflejo de una época periclitada, ya en los años conclusivos del siglo la institución arbitral era conocida, reglamentada en la totalidad de los países latinoamericanos aunque a partir de reglamentaciones anticuadas, que descansaban, principalmente, en los Códigos civiles, de comercio y de procedimiento civil¹¹. Andando el tiempo, al lado de importantes reformas legislativas que han conseguido un significativo florecimiento de unificación en el subcontinente¹² y de correctos desarrollos jurisprudenciales¹³, se registró también una

⁶ Cf. H. Grigera Naón, “Arbitration and Latin America: Progress and Setbacks”, *Arb. Int'l*, vol. 21, nº 2, 2005, pp. 134-135. Vid. en la práctica de los EE UU el asunto *North Am. Dredging Co. of Texas / United Mexican States, United States-Mexican, Claims Commission*, 1926, 4 *UNRIAA*, 26 (1926) en H.J. Steiner y D.F. Vagts, *Transnational Legal Problems: Material and Texts*, 3ª ed., Mineola, N.Y., 1986, pp. 553 y 557-561.

⁷ Vid. M.M. Moore, “International Arbitration between States and Foreign Investors: The World Bank Convention”, *Stanford Law Review*, vol. 18, 1965-1966, p. 1376, pp. 1359-1380; P.C. Szasz, “The Investment Disputes Convention and Latin America”, *Va. J. Int'l L.*, vol. 11, 1971, pp. 256-265; A.F. Abbott, “Latin American and International Arbitration Conventions: The Quandary of Non-Ratification”, *Harv. Int'l L.J.*, vol. 17, 1976, p. 131; N. Gamboa Morales, *La inmunidad soberana de jurisdicción en el arbitraje comercial internacional. Evolución y actualidad*, Bogota, 2007, p. 97.

⁸ D. Manning Cabrol, “The Imminent Death of the Calvo Clause and Rebirth of the Calvo Principle: Equality of Foreign and National Investors”, *Law and Policy in International Business*, vol. 26, 1995, pp. 1169-1200.

⁹ Vid. A. Gómez Robledo, *México y el arbitraje internacional: el fondo piadoso de las Californias, la Isla de la Pasión, El Chamizal*, México, 1965; Ph.C. Jessup, “El Chamizal”, *Am. J. Int'l L.*, vol. 67, 1973, pp. 423-445.

¹⁰ B.M. Cremades y W.L. Cairns, “El arbitraje en la encrucijada entre la globalización y sus detractores”, *RCEA*, vol. XVI, 2002, pp. 15-61; *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado*, nº 11, 2002, pp. 47-95.

¹¹ Vid. J.C. Fernández Rozas, *Tratado de arbitraje comercial en América Latina*, Madrid, 2008, pp. 44 ss.

¹² F. Cantuarias Salaverry, “Breve descripción de la situación del arbitraje internacional en América Latina”, *Laudo* (Perú), nº 3, mayo 2004.

¹³ J.B. Lee, *Arbitragem comercial internacional nos países do Mercosul*, Curitiba, 2002.

mayor especialización de los árbitros inscrita dentro de una cultura arbitral que se extiende a los abogados¹⁴ y a los jueces¹⁵. Uno de los Estados donde ha evolucionado en mayor medida el arbitraje en su dimensión internacional ha sido México sin duda por el influjo poderoso de los EE UU y, en su dimensión interna, el caso de Chile también es significativo a partir de la labor efectuada por la Cámara de Comercio de Santiago, que es una de las más activas del Continente en el ámbito del arbitraje. Por su parte, Argentina, Colombia, Perú y Venezuela también han registrado un sustancial impulso. Y otra institución de arbitraje relevante es el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá. En efecto, siguiendo el ejemplo de esta última institución junto con las de México y Lima, dichas entidades tuvieron el mérito de ser las primeras que modernizaron sus servicios de solución de controversias. Iniciativas como las descritas fueron acogidas por la Asociación Iberoamericana de Cámaras de Comercio (AICO), que además de servir de plataforma de información acerca de las cuestiones relacionadas con la reactivación de los Centros de Arbitraje y Conciliación, comprometió a los directivos de las Cámaras de Comercio del área a la eficiente prestación de estos servicios como aportación esencial del sector privado al desarrollo económico y la inserción de la economía de sus respectivos países en la globalización¹⁶.

2. El arbitraje como método adecuado para resolver los litigios comerciales¹⁷

5. Apoyado por la expansión del comercio y las inversiones transnacionales, así como por el cambio en los esquemas de crecimiento económico, el arbitraje se ha convertido en el método normal para resolver definitivamente litigios comerciales internacionales. Inevitablemente, esto ha tenido tres efectos de singular importancia. En primer lugar, el incremento del volumen y de los asuntos abordados, esencialmente, en las instituciones administradoras del arbitraje. En segundo lugar, la considerable ampliación del círculo de los Estados donde el arbitraje puede llevarse a cabo; dicha ampliación, sobre todo en lo que concierne al arbitraje internacional, ha permitido salir al arbitraje de un círculo bastante cerrado, predominantemente europeo¹⁸, para desarrollarse en un escenario verdaderamente global. Por último, la aproximación de concepciones divergentes gestadas en Europa y en los EE UU¹⁹, con la consiguiente eclosión de un consenso internacional sentado en un modelo flexible de la intervención judicial en el arbitraje²⁰, bajo este paradigma, los tribunales intervienen mínimamente y su papel queda limitado a garantizar la imparcialidad del procedimiento arbitral²¹.

¹⁴ J.A. Cremades Sanz-Pastor, "La perception de l'arbitrage international par les avocats", *Bull. CI Arb. CCI*, vol. 2, n° 2, 1991.

¹⁵ En torno al contenido de esta expresión, *Vid.* Th. E. Carbonneau, "Arbitral Law-Making", *Mich. J. Int'l L.*, vol. 25, 2003-2004, pp. 1183-1208.

¹⁶ C. Frutos-Peterson, *L'émergence de l'arbitrage commercial international en Amérique Latine. L'efficacité de son droit*, París, 2003.

¹⁷ *Vid.* el desarrollo de este apartado en mi libro *Tratado de arbitraje comercial...*, *op. cit.*, pp. 79 ss.

¹⁸ T. Carbonneau, "The Ballad of Transborder Arbitration", *University of Miami L. Rev.*, vol. 56, 2002, pp. 778.

¹⁹ R. Alford, "The American Influence on International Arbitration", *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, vol. 19, 2003, pp. 69 ss.

²⁰ *Vid.* E. Silva Romero, "The Application of Philosophy of Law's Method In International Commercial Arbitration", *Vindobona Journal of International Commercial Law and Arbitration*, vol. 5, n° 1, 2001, pp. 87-98.

²¹ *Vid.* W.W. Park, *Americanization of International Arbitration and Vice Versa Arbitration of International Business Disputes: Studies in Law and Practice*, Oxford, 2006.

Los operadores económicos han tenido un especial interés en que los intercambios comerciales transfronterizos se desarrollen sin obstáculos ni incertidumbres por medio de la unificación de los cauces procesales que aseguren el buen funcionamiento de los mecanismos arbitrales y dicha unificación emprendida primero entre los países de economía de mercado y los países de economía planificada²² y, más tarde, dentro del diálogo entre el *civil law* y el *common law*, está comenzado a producir destacados resultados, de los que no son ajenos los Estados de América Latina. Parece claro que la globalización del arbitraje, tras el desmantelamiento del muro de Berlín y la consolidación del denominado “modelo único”, ha propiciado un alto grado de armonización que se proyecta tanto en la regulación de la institución por parte de los Estados como en la práctica de los procedimientos arbitrales que se desarrollan dentro de las distintas familias jurídicas en presencia. La expansión del arbitraje ha sido tan notable en la solución de los conflictos transfronterizos comerciales que hoy registra, al igual que los procedimientos judiciales nacionales, una auténtica “crisis de crecimiento” que conduce inexorablemente a buscar soluciones concretas a medida que surgen nuevos problemas. Se apunta así al mantenimiento de una distancia prudente entre el procedimiento arbitral y el procedimiento judicial ordinario y para ello es menester corregir las tendencias a la lentitud que el primero tiende a experimentar en la vida diaria mediante el establecimiento de vías rápidas para su desarrollo. Con ello se intenta alcanzar soluciones en el plazo más breve posible reduciendo en la medida de lo permisible determinados trámites no imprescindibles, sobre todo en litigios de poca cuantía y, con frecuencia, los costes inherentes al procedimiento arbitral. Y en este empeño no se descartan las conexiones entre arbitraje y otras vías alternativas de solución de conflictos²³.

Para garantizar a las contrapartes extranjeras un marco normativo más neutro y eficaz, las legislaciones latinoamericanas, asiáticas y ex soviéticas optaron por introducir el arquetipo del arbitraje comercial internacional que se había gestado en otros círculos jurídicos, aunque ese grado de armonización también obedece a otros fenómenos, como la labor desarrollada por el tribunal arbitral Irán-EE UU desde los inicios de los años ochenta²⁴, y, sobre todo, el incremento del arbitraje en materia de inversiones desarrollado, fundamentalmente, en el marco del Ciadi. Tal armonización aún no es completa y no han podido eliminarse las soluciones particulares que se registran en determinados sistemas, sobre todo los que aún muestran reticencias a las transacciones mercantiles con el extranjero²⁵.

6. Si los tribunales locales aún revelan ciertos problemas, otro tanto ocurre con los abogados locales involucrados en procesos arbitrales. Todavía es posible ver diversas actitudes de parte de éstos que pugnan con los fines del arbitraje atacando la validez del acuerdo de arbitraje²⁶; y también se observa cómo se cuestiona la

²² J.A. Pastor Ridruejo, “El arbitraje y el Derecho internacional privado de la coexistencia”, *REDI*, 1965, pp. 20-33. *Vid.* las posibilidades del arbitraje para la solución de controversias de las empresas mixtas en R. Dávalos Fernández, “Las empresas mixtas en el contexto de un mundo globalizado”, *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz*, 2003, pp. 176-181.

²³ F. Orrego Vicuña, “El arbitraje en un nuevo sistema internacional de solución alternativa de controversias”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. IV, 2004, pp. 442-449.

²⁴ D. Caron, “The Nature of the Iran-United States Claims Tribunal and the Evolving Structure of International Dispute Resolution”, *Am. J. Int'l L.*, vol. 84, 1990, pp. 104-156.

²⁵ A.A. Shalakany, “Arbitration and Third World: A Plea for Reassessing Bias Under the Specter of Neoliberalism”, *Harv. Int'l L.J.*, vol. 41, 2000, pp. 419-468.

²⁶ J.C. Fernández Rozas, “El convenio arbitral: entre la estabilidad y el desatino”, *Libro homenaje al profesor Patricio Aylwin Azócar*, *op. cit.*, 2006, pp. 697-725.

competencia de los árbitros para resolver la controversia, eludiendo la redacción del compromiso arbitral en aquellas legislaciones que aún mantienen el régimen dual²⁷, no queriendo intervenir en el procedimiento de selección de árbitros, recusándolos, no cumpliendo voluntariamente lo decidido en el fallo arbitral, obligando a la parte vencedora a recurrir a la ejecución forzosa ante los jueces estatales y también, la utilización de un sinnúmero de obstáculos de índole procesal interpuestos con la finalidad de frustrar la instancia arbitral y de ganar tiempo para que, cuando realmente se plantee el caso en la sede de las jurisdicciones estatales, el pleito pueda demorarse muchos años más. Si dentro de las controversias mercantiles internas el arbitraje ha dado muestras sobradas de sus cualidades frente a otros procedimientos, sus ventajas se incrementan sensiblemente cuando el conflicto involucra a partes situadas en Estados diferentes, como una reacción natural contra las jurisdicciones estatales: neutralidad, elección de idioma, de procedimiento, de Derecho aplicable al fondo...²⁸.

Puede apreciarse, a medida que se han ido incrementando las relaciones comerciales e inversoras entre los operadores económicos de América Latina y de los países desarrollados, un reconocimiento gradual del importante papel del arbitraje internacional en cuanto mecanismo flexible, rápido y confiable para la resolución de controversias comerciales superándose no sólo la pugnacidad característica de épocas pasadas²⁹, con una favorable y, en muchas ocasiones eufórica, acogida de la institución que no registra la misma valoración mediante una dimensión "eurocentrista". Esta última es portadora de un panorama muy negativo y parcial y, se quiera o no, desalentador para el desarrollo de la institución arbitral en el continente que se ha extendido a dignos próceres latinoamericanos que realizan, encaramados en la atalaya de instituciones arbitrales con evidente arraigo, críticas dignas de un buen neófito convertido a la cultura arbitral: No en vano, el arbitraje constituye un instrumento coadyuvante en la consolidación del desarrollo económico y político observándose su *aggionamento* a las nuevas circunstancias y el tránsito de una técnica artesanal y elitista a la creación de una verdadera industria arbitral³⁰. Por eso el arbitraje comercial internacional se va extendiendo como una mancha de aceite en América Latina frente a la tradicional reticencia a su utilización por los empresarios y sus asesores jurídicos, hoy son frecuentes sus participaciones en procedimientos arbitrales. Muchas veces estos operadores aparecen no sólo como demandados sino que toman la iniciativa y juegan un papel substancial en su condición de demandantes.

²⁷ R. Santos Belandro, "¿Hasta qué punto puede diluirse la formalidad del acuerdo de arbitraje internacional en América Latina?", *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado*, nº 15, 2004, pp. 81-91.

²⁸ R.J. Caivano, "El arbitraje y los procesos de integración. Su futuro en el Mercosur", *Jurisprudencia Argentina*, t. 1996-II, Buenos Aires, 1996, p. 791.

²⁹ A.I. Piaggi, "Evoluciones recientes del arbitraje comercial internacional en Latinoamérica", *Revista de Derecho del Mercosur*, nº 6, diciembre de 2000, p. 148.

³⁰ B.Mª Cremades, "Ventajas del arbitraje en el comercio internacional", *Panorama del arbitraje comercial (selección de lecturas)*, México, 1983, pp. 81-89.

3. El arbitraje como método adecuado para resolver los litigios en materia de inversiones

7. Existe una modalidad arbitral que ha adquirido un desarrollo sin precedentes en América Latina: el arbitraje en materia de inversiones. Una modalidad que no puede desconocer su influencia del arbitraje comercial internacional, aunque en la actualidad, a raíz de la multiplicación de las controversias arbitrales originadas por convenciones internacionales, éste está adquiriendo rasgos específicos propios. Tal es así que cada vez es mayor el alejamiento entre ambas figuras como evidencia que la Uncitral esté trabajando en la elaboración de un Reglamento modelo para el arbitraje de inversiones al comprobarse la inadecuación del Reglamento de 1976.

La puesta en marcha de esta modalidad arbitral tiene un contenido eminentemente unilateral; de ahí que un sector doctrinal le denomine “arbitraje transnacional unilateral”, con una referencia casi exclusiva a los arbitrajes sobre inversiones. Es preciso, no obstante, realizar algunas consideraciones en función de la íntima relación que ambas modalidades de arreglo de controversias en cuestiones tales como el nombramiento y recusación de árbitros o el procedimiento arbitral; asimismo porque no es infrecuente que los contenciosos en materia de inversiones se sometan a arbitraje administrado por instituciones cuyo objeto principal es el arbitraje comercial. Y por lo pronto debe tenerse muy presente que esta modalidad de arbitraje ha contribuido decisivamente al desarrollo del arbitraje comercial internacional³¹.

Ambos mecanismos arbitrales registran importantes diferencias. Frente el arbitraje comercial, que tiene un fundamento consensual inserto en el compromiso arbitral, el arbitraje de inversiones reposa, en términos generales, en un tratado internacional suscrito entre el Estado receptor de la inversión y el Estado de la nacionalidad del inversionista por eso en este particular supuesto podemos hablar en términos generales de “arbitraje sin vínculo contractual”; esta modalidad se escapa del estricto marco contractual, donde se ha situado durante mucho tiempo, para convertirse en una especie de instrumento de control del respeto por parte de los Estados de la legalidad en el ámbito económico; por esto la cuestión de la verificación del cumplimiento de las obligaciones contractuales se desplaza a la verificación, desde la perspectiva de un particular, del cumplimiento por parte del Estado de sus obligaciones internacionales³². Además, algunos Estados refuerzan esta idea en sus legislaciones con el objeto de garantizar la seguridad del inversionista extranjero. De conformidad con el art. art. 15 de la Ley de inversiones extranjeras de El Salvador, de 14 de octubre de 1999:

“En caso que surgieren controversias o diferencias entre inversionistas nacionales o extranjeros y el estado, referentes a inversiones de aquellos, efectuadas en El Salvador, las partes podrá acudir a los Tribunales de Justicia competentes, de acuerdo a los procedimientos legales. En el caso de

³¹ B. Legum, “Investment Treaty Arbitration's Contribution to International Commercial Arbitration”, *Disp. Res. J.*, vol. 60, nº 3, 2005; B.M. Cremades, “Arbitraje internacional: del arbitraje comercial internacional al arbitraje de protección de inversiones”, *Estudios de arbitraje. Libro homenaje al profesor Patricio Aylwin Azócar*, op. cit., pp. 545-552.

³² G. Burdeau, “Nouvelles perspectives pour l'arbitrage dans le contentieux économique intéressant les États”, *Rev. arb.*, 1995, pp. 3-37; Y. Shany, “Contract Claims vs. Treaty Claims: Mapping Conflicts Between ICSID Decisions on Multisourced Investment Claims”, *Am. J. Int'l L.*, 2005, pp. 835-851.

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 del Ciadi);

b) 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 los procedimientos contenidos en el Mecanismo Complementario del Ciadi; en los casos que el Inversionista extranjero parte en la controversia sea nacional de un estado que no es parte contratante

del convenio del Ciadi”.

8. La unilateralidad apuntada entraña significativos elementos diferenciales:

i) En la mayor parte de los contenciosos sobre inversiones una de las cuestiones protagonistas en la labor de los árbitros es la verificación de si los demandantes pueden acogerse a esta modalidad arbitral lo que obliga, inexorablemente, a un pronunciamiento previo en torno a la noción de inversión³³ y a la nacionalidad del inversor, cuestiones que son ajenas al arbitraje comercial convencional.

ii) La confidencialidad, consustancial en el arbitraje comercial, cede en los arbitrajes en materia de inversiones a exigencias de publicidad y transparencia, admitiendo la participación de los denominados *amici curiae* en las deliberaciones ante los árbitros³⁴, dentro de una dimensión que pretende vincular esta materia a la protección internacional de los derechos humanos³⁵. El carácter privado y confidencial del arbitraje –que, por otra parte, puede ser adecuado para la solución de diferencias de base contractual– se acomoda mal con los rasgos actuales que presentan las controversias en materia de inversiones extranjeras, en general, y las diferencias sobre expropiación, en particular. Como se puso de relieve en el asunto *Metalclad Corp. / Estados Unidos Mexicanos*. En esa caso el gobierno de México solicitó al tribunal arbitral la emisión de una orden que restringiera a las partes contendientes divulgar información relativa al procedimiento arbitral; sin embargo, el Tribunal concluyó que ni el Reglamento de Arbitraje del Mecanismo Complementario del Ciadi ni el propio Reglamento de Arbitraje de la Cnudci contenían disposiciones expresas que permitan restringir la libertad de las partes contendientes a revelar información relativa al arbitraje; bien es verdad que, el tribunal únicamente ordenó

³³ F. Yala, “The Notion of ‘Investment’ in ICSID Case Law: A drifting Jurisdictional Requirement?”, *J. Int’l Arb.*, vol. 22, nº 2, 2005, pp. 105-125.

³⁴ F. Orrego Vicuña, “El arbitraje en un nuevo sistema internacional...”, *loc. cit.*, p. 452; A. Mourre, “¿Los *amici curiae* son la respuesta apropiada al interés público en la transparencia del arbitraje de inversión?”, *Revista Brasileira de Arbitragem*, nº 12, 2007, pp. 60-72; B. Stern, “Un petit pas de plus: l’installation de la société civile dans l’arbitrage CIRDI entre Etat et investisseur”, *Rev. arb.*, 2007, pp. 3-43; C. Knahr, “Transparency, Third Party Participation and Access to Documents in International Investment Arbitration”, *Arb. Int’l*, vol. 23, nº 2, 2007, pp. 327-355.

³⁵ S. Manciaux, “L’implication d’investisseurs étrangers dans certaines violations des droits de l’homme”, *Au coeur des combats juridiques* (E. Dockès, ed.), Paris, 2007, pp. 355-370.

que las partes se limitaran al mínimo a divulgar información relativa al procedimiento³⁶.

iii) Ambas modalidades arbitrales se diferencian en que los laudos en el arbitraje unilateral están contruidos a partir del Derecho internacional público, sin perjuicio de que éste pueda hacer remisión al Derecho interno de un determinado Estado, en tanto que en el arbitraje comercial los laudos derivan directamente de los previsiones efectuadas por las partes respecto al Derecho que debe ser aplicado³⁷.

iv) En el arbitraje comercial internacional los tribunales de la sede del arbitraje desempeñan un papel fundamental por lo que la selección del lugar de arbitraje adquiere una especial relevancia porque de ello dependerá, entre otras cuestiones, la determinación de la ley del procedimiento arbitral o *lex arbitri*³⁸, pero la relevancia del lugar de arbitraje decrece en el arbitraje del Ciadi merced, en gran medida, al carácter autónomo e independiente de sus procedimientos, al presentarse como un "arbitraje-laudo arbitral deslocalizado"³⁹. Por eso, a diferencia de los laudos comerciales internacionales, los laudos que se dictan bajo la Convención de Washington pueden ser impugnado no ante una jurisdicción estatal sino ante un "panel Ciadi" de tres personas a partir de unas causales señaladas en el art. 52.1º; y si el panel estima alguna de estas causales y anula el laudo, podrá constituirse un nuevo tribunal arbitral para que conozca del caso.

v) La relación entre los tribunales internos y los tribunales arbitrales del Ciadi se aleja de forma notable de lo expuesto hasta el momento, ya que el Convenio de Washington ha implantado un procedimiento autosuficiente que reduce al mínimo la intervención o asistencia de los tribunales nacionales. Así, del Convenio de Washington se ha dicho que su "verdadera originalidad" reside en la desvinculación casi completa de su procedimiento arbitral, en todas sus fases, con los ordenamientos jurídicos internos, al contrario de lo que sucede en los demás sistemas arbitrales donde la intervención de los ordenamientos y tribunales internos resulta intensa⁴⁰.

vi) Un laudo dictado en el seno del Ciadi que condene a un Estado o a una entidad pública es fácilmente ejecutable (arts. 53 y 54) lo que no es predicable de los laudos en el arbitraje comercial respecto de los cuales es factible anular el laudo una vez que haya sido establecida su autenticidad.

9. El arbitraje de inversión se pretende ser un foro neutral que evite las reticencias tanto de los inversores extranjeros como de los propios Estados receptores. En este sentido, el Tribunal arbitral del caso *Gas Natural c. Argentina* (jurisdicción), pár. 29, señaló que

³⁶ J. Misra y R. Jordans, "Confidentiality in International Arbitration. An Introspection of Public Interest Exception", *J. Int'l Arb.*, vol. 23, nº 1, 2006, pp. 39-48; F. Fracassi, "Confidentiality and NAFTA Chapter 11 Arbitration", *Chi. J. Int'l L.*, vol. 2, nº 1, 2001, p. 214.

³⁷ Vid. A. Prujiner, "L'arbitrage unilateral: un coucou dans le nid de l'arbitrage conventionnel?", *Rev. arb.*, 2005, pp. 63-99.

³⁸ J.C. Fernández Rozas, "Determinación del lugar de arbitraje y consecuencias del control del laudo por el tribunal de la sede arbitral", *Lima Arbitration*, nº 2, 2007, pp. 25-62; *íd.*, "El arbitraje comercial internacional entre la autonomía, la anacionalidad y la deslocalización", *REDI*, vol. LVII, nº 2, 2005, pp. 614 ss.

³⁹ *Ibid.*, 25-62.

⁴⁰ S. Manciaux, *Investissements étrangers et arbitrage...*, *op. cit.*, pp. 11-13; en el mismo sentido, M. Hirsch, *The Arbitration Mechanism...*, *op. cit.*, p. 19.

“... la creación del Ciadi y la adopción de tratados bilaterales de inversiones ofreció a los inversores garantías de que las controversias que pudieran derivarse de sus inversiones no estarían expuestas a lo que se consideraba como peligro de demoras y presiones políticas a que pudiera dar lugar su resolución en tribunales nacionales. En forma convergente, la posibilidad de recurrir a un arbitraje internacional se estableció para preservar al Estado receptor de la inversión de presiones políticas ejercidas por el Gobierno del Estado de la nacionalidad del inversor”.

A esa neutralidad se unen otras ventajas inherentes al arbitraje comercial como la rapidez y la especialización de los árbitros de los procedimientos en comparación con los que se desarrollan en los tribunales internos; sin embargo, la práctica arbitral ha demostrado que tales ventajas no son, en todos los casos, tan evidentes y, por tanto, la afirmación de las mismas debe realizarse con mucha prudencia, en especial cuando se habla de rapidez, economía y confidencialidad. Uno de los aspectos destacables del arbitraje transnacional en el ámbito de las inversiones extranjeras es que sirve de forma efectiva al objetivo de despolitizar las controversias. Se habla, incluso, del efecto de “despresurización política” que provoca el mecanismo arbitral inversor-Estado de derecho, al servir al objetivo de equilibrar relaciones interestatales desiguales en el plano político y económico internacional, y que suelen traducirse en presiones diplomáticas.

Evidentemente, el arbitraje de inversión puede ser un medio útil para la solución de las controversias siempre y cuando no sirva para plantear reclamaciones abusivas que inhiban a los Estados a adoptar medidas regulatorias legítimas; constituye, además, un foro neutral y representa una predilección hacia la privatización de la materia de las nacionalizaciones y las expropiaciones, tornándolo en un dominio donde la autonomía de la voluntad gana terreno. La flexibilidad que proporciona posibilita que los árbitros apliquen, en su tarea de resolver los conflictos, el Derecho interno del Estado expropiante así como las reglas del Derecho internacional, pues la aplicación conjunta de ambos ordenamientos sugiere que los tribunales arbitrales cumplen al mismo tiempo una doble función: la de los tribunales internos y la de los tribunales internacionales⁴¹. No es exagerado pensar que, realmente, los árbitros pretenden resolver en un sólo procedimiento las controversias internas e internacionales a los que daba lugar un acto de expropiación internacional. Esta circunstancia resulta más evidente, concretamente, en el arbitraje del Ciadi⁴².

La realidad de los hechos, más allá del debate sobre la protección sustantiva prevista en los tratados internacionales y la incertidumbre propia de los conceptos indeterminados, ha puesto al mecanismo del arbitraje en el centro de las críticas vertidas sobre el sistema vigente. Si, como se apuntó, el arbitraje de inversión encuentra su origen en la institución del arbitraje comercial internacional ha ido con el tiempo modelando sus propios rasgos, especializándose, ha adquirido características propias y se ha alejado del modelo del arbitraje comercial internacional del que proviene. Esta circunstancia está íntimamente ligada al carácter de las controversias sometidas a arbitraje en materia de inversiones

⁴¹ I. Iurretagoiera Aguirrezabalaga, *El arbitraje en los litigios de expropiación de inversiones extranjeras* (Tesis Doctoral), San Sebastián, 2008, en prensa, Cap. III, I.

⁴² E. Lauterpacht, “The World Bank Convention on the Settlement of International Disputes”, *Recueil d'études de droit international en Homage à Paul Guggenheim*, Ginebra, 1968, p. 654.

extranjeras. En la actualidad, en gran medida debido a la cobertura que proporcionan los tratados internacionales de inversión, los tribunales arbitrales conocen de controversias donde los intereses públicos o intereses generales ocupan un lugar primordial.

II. RASGOS GENERALES DEL ARBITRAJE EN MATERIA DE INVERSIONES EN AMÉRICA LATINA

1. Acuerdos para la promoción y protección recíproca de inversiones

10. El Derecho internacional en materia de inversión evolucionó con el tiempo en respuesta a los dinámicos patrones comerciales y las mutantes realidades políticas, de modo que a finales de la década de los setenta los EE UU comenzaron a promover la firma de estos acuerdos⁴³. La pauta a seguir desde ese momento serán los Tratados Bilaterales en materia de inversiones que originalmente se concibieron como instrumentos para proteger la propiedad privada de los inversionistas extranjeros en una coyuntura en la que el nacionalismo económico estaba en boga, y en la que expropiaciones discriminatorias y las nacionalizaciones de destacados sectores productivos eran comunes en los países en desarrollo; no en vano muchos de los Estados recién independizados de sus colonias temían que un control extranjero sobre la explotación de sus recursos naturales y sobre la operación de industrias claves, les privara de beneficios económicos y de obtener la independencia económica y política. Dentro de esta coyuntura histórica, una de las preocupaciones más frecuentes del inversionista extranjero en muchos países en desarrollo era el determinar cómo protegerse de este tipo de medidas, con frecuencia adoptadas arbitrariamente. De ahí la importancia de fijar, por medio de un tratado, estándares mínimos en materia de expropiaciones, así como establecer la posibilidad de que en casos de disputas entra un inversionista de una Parte y el gobierno de otra Parte, se pudiese acudir a arbitraje internacional.

Para muchos países latinoamericanos, durante la década de los sesenta, estos eran temas altamente sensibles y debieron pasar muchos años antes de que en la región se comenzaran a negociar y suscribir tratados bilaterales de inversión con otros Estado. Pero aún así los patrones de producción mundial en las últimas décadas han sufrido profundas transformaciones, llevando a un mundo crecientemente interdependiente tanto en el plano económico, como político y social. A mediados de la década de los ochenta y principios de la siguiente se iniciaron amplias reformas económicas y un proceso de liberalización del comercio exterior en América Latina y el Caribe⁴⁴. Esto condujo también a una considerable liberalización del régimen de las inversiones en la mayoría de los países, la cual tenía como finalidad promover la inversión extranjera mediante el otorgamiento del trato nacional y la eliminación de la mayor parte de las restricciones a las remesas de capital y a las ganancias, así como la implementación del arbitraje internacional como medio de resolver las diferencias que pudieran surgir entre el Estado receptor y el inversionista

⁴³ K.J. Vandeveld, *United States Investments Treaties: Policy and Practice*, Boston, 2002, p. 22. Acerca de la moderna estructura de estos acuerdos Vid. M. Cantor, "The New Draft Model U.S. BIT. Noteworthy Developments", *J. Int'l Arb.*, vol. 21, n° 4, 2004, pp. 383-395.

⁴⁴ B. Cremades, "Disputes Arising Out of Foreign Direct Investment in Latin America: A New Look at the Calvo Doctrine and Other Jurisdictional Issues", *Disp. Res. J.*, vol. 59, n° 2, 2004.

extranjero⁴⁵. La negociación de los APPRIS aumentó considerablemente, tanto que ya se han superado los 2.500 acuerdos bilaterales de inversión en vigor firmados por toda clase de Estados, tanto desarrollados como en desarrollo y tanto de ideología liberal como de distinta orientación ideológica. Hoy en día prácticamente no hay ningún Estado que no trate de atraer inversión extranjera, y en especial, inversión extranjera directa, para la cual un instrumento como los APPRIS se articula como esencial para crear un clima de seguridad en el inversor foráneo.

11. Aunque el objetivo primordial sobre los que se asientan los APPRIS es servir de incentivo a nuevas inversiones la gran mayoría de ellos no sólo amparan las inversiones futuras sino que alcanzan a las ya realizadas antes de su entrada en vigor. Para ello establecen un marco legal que facilite una empresa y asegure una pronta compensación en caso de expropiación para el país receptor de capital extranjero y por ende es una importante condición previa para los inversores de los países desarrollados a la hora de invertir. Y dentro de este marco figuran los procedimientos de solución de controversias, aspecto que posee una relevancia especial ya que en el sistema incluido en gran parte de los tratados de inversiones si bien en una primera instancia se prevé que se pueda recurrir a tribunales competentes del país en el cual está asentada la inversión externa, en la práctica se establece la posibilidad de designar a un órgano arbitral si el tribunal local no se decidió sobre el fondo de la controversia durante un determinado período o si existe esa decisión del tribunal pero la controversia subsiste entre las partes. De manera gráfica puede afirmarse que estos tratados conducen a un arbitraje sin convenio arbitral previo quedando el Estado sujeto a un sistema arbitral sin firmar cláusula arbitral con el inversionista que lo solicita, simplemente porque un tratado le permite esa posibilidad⁴⁶.

Esto implica en la práctica que para la defensa de los intereses de los inversores externos en relación con actos de gobierno vinculados con las inversiones, éstos tienen libertad para acudir a instancias arbitrales demandar directamente a un Estado por eventuales perjuicios. Y ello es una novedad introducida por los tratados de inversiones, ya que anteriormente los inversores externos no tenían legitimidad para reclamar, y sólo lo podían hacer por medio de vías diplomáticas y por las acciones que podían implementar sus Estados de origen. Dando esto por sentado, la posibilidad de sometimiento a arbitraje si se deriva una controversia de la inversión abre una nueva realidad en las relaciones transfronterizas que empieza a ocupar una buena parte de la labor de las referidas instituciones arbitrales y que ofrece posibilidades ilimitadas junto al desarrollo del modelo tradicional del arbitraje comercial internacional.

Dejando a un lado los mecanismos previstos por los APPRIS para la resolución de controversias entre los Estados parte surgidas en torno a la interpretación o alcance de los mismos, por pertenecer al ámbito del Derecho internacional público su estudio, conviene, sin embargo, precisar que las controversias sobre inversiones entre un Estado contratante y el inversor nacional del otro Estado contratante de la totalidad de los modernos APPRIS insertan el arbitraje internacional como el

⁴⁵ F. Cantuarias Salaverry, "Necesidad de que el Perú suscriba la convención de Washington (Ciadi)", *Ius et Veritas*, I, nº 2, 1991, pp. 14-18.

⁴⁶ J.W. Salacuse y N.P. Sullivan, "Do Bit's Really Work?: An Evaluation of Bilateral Investment Treaties and Their Grand Bargain?", *Harv. Int'l L.J.*, vol. 46, 2005, pp. 67-130; T.B. de Maekelt, "Tratados bilaterales de protección de inversiones. Análisis de las cláusulas arbitrales y su aplicación", *Arbitraje comercial interno e internacional. Reflexiones teóricas...*, *op. cit.*, pp. 325-351.

mecanismo básico de solución de estas controversias, refiriéndose de manera primordial al arbitraje institucional (del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones, con sede en Washington, de la Corte de Arbitraje de la CCI⁴⁷, de la Cámara de Comercio de Estocolmo y de otras instituciones arbitrales internacionales) o al arbitraje *ad hoc*, desarrollado con arreglo a determinadas reglas arbitrales preexistentes (fundamentalmente de la Uncitral)⁴⁸. Pese al protagonismo que ha adquirido el arbitraje del Ciadi con la evolución del denominado arbitraje unilateral, no ha de descuidarse la importancia de los demás sistemas arbitrales mencionados. De forma destacada, el arbitraje *ad hoc* conforme a las reglas de la Uncitral y el arbitraje institucional de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI han sido tradicionalmente los foros más habituales, antes de la década de los noventa, para la resolución de diferencias entre Estados e inversores en materia de inversiones⁴⁹.

La remisión de las controversias a este tipo de mecanismos supone una cierta ventaja para el Estado en litigio al permitirle "juridizarlo" evitando la politización inherente a los procedimientos clásicos de la protección diplomática. Por ejemplo, el art. 27 del Convenio de Washington de 1965 establece con rotundidad que en caso de que el procedimiento se haya iniciado en el Ciadi, los países involucrados deberán abstenerse de ejercer cualquier protección diplomática en favor de su inversionista.

2. Perfiles característicos del arbitraje del Ciadi

12. En el contexto descrito el Banco Mundial dedicó desde que su creación una especial atención a fomentar el crecimiento económico y el desarrollo social de los países en vías de desarrollo mediante la canalización de recursos financieros y la transferencia del conocimiento especializado. Mas para lograr este objetivo era menester el establecimiento de un ambiente adecuado para la inversión privada dentro del cual debían reforzarse las facilidades en torno al arreglo pacífico de las controversias que se suscitaban entre los inversionistas y los Estados. Durante sus primeras dos décadas de existencia el Banco no ejerció función administradora arbitral alguna limitándose a la labor de facilitar la resolución de estas controversias que se concretaron en la mediación y en conciliación entre gobiernos de países receptores de inversiones extranjeras y los titulares de las mismas, pero con posterioridad se puso de relieve la necesidad de relevar al Banco de esa función y de institucionalizar un mecanismo especializado en la conciliación y arbitraje de controversias entre gobiernos e inversionistas. La idea rectora fue la de fomentar una atmósfera de confianza mutua, mediante la creación de una institución neutral

⁴⁷ V.gr. art. 7.3º APPRI EE UU-Haití. Vid. O.C. Unegbu, "BITS and ICC Arbitration? Portent of a New Wave?", *J. Int'l Arb.*, vol. 16, nº 2, 1999, pp. 93-108.

⁴⁸ En de mayo de 2006 el Ciadi había registrado un total de 240 casos, incluyendo los consignados bajo el Mecanismo complementario aunque con una tendencia decreciente en los últimos tiempos: 24 en 2005 y 10 casos hasta esa fecha de 2006. Según la Unctad, a mediados de 2005 había 39 procedimientos en curso según las reglas de la Uncitral, 4 según las de la CCI y 4 según las de la Cámara de Comercio de Estocolmo.

⁴⁹ E. Silva Romero, "Quelques brèves observations du point de vue de la Cour internationale d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale", *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement* (C. Leben, dir.), Louvain-la-Neuve, , 2006, p. 332.

para la resolución de diferencias en materia de inversiones que contribuyera a crear el clima propicio para el incremento de la inversión privada.

Surgió así la Convención sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados hecha en Washington el 18 de marzo de 1965⁵⁰ y el Centro internacional (Ciadi) creado bajo su amparo ha resultado crucial en el campo de la resolución de controversias sobre inversión extranjera, por la vía del arbitraje, que involucran a un Estado y a un inversionista de otro país⁵¹. La referida Convención entró en vigor como un complemento necesario para fomentar la inversión extranjera en países en vías de desarrollo como es el caso de los países latinoamericanos y siempre en un marco de flexibilidad y de alternancia, toda vez que la incorporación de un Estado a este texto internacional no acarrea ninguna obligación de someterse a los mecanismos arbitrales o de conciliación del Ciadi; esas obligaciones sólo surgen para los Estados una vez que éstos han expresamente aceptado, por escrito, que una controversia en particular o clase de controversias sean objeto de arbitraje o conciliación mediante esta especial modalidad de arbitraje.

13. En los últimos 40 años, el Ciadi se ha convertido en el principal foro arbitral a escala mundial para la resolución de controversias entre inversionistas y Estados, aunque el recurso al mismo no ha sido constante como evidencia que, en los tres primeros meses de 2004 el Centro registró tantas solicitudes como en los primeros quince años de su historia⁵². Ello se debe en gran medida al gran número de Estados se han incorporado al sistema (casi 150) o al mecanismo complementario que abre las puertas al Ciadi a aquellos países que no lo han suscrito. El Ciadi tiene competencia limitada que se circunscribe a controversias de orden jurídico relativas a inversiones⁵³. El concepto de "inversión", sin embargo, no está definido en el Convenio con lo que los tribunales arbitrales cuentan con una cierta flexibilidad para delimitar su competencia, aunque respetando los estándares objetivos que con el tiempo han ido aclarando los laudos y decisiones de los tribunales.

El consentimiento en el sistema del Ciadi debe darse por el inversionista de un Estado contratante y el Estado parte en la controversia por escrito, y conforme a lo establecido por el art. 25 de la Convención, pero a diferencia de lo que ocurre con el arbitraje comercial, aún cuando exista un consentimiento claro y por escrito de un inversionista y de un Estado para someter sus diferencias a arbitraje, si el Estado de donde es nacional el inversionista o el Estado parte en la diferencia no son Estados contratantes de la Convención de 1965, no podrá ponerse en marcha ante el Ciadi el procedimiento arbitral. La competencia *ratione materiae* está limitada a controversias

⁵⁰ Dentro de la copiosa bibliografía sobre la Convención cabe referirse desde una perspectiva sistemática y exegética a las siguientes contribuciones: A. Broches, "The Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States", *R. des C.*, t. 136, 1972, pp. 331 ss; G.R. Delaume, "La Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats", *Journ. dr. int.*, t. 91, 1966, pp. 26 ss; M.M. Moore, "International Arbitration Between States and Foreign Investors...", *loc. cit.*, pp. 1359-1380; G. Sacerdoti, "La convenzione di Washington del 1965 per la soluzione delle controversie tra Stati e nazionali di altri Stati in materia di investimenti", *Riv. dir. int. pr. proc.*, vol. 5, 1969, pp. 614 ss.

⁵¹ Vid. por todos, J.A. Vives Chillida, *El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (Ciadi)*, Madrid, 1998.

⁵² Vid., por todos, S. Manciaux, *Investissements étrangers et arbitrage entre états et ressortissants d'autres Etats: trente années d'activité du CIRDI*, Paris, 2004.

⁵³ F. Kundmüller y R. Rubio Guerrero, "El arbitraje del Ciadi y el Derecho internacional de las inversiones: un nuevo horizonte", *Lima Arbitration, Revista del Círculo Peruano de Arbitraje*, nº 1, 2006, pp. 69-112.

de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión, aunque estos elementos no están definidos en la Convención provocando no pocos problemas de interpretación. Más allá del apuntado carácter polémico puede adelantarse están comprendidos dentro de la jurisdicción del Centro los conflictos de derechos, pero no los simples conflictos de intereses, debiendo referirse la controversia a la existencia o al alcance de un derecho u obligación de orden legal, o a la naturaleza o al alcance de la reparación a que dé lugar la violación de una obligación de orden legal. Mayores problemas plantea la determinación del contenido del concepto de "inversión" que no fue objeto de una definición porque hubiera puesto en peligro la propia viabilidad del instrumento que examinados; sin embargo, de la jurisprudencia arbitral podemos extraer un concepto muy amplio del término. De modo que, el consentimiento a la competencia del Ciadi excluye cualquier otro procedimiento jurisdiccional, siendo los laudos arbitrales dictados por los tribunales constituidos mediante los mecanismos del Ciadi inapelables y sin posibilidad de revisión por los Tribunales locales, salvo en el caso que sea de aplicación el "Mecanismo complementario" al que haremos referencia más abajo. Es más, el mismo Convenio establece que la revisión, la rectificación, la interpretación y la anulación son los únicos recursos posibles que deben tramitarse ante el propio Ciadi conforme a sus normas y reglamento. El único reconocimiento que el sistema acuerda a los Tribunales nacionales es su necesaria intervención para la ejecución de los laudos, no obstante, el exequátur no es necesario en virtud del art. 54.1º de la Convención.

Otro dato diferencial del arbitraje comercial radica en que la Convención ha dotado al Ciadi de herramientas que permiten evitar que la renuencia de alguna de las partes a colaborar con el Tribunal pueda frustrar el proceso arbitral; en concreto, el Convenio prevé mecanismos para la constitución de los tribunales cuando alguna de las partes se rehúsa a nombrar árbitros u obstaculiza indebidamente su elección y, asimismo, prevé la posibilidad de dictar laudos aún cuando alguna de las partes esté en rebeldía o se haya ausentado del proceso. Los Estados contratantes, por su parte, han reconocido los efectos vinculantes de los laudos arbitrales del Ciadi, equiparándolos a las sentencias definitivas con autoridad de cosa juzgada emanadas de las cortes locales, si bien es cierto que los estados contratantes del Convenio no han renunciado a su inmunidad de ejecución, el incumplimiento de un laudo arbitral constituiría la violación de un tratado internacional⁵⁴.

Por último, en el modelo del Convenio de Washington toda solicitud de aclaración, revisión o anulación de un laudo será presentada por escrito al Secretario General del Centro y, en caso de registrarse una solicitud de anulación de un laudo, el Secretario General pedirá de inmediato al Presidente del Consejo Administrativo que nombre un Comité *ad hoc* de conformidad. A este efecto el art. 52.3º del Convenio establece que se procederá a la inmediata constitución de una Comisión *ad hoc* integrada por tres personas seleccionadas de la Lista de Árbitros. Ninguno de los miembros de la Comisión podrá haber pertenecido al Tribunal que dictó el laudo, ni ser de la misma nacionalidad que cualquiera de los miembros de dicho Tribunal; no podrá tener la nacionalidad del Estado que sea parte en la diferencia ni la del Estado a que pertenezca el nacional que también sea parte en ella, ni haber sido designado para integrar la Lista de Árbitros por cualquiera de aquellos Estados ni haber actuado como conciliador en la misma diferencia. Esta Comisión tendrá facultad para resolver sobre la anulación total o parcial del laudo por alguna de las causas enumeradas en el apartado 52.1º del Convenio. Por así decirlo, es el mismo Ciadi a

⁵⁴ Vid. G. Álvarez Ávila, "Las características del arbitraje del Ciadi", *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. II, 2002, <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/derint/cont/2/cmt/cmt6.htm>.

través del Comité por él designado y no un juez, el que revisa la validez del fallo; incluso si el tribunal ad-hoc anulara el laudo, a solicitud de cualquiera de las partes, la controversia podría someterse a un nuevo arbitraje ante el Ciadi, no teniendo las partes que discutir dicha controversia en la vía judicial, salvo que difícilmente acuerden algo distinto.

14. La influencia de la Convención ha sido hasta la fecha innegable en América Latina, si se considera que la reticencia inicial a su incorporación⁵⁵ ha quedado claramente atrás y hoy ya hay más de 15 países latinoamericanos que se han adherido a la misma⁵⁶. Pero su importancia resulta todavía más evidente si se analiza el enorme crecimiento del número de casos arbitrales concluidos o actualmente promovidos ante el Ciadi que involucran a lo menos una parte latinoamericana, lo cual revela la aplicación real y práctica de dicha convención a controversias que involucran a países del continente correspondiendo mayoritariamente a sectores de actividad vinculados con los recursos naturales, tanto basados en la explotación de petróleo, gas y minería como en la elaboración de alimentos; y también con el sector servicios, en la generación o provisión de electricidad y de agua potable. En particular, dicha Convención dotó al inversionista extranjero a partir del denominado “arbitraje Ciadi” de un mecanismo de resolución de diferencias más flexible y rápido que el de recurrir a la justicia ordinaria del Estado soberano y a la vez parte en los contratos de inversión extranjera, y aseguró la presencia de un foro neutral y, al mismo tiempo, confiable para el propio Estado contratista.

De conformidad con el art. 6.1º.c de la Convención se adoptaron las “Reglas Procesales Aplicables a los Procedimientos de Arbitraje” (Reglas de Arbitraje)⁵⁷, dichas Reglas, complementadas por ciertas Reglas del Reglamento Administrativo y Financiero del Centro (Reglas 14-16, 22-31 y 34.1º), abarcan el período que comienza con el envío de la notificación del acto de registro de una solicitud de arbitraje y termina con la publicación del laudo, y el agotamiento de todos los recursos contra el laudo considerado en el Convenio. Las actuaciones anteriores a ese período se rigen por las denominadas “Reglas de Iniciación”⁵⁸. El 10 de abril de 2006 entró en vigor la reforma del Reglamento de Arbitraje culminando un proceso de consultas iniciado en 2004, cuando el Ciadi hizo público un documento que contenía algunas notas críticas recibidas durante la última etapa de actividad del Centro y adelantaba una serie de propuestas dirigidas a mejorar los aspectos señalados como controvertidos en el procedimiento. La reforma introdujo cambios en las Reglas 6 (declaración de independencia de los árbitros), 32 (asistencia a las audiencias), 37 (intervención de “amigos de la corte”), 39 (medidas cautelares), 41 (objeciones preliminares) y 48 (publicación de laudos), así como en sus correspondientes referencias en el Reglamento del Mecanismo Complementario; y alcanzó también a la regla 14 del Reglamento Administrativo y Financiero sobre la remuneración de los árbitros. Se describe brevemente a continuación el alcance de la reforma.

⁵⁵ Un estudio detallado de las principales objeciones de los países de América Latina en tal sentido se encuentra en el estudio de P.C. Szasz, “The Investment Disputes Convention and Latin America, *Va. J. Int'l L.*, vol. 11, 1971-1972, pp. 256-265.

⁵⁶ R. Layton, “Changing Attitudes Toward Dispute Resolution...”, *loc. cit.*, pp.129 ss; C. Frutos-Peterson, “El arbitraje de Ciadi y su impacto en el arbitraje internacional latinoamericano en materia de inversión”, *Revista de Arbitragem e Mediação*, 2004, pp. 155 ss.

⁵⁷ <http://www.worldbank.org/icsid/basicdoc-spa/partF.htm>.

⁵⁸ <http://www.worldbank.org/icsid/basicdoc-spa/partD.htm>.

El éxito del Centro radica, además, en que, nacido para cumplir los fines para los que fue constituido el Banco Mundial (todos los miembros del Centro lo son también del Banco) la controversia es administrada por una entidad autónoma e independiente de los gobiernos que forman parte de aquél. Y a este éxito contribuye la posibilidad de que se sometan controversias al Ciadi aún cuando el Estado del que es nacional el inversor o el Estado receptor de la inversión no lo sean del Convenio de Washington, por medio de la vía establecida por el mecanismo complementario para la administración de procedimientos de conciliación, arbitraje y comprobación de hechos, eso sí, con la condición de que la diferencia se dirima en un Estado parte de la Convención sobre el Reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, suscrita en Nueva York el 10 de junio de 1958.

15. La referencia al mencionado “Mecanismo complementario” (*Additional Facility Rules*) amerita una consideración especial. Con posterioridad a la creación del Ciadi, se suscitaron ante su Secretariado numerosas consultas acerca de su eventual extensión a controversias en las que figuraran Estados contratantes y nacionales de otros Estados que no fueran contratantes del Convenio Ciadi de y ello condujo a la adopción, el 27 de septiembre de 1978, de un Reglamento, denominado “del mecanismo complementario del Ciadi” que faculta al Secretariado de esta institución a administrar procedimientos que originalmente están fuera del ámbito de jurisdicción de dicho Centro⁵⁹, con lo cual la labor de esta entidad se ha desarrollado de manera notable siempre que el referido Secretariado acepte la intervención del Centro en una controversia determinada. En tal caso, el procedimiento desarrollado de conformidad con este mecanismo comporta la consecuencia legal de que ninguna de las disposiciones del Convenio Ciadi serán aplicables a los procedimientos arbitrales en cuestión y, por ello, los procedimientos y laudos arbitrales no quedan desvinculados del Derecho de la sede del arbitraje y la ejecución del laudo estará regida por la ley del foro (la *lex arbitri*) comprendidas las convenciones internacionales que resulten aplicables. A diferencia del arbitraje bajo el Convenio del Ciadi, el arbitraje bajo el Reglamento de Arbitraje del Mecanismo Complementario no está exento de control de conformidad con la legislación del lugar del arbitraje. Los eventuales requerimientos de dicha legislación están específicamente mencionados en el Reglamento de Arbitraje del Mecanismo Complementario (arts. 1, 53.3º y 4º); la verdad es que la determinación de la sede para un procedimiento arbitral bajo el Mecanismo complementario puede tener consecuencias importantes por la aplicación de la ley aplicable al arbitraje en dicha sede⁶⁰.

⁵⁹ F. González de Cossío, “The International Centre for Settlement of Investment Disputes: The Mexican Experience”, *J. Int'l. Arb.*, vol. 19-3, 2002, pp. 227 ss; *id.*, “México ante el Centro internacional para el arreglo de diferencias de inversión. Un comentario”, *Revista de Derecho Privado* (México), nº 1, enero-abril, 2002.

⁶⁰ Cf. Caso Ciadi Nº ARB(AF)/00/3 (*Waste Management, Inc. / Estados Unidos Mexicanos*).

3. Reticencias frente al modelo

16. Es cierto que esta modalidad ha planteado ciertas reticencias en algunos Estados del área. Unas derivan de que en muchos contratos objeto de controversia existían cláusulas de sumisión a la jurisdicción local que fueron ignoradas por los árbitros. Otras, más numerosas, acerca de la constitucionalidad de estos instrumentos en el sentido de implicar una delegación de soberanía. Un denominador común sí puede extraerse de estas críticas: que la celebración de estos instrumentos que, justamente, protegen al inversionista, blindan a este último contra modificaciones intempestivas e injustificadas del régimen legal interno aplicable, incluso sin que exista convenio arbitral entre el Estado y la empresa; se produce así un desplazamiento de la justicia estatal hacia mecanismos internacionales fuera del control democrático de los ciudadanos del propio país, alejando de la esfera judicial nacional la diferenciación entre el sistema de producción de bienes privados y el sistema de producción de bienes públicos.

Dichos argumentos no han sido siempre apreciados. Baste retener el caso de Colombia: suscitada la constitucionalidad del APPRI entre Colombia y Chile de 22 de enero de 2000 la Sentencia de la sala Plena de 23 de abril de 2002 (C-294/02) consideró que los preceptos sobre arreglo de controversias de la Convención no vulneraban la Constitución “pues el arreglo directo y el arbitramento son mecanismos civilizados de dar solución en forma pacífica y pronta a los conflictos que se presentan entre las partes contratantes o entre un inversionista y una de las partes contratantes, en la aplicación, interpretación, desarrollo y ejecución del Instrumento Internacional que es objeto de revisión”. Por otra parte, “la Corte considera que la promoción de la internacionalización de las relaciones políticas, económicas, sociales y ecológicas de que trata el art. 226 de la Carta no sería posible sin el recurso, en determinadas oportunidades, a los tribunales internacionales”.

En el mismo sentido cabe situar la Sentencia del Tribunal Constitucional de Bolivia de 10 de mayo de 2006 que rechazó un recurso directo de inconstitucionalidad interpuesto por el Diputado Wilson Beimar Magne Hinojosa contra las leyes que ratificaron la Convención de Washington de 1965 los APPRI suscritos con Argentina, Países Bajos, Francia, Reino Unido, España y EE UU por considerarse contrarias al art. 135 de la Constitución que establece que todas las empresas establecidas para explotaciones, aprovechamiento o negocios en el país, se considerarán nacionales y estarán sometidas a las leyes y a las autoridades de la República. El Tribunal Constitucional justificó su fallo con respaldo en lo dispuesto en el art. 27 de la Convención de Viena de 1969 sobre Derecho de los tratados.

17. Frente a la anterior situación de aceptación generalizada en América Latina y como consecuencia de los profundos cambios político acaecidos en los últimos años en algunos Estados latinoamericanos, de forma particular en aquellos que integran el programa de integración Alternativa Bolivariana para las Américas – Tratado de Comercio de los Pueblos: Bolivia, Venezuela y Nicaragua (ALBA-TCP), se observa una vuelta a posiciones del pasado. Se está gestando una opinión profundamente crítica respecto al arbitraje de inversión, centrada en el rechazo al Ciadi, y puesta en evidencia en la Cumbre Presidencial de la ALBA, celebrada en Barquisimeto en abril

de 2007, donde los países integrantes del programa de integración ALBA-TCP acordaron retirarse y denunciar de forma conjunta el Convenio de Washington “para garantizar el derecho soberano de los países a regular la inversión extranjera en su territorio nacional”⁶¹. La primera consecuencia relevante de esta posición es la denuncia del Convenio de Washington realizada por Bolivia el 2 de mayo de 2007. En este contexto se insiste, además en la necesidad de un nuevo un modelo que esté basado en la defensa y promoción de los derechos humanos (políticos, civiles, económicos, sociales, culturales, ambientales), para lo cual no basta una cláusula democrática carente de instrumentos que la hagan valer.

También en Argentina, por razones distintas, la oposición al sistema es manifiesta⁶² centrándose la discusión, esencialmente, en cuestiones de índole jurisdiccional con el razonamiento siguiente: al ser los tratados internacionales de jerarquía inferior a la Constitución, es factible que las sentencias extranjeras sean analizadas por la Justicia local para asegurar el respeto de la Constitución, cediendo la jurisdicción por un tiempo determinado, pero siempre contando con un mecanismo de control posterior; se considera, asimismo, que si bien el art. 75 de la Constitución sitúa a ciertos tratados internacionales al mismo nivel que la Constitución, estos se refieren únicamente a derechos humanos, por lo que los tratados de inversión tienen jerarquía superior a la ley, pero inferior a la Constitución⁶³. Y si como derivación de la doctrina sentada Corte Suprema de Justicia en el caso *Cartellone* la sentencia de la Sala E de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial de 20 de septiembre de 2004 (*Ogden Entertainment Services Inc. / Eijo, Néstor E. y otro*) procedió a rechazar un laudo arbitral pronunciado en el extranjero, no hay obstáculo, según esta particular concepción, en extender esta facultad revisora a las decisiones de tribunales arbitrales administrados por el Ciadi. Junto a estos argumentos se esgrimen otros muchos cuya consideración excede de una obra centrada exclusivamente en el arbitraje comercial. No obstante, con carácter sumario, pueden resumirse algunas de las críticas procedentes de círculos opositores al sistema, como que el Ciadi puede ser juez y parte en algunos contenciosos pues una de la instituciones que integra el Banco Mundial, la Corporación Financiera Internacional, es accionista minoritaria en empresas que han iniciado demandas contra la Argentina; también se alude a una hipotética falta de transparencia y publicidad en determinados arbitrajes en el sentido de instar a que las audiencias del Ciadi sean públicas y que se permita la participación de los organismos no gubernamentales; por último, es objeto de fuertes reticencias la falta de articulación interna entre los paneles de arbitraje, ya se puede dar la situación en la que dos tribunales distintos definan que para la misma demanda presentada por separado por dos accionistas de una empresa, una tenga laudo favorable y la otra no. En cualquier caso estas críticas, procedentes incluso de altas instancias del Estado.⁶⁴, basadas en que todo arbitraje denota un sometimiento al Estado a las empresas nacionales, no han

⁶¹ Vid. nota de prensa del gobierno de Bolivia, de 3 de mayo de 2007, disponible en Internet: http://www.rree.gov.bo/notasprensa/2007/2007_mayo/np1.htm

⁶² C.E. Alfaro y P.M. Lorenti, “The Growing Opposition of Argentina to ICSID Arbitral Tribunals: A Conflict Between International and Domestic Law?”, *Journal of World Investment and Trade*, vol. 6, 2005, pp. 417 ss.

⁶³ E.M. Ymaz Videla, *Protección de inversiones extranjeras. Tratados bilaterales. Sus efectos en las contrataciones administrativas*, Buenos Aires, 1999, pp.14-17.

⁶⁴ Vid. H. Rosatti, “Los tratados bilaterales de inversión, el arbitraje internacional obligatorio y el sistema constitucional argentino”, *La Ley* (Buenos Aires), 2006-F, p. 1283; M. Herz, “La irrevisabilidad de los laudos arbitrales del Ciadi por los jueces nacionales: la ‘doctrina Rosatti y los proyectos legislativos’”, *El Derecho* (Buenos Aires), 214, p. 799.

favorecido precisamente a crear un ambiente especialmente favorable para la institución que estamos estudiando⁶⁵.

18. Al hilo de esto cabe situar el Decreto 965, de 24 de octubre de 2003, de la Procuradoría del Tesoro de la Nación que creó en Argentina una "Unidad de Asistencia para la defensa Arbitral" (UNADAR) cuya función es elaborar una posición defensiva en la fase de negociación con los inversores extranjeros. Debe tenerse en cuenta que en Argentina la representación del Estado Nacional en los arbitrajes que se sustancian ante el Ciadi, Uncitral o CCI se encuentra a cargo del Procurador del Tesoro de la Nación, quien es asistido en ese tema por el Área de Asuntos Internacionales y que este sector tiene la responsabilidad primaria en los contenciosos. Y si bien dicha Procuración tiene competencia exclusiva para entender en la generalidad de los arbitrajes en materia de inversiones, existe una activa interrelación funcional con las provincias que han recibido en su jurisdicción inversiones extranjeras cuyas controversias han provocado litigiosidad internacional y con otras agencias del Estado federal y órganos descentralizados que cuentan con información sustancial para el mérito de la defensa. Se concibe tal entidad como "un equipo multidisciplinario que asegure la activa participación de los organismos del Estado que ejercen la competencia específica de la representación política y de la negociación externa de la República, presidido por el Procurador del Tesoro de la Nación, y en el que podrán participar otros organismos del Estado Nacional y de la jurisdicción provincial y/o municipal que se encuentre involucrada pudiendo, a los fines del cumplimiento de la misión encomendada, hacer extensiva la solicitud de colaboración a las demás entidades que estime conveniente"⁶⁶. Nos hallamos, por tanto, ante un órgano que es fácilmente cuestionable mediante la ortodoxia arbitral, por cuando tiene la misión de elaborar informes sobre las demandas que se susciten contra entidades de Derecho público argentino, lo cual no deja de ser un obstáculo al ineludible secreto del procedimiento que debe registrarse en esta materia⁶⁷.

Acontecimientos recientes han reforzado la crisis apuntada: Los líderes de Bolivia, Venezuela y Nicaragua estuvieron de acuerdo a finales de abril de 2007 en retirarse del Ciadi, lo que hizo efectivo el primero de estos países. No en vano el Centro se enfrenta crecientes desafíos a su autoridad, desde el momento en que emergen las contradicciones de la aplicación de su reglamentación contra Argentina.

III. CONSIDERACIONES FINALES

19. La exposición efectuada hasta aquí muestra una relación compleja entre un procedimiento peculiar de arreglo de controversias internacionales en materia de inversiones y un área geográfica con sus propias peculiaridades: América Latina.

La primera reflexión general que dicha exposición propicia es que no concurre una posición común en la que puedan englobarse las actitudes de los Estados de

⁶⁵ J.C. Rivera, "Arbitraje y poder judicial. Los prejuicios de los jueces respecto del arbitraje", *Revista Internacional del Arbitraje* (Bogotá), nº 5, 2006, pp. pp. 195-196.

⁶⁶ Vid. el texto de esta disposición en <http://www.ptn.gov.ar/unadar/Decreto%20965-2003.htm>.

⁶⁷ M.C. Mercado de Sala y M.V. Sala Mercado, "Tratados bilaterales de inversiones extranjeras: su posible violación en oportunidad de la crisis argentina de 2001", *Anuario del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales* (Córdoba-Argentina), vol. IV, 2006, pp. 146-148.

esta región en esta materia. Desde esta perspectiva estatal es indudable que existen posiciones encontradas que están caracterizadas por un apreciable componente político que enfrenta a países que mantienen un modelo económico liberal de mercado, gestado en la década de los noventa (Chile, Uruguay, Perú, Paraguay, Colombia, Costa Rica, Panamá o República Dominicana), y los países que se han decantado por una opción rupturista de dicho modelo (Argentina, Venezuela, o Bolivia). Estos últimos denuncian el sistema en bloque y, en particular, el recurso al arbitraje tal y como se configura en los APPRIS, que se ha colocado en la diana de las críticas por considerar que constituye un atentado a las competencias soberanas del Estado por su contrariedad a la regla del *forum auctoritatis* que tradicionalmente ha justificado la jurisdicción de los tribunales estatales en los contenciosos derivados de la contratación pública. Ahora bien, en estas críticas no se encuentra una respuesta clara a la realidad: frente a posiciones contrarias muy ruidosas (como la denominada “doctrina Rosatti”) hasta la fecha ni la práctica de los tribunales internos ni la actitud de los Estados renuentes puede consolidar una tendencia masiva y generalizada hacia el abandono del sistema. El caso de Bolivia puede considerarse como una excepción a la regla que tiene un carácter muy coyuntural. Es más, estos Estados esgrimen posiciones alternativas como la de introducir un nuevo mecanismo arbitral en el marco del proyectado ALBA que pueda competir con otros que hasta la fecha han protagonizado los contenciosos entre Estados e inversionistas extranjeros. Lo que se impugna no es el arbitraje propiamente dicho sino una determinada práctica del mismo, señaladamente la realizada bajo los auspicios del Ciadi.

Cabe insistir, además, en que la impugnación del arquetipo no esta generalizada pues gran parte de los Estados de América Latina siguen manteniendo una fidelidad bastante apreciable al modelo, incluido el practicado por el Ciadi, salvo el peculiar caso de Brasil, que rechazó esta opción por entender que podría generar una diferencia de trato con los inversionistas nacionales. Incluso en algunos, como México, que sigue manteniendo la opción cautelosa del “mecanismo complementario”, se oyen voces muy autorizadas que apoyan la incorporación plena a la Convención de Washington de 1965. Se argumenta que la adhesión al Ciadi no es la fuente del problema, más bien una solución, pues, de no existir esta opción, el resultado sería frustración, probablemente impunidad, incluso pérdida de inversión y bienestar, y ostracismo internacional; pues, al no ser parte de la referida Convención, se le restan virtudes al procedimiento y además, se pierde la posibilidad de recurrir los laudos ante su mecanismo de nulidad: la opción que queda — recurrirlos ante el juez de la sede— puede retrasar mucho la solución al caso (*v.gr.* los casos *S.D. Myers, Inc. v. Canadá* y *Feldman Carpa v. México*, que duraron aproximadamente tres años) y conducir a una solución onerosa e incierta⁶⁸.

Esta actitud precavida de los Estados latinoamericanos receptores de la inversión hacia el abandono del modelo y, en todo caso, la posibilidad de su coexistencia con otros mecanismos arbitrales alternativos, incluyendo el arbitraje *ad hoc* no puede considerarse en ningún caso como una ruptura con el mantenimiento de sus compromisos internacionales. El hecho de que la Uncitral considere la preparación de un Reglamento de arbitraje específico para los contenciosos entre Estados e inversionistas extranjeros, por entender que el Reglamento de 1976 no está suficientemente adecuado para estos menesteres confirma que el problema no es,

⁶⁸ F. González de Cossio, “México ante el arbitraje Ciadi ¿prudente o rebelde?”, *Boletín informativo del Canaco*, 2ª época, nº 3, septiembre, 2007, pp. 4-6.

en sí mismo, el mecanismo de arreglo de controversias sino, acaso, la manera de administrarlo en determinados centros de arbitraje, señaladamente el Ciadi.

20. Sería ingenuo ignorar, en efecto, las críticas a la práctica seguida por el Ciadi. Basta entrar en la red para obtener centenares de posiciones muy negativas. No obstante, las críticas deben valorarse de manera sosegada teniendo en cuenta que, al margen de las invectivas de ciertos juristas desde posiciones muchas veces gremiales, el bloque principal se integra a partir de construcciones provenientes de los movimientos anti-globalización que han colocado al Ciadi en el epicentro de sus diatribas empleando una serie de tópicos que, utilizados de manera sesgada, pueden dar lugar a una construcción jurídica de aparente solidez. No es función de esta ponencia general desmontar la falacia de muchos de estos argumentos, pero sería iluso ignorarlos de plano con base en el dogma de las bondades inequívocas del quehacer de una determinada institución arbitral.

La crítica es el camino pertinente para la mejora de las instituciones. El propio Ciadi ha sido consciente de muchos de los ataques que ha registrado en los últimos tiempos y no es en modo alguno casual la reforma realizada a su Reglamento en 2006 y el nuevo tratamiento deparado a muchos de sus preceptos conflictivos. Pero la práctica futura del Centro deberá reparar en determinadas cuestiones aún no resueltas como el vidrioso capítulo del nombramiento de los árbitros. Es un lugar común al referirse al arbitraje de que este último vale lo que vale un árbitro. Son los árbitros que conforman los tribunales constituidos en su seno los que deberán modelar en sus laudos una orientación que garantice la credibilidad del mecanismo. Una orientación, libre de condicionamientos externos, emancipada de la aplicación mecánica de supuestas líneas jurisprudenciales que desde algunas instancias pretenden establecerse en los fallos sucesivos. No parece que sea excesivamente favorecedor para el sistema la relación que se establece entre el propio Ciadi y cada concreto tribunal arbitral; una vez que se ha consumado la “entrega del expediente al árbitro” el tribunal debería actuar ajeno a toda presión externa para arribar a la solución que estime en justicia en el caso concreto de quede dilucidar.

Probablemente, las reticencias frente al sistema tengan más que ver con el Banco Mundial y el FMI y el nuevo papel que, acaso, deban afrontar (como se ha manifestado en la cumbre G-20+3 de noviembre de 2008), que con la institución arbitral en sí misma. Lo cierto, tras un análisis de práctica detallado (transparente, por la publicación de todos los laudos, a diferencia de otras instituciones) es que las decisiones no pueden ser calificadas de abusivas ni claramente parciales para la posición inversora, como podría deducirse de algunas acusaciones vertidas. El asunto *Tecmed v. México* terminó en una declaración de competencia del Centro y una condena contra el Estado, pero de un monto justo sin duda, hasta el punto que resulta irrisorio para las cuentas estatales. Y no puede decirse otra cosa del procedimiento. Para cada caso, se conforma un tribunal diferente, con árbitros normalmente designados por las partes. Los honorarios de los árbitros son cubiertos por las partes y no por el Ciadi, que interviene como mero gestor administrativo. Cuestión distinta es la que deriva de la “dualidad funcional” que concurre en determinados operadores jurídicos, que en unas ocasiones actúan como árbitros y en otras como abogados de parte. Es un tema controvertido que los reglamentos de arbitraje se resisten a contemplar, probablemente por su complejidad. Lo cierto es que la práctica demuestra que dicha dualidad no suele afectar a la cualidad de árbitro, sino la pertenencia a estructuras profesionales en las que abogados y

árbitros se entremezclan en asuntos en los que, a diferencia del Ciadi, el secretismo es total. Es un problema de profesionalidad sobre el que el Centro poco podrá aportar. Desde determinados medios, señaladamente críticos con el sistema del Ciadi, se propugna la conveniencia de que la función de árbitro debiera tener carácter excluyente. Es cierto, que semejante posición tiene argumentos defendibles, pero no deja de reflejar una concepción marcadamente jurisdiccionalista de la actividad arbitral, olvidando, al mismo tiempo, que “profesionalidad exclusiva” del árbitro puede acarrear determinadas anomalías inherentes a los denominados “árbitros independientes”. La exclusividad llevaría en todo caso a algo que ningún operador del tráfico defendería: los árbitros de nómina y con compromiso de dedicación. Por el contrario, en el sistema Ciadi, tanto el Estado como el inversionista pueden designar los árbitros en el Centro o en cualquier parte del mundo. Y son esos árbitros, y no el Ciadi, los que van a resolver las alegaciones de las partes, como se ha mencionado más arriba, con demostrada mesura hasta la fecha.

21. Puede concluirse que el arbitraje de inversión propicia la resolución jurídica de supuestos que, de otra forma, encontrarían recurso ni respuesta en Derecho. Durante años el resultado alcanzado en ausencia del recurso al Ciadi que generalizaron los APPRIS el resultado fue, en el mejor de los casos, impunidad, frustración y menos inversión extranjera. En el peor, protección diplomática e intervenciones. Y aunque no cabe dudar que la inversión beneficia a ambas partes y seguirá existiendo, un marco de seguridad jurídica es, hoy más que nunca, imprescindible para un desarrollo saneado del sector. Si bien tampoco esta ponencia es el lugar para pronunciarse sobre la rectitud de las demandas y laudos que a la fecha existen, es válido decir que la adhesión al Ciadi no es la fuente del problema, más bien una solución a cruciales cuestiones que otros tribunales arbitrales podrían no afrontar con la seguridad del sistema del Convenio de Washington como escenario.

Toda institución arbitral puede ser objeto de críticas y susceptible de mejoras. Pero la publicidad del sistema, su carácter abierto y la esencial igualdad de las partes ante el proceso arbitral dan una pauta fiable para, al menos, asegurar que no se trata de un mecanismo perverso dispuesto a favorecer al inversor en todo caso. Si algo puede deducirse del estudio de las decisiones de los tribunales Ciadi es la idea de que en la inversión existen dos partes beneficiadas potencialmente, el Estado y el inversor. Tal vez sea necesaria una revisión más profunda del sistema de inversiones, tal vez una reflexión sobre la idea de que sólo el inversor necesita protección. Pero el arbitraje en sí, como método de resolución de controversias, sigue siendo perfectamente defendible al día de hoy.

RESUMEN: Es indudable que en América Latina existen posiciones encontradas en torno al modelo del CIADI, que están caracterizadas por un apreciable componente político que enfrenta a países que mantienen un modelo económico liberal de mercado y los países que se han decantado por una opción rupturista de dicho modelo. Sería ingenuo ignorar las críticas a la práctica seguida por el referido Centro; no obstante, estas críticas deben valorarse de manera sosegada teniendo en cuenta que el bloque principal se integra a partir de construcciones provenientes

de los movimientos anti-globalización que han colocado al Ciadi en el epicentro de sus diatribas empleando una serie de tópicos que, utilizados de manera sesgada, pueden dar lugar a una construcción jurídica de aparente solidez. No es difícil desmontar la falacia de muchos de estos argumentos, pero sería iluso ignorarlos de plano con base en el dogma de las bondades inequívocas del quehacer de una determinada institución arbitral.