

CAUTELA DE LOS ESTADOS LATINOAMERICANOS HACIA EL ABANDONO DEL ARBITRAJE DEL CIADI

José Carlos Fernández Rozas

Sería ingenuo ignorar las críticas a la práctica seguida por el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones. 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 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.



Existe 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 reflexión general que dicha exposición propicia es que no concurre una posición común en la que puedan englobarse las actitudes de los Estados de 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 Acuerdos de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (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.

En estas críticas no se encuentra una respuesta clara a la realidad: frente a posiciones contrarias muy ruidosas, como la denominada “doctrina Rosatti” en Argentina, 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 está 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. 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, en sí mismo, el mecanismo de arreglo de controversias sino, acaso, la manera de administrarlo en determinados centros de arbitraje, señaladamente el Ciadi.

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.

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. 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 mencionada más arriba, con demostrada mesura hasta la fecha.

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. Al margen de 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 de 1965 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.

(*Legal Today*, diciembre 2008)

