

Proponiendo un decálogo conciliador para Latinoamérica y CIADI

Proposing a Conciliatory Decalogue for Latin America and ICSID
Proposition d'un décalogue conciliant l'Amérique latine et le CIRDI

Katia Fach Gomez¹

Resumen

En Latinoamérica se viene apreciando una actitud crecientemente hostil hacia el sistema de solución de conflictos en materia de inversiones internacionales auspiciado por CIADI. Este artículo reflexiona sobre esta realidad y propone un decálogo de medidas que permitirían conciliar la existencia de ICSID con las reclamaciones de Latinoamérica en pos de un sistema que sea más favorable para los países en vía de desarrollo.

Palabras clave: Latinoamérica, inversiones internacionales, arbitraje de inversiones, Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, órgano arbitral regional.

Abstract

Latin America has developed an increasingly hostile attitude towards the system of dispute resolution in international investment sponsored by ICSID. This article reflects on this reality and proposes a decalogue of measures that would reconcile the existence of ICSID with the claims of Latin America towards a system that is more favorable for developing countries.

Key words: Latin America, international investment, investment arbitration, ICSID, regional arbitration body.

1 Profesora Titular de Derecho Internacional Privado de la Universidad de Zaragoza (España) y miembro de los Proyectos de Investigación DER 2009-11702 (subprograma JURI) y e-PROCIFIS (Ref. S 14/3). Este artículo se terminó de elaborar en el mes de noviembre de 2010 y la accesibilidad a las páginas web que aparecen citadas en él se comprobó en dicha fecha. Correo electrónico: katiafachgomez@gmail.com.

Este artículo fue recibido el día 27 de julio de 2010 y aprobado por el Consejo Editorial en el Acta de Reunión Ordinaria N°. 11 del 8 de agosto de 2010.

Résumé

En Amérique latine il y a une attitude de plus en plus hostile à l'égard du système de règlement des différends de l'investissement international parrainé par le CIRDI. Cet article examine cette situation et propose un décalogue de mesures qui permettent de concilier l'existence du CIRDI avec les revendications de l'Amérique latine vers un système qui soit plus favorable aux pays en développement.

Mots-clés: Amérique latine, investissement international, arbitrage d'investissement, CIRDI, organe d'arbitrage régional.

Sumario

Introducción. 1. Articulando un decálogo de propuestas conciliadoras. 2.

Conclusión. Referencias.

Registrad mi bolsillo
encontraréis en él plumas en virtud de pájaro
migas en busca de pan dioses apolillados
palabras de amor eterno sin
carta de aterrizaje
y la escondida senda de las olas.

Esperanza
Biografía incompleta
Gerardo Diego

Introducción

Este trabajo aborda una cuestión de actualidad en el arbitraje de inversiones: la creciente animadversión que viene manifestando la región latinoamericana frente al arbitraje auspiciado por el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) (Fach, 2010). Muy variadas en características e intensidad son las manifestaciones de esta resistencia ante los métodos y resoluciones de una institución del Banco Mundial con la que la mayoría de los Estados latinoamericanos están comprometidos a través del Convenio CIADI (Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados, que entró en vigor en 1966).

Esta reacción anti-CIADI se ha ido gestando en diversos escenarios del continente americano. Por un lado, la crisis económica que sufrió Argentina hace una década ha desembocado en abundantes laudos de CIADI que mayoritariamente reconocen las pretensiones de las empresas reclamantes extranjeras. Frente a estas decisiones condenatorias, el gobierno argentino ha respondido con ímpetu (Alfaro & Lorenti, 2005, pp. 417, 426-427). Haciendo uso de las posibilidades que el sistema CIADI ofrece, Argentina ha acudido en diversas ocasiones al artículo 52 del Convenio para solicitar la anulación de los laudos desfavorables y ha requerido

asimismo la suspensión de la ejecución del laudo con base en la Regla 54 de las Reglas de arbitraje. Adicionalmente, Argentina ha atacado una importante línea de flotación del sistema CIADI, al cuestionar el artículo 54 del Convenio CIADI -carácter obligatorio y ejecutividad del laudo-. El gobierno ha argüido que el sistema jurídico argentino requiere que los laudos de CIADI pasen por el posterior tamiz de un control nacional. La supremacía jerárquica de la Constitución y cierta jurisprudencia nacional analógicamente invocada, han servido de basamento a las autoridades argentinas para declarar que únicamente pagará si así se lo impone un tribunal nacional (Rosatti, 2003). Manifestaciones de esta naturaleza han generado desconcierto en el ámbito internacional. Teniendo en cuenta que CIADI no posee mecanismos institucionales para obligar a los Estados a cumplir con lo estipulado en sus laudos, la negativa por parte de Estados miembros a compensar a sus inversores extranjeros puede avivar una crisis de legitimidad del sistema CIADI de resultados insospechados.

Por otro lado, en los últimos años el perfil político de Latinoamérica se ha modificado sustancialmente. Al poder han accedido algunos mandatarios que se han mostrado especialmente críticos con las injerencias extranjeras en el ámbito del control de los recursos y servicios esenciales. Dentro de este marco se ha acusado a CIADI de aunar una serie de falencias que hacen que dicho sistema sea lesivo para los países latinos en vía de desarrollo. Aparte de criticar su vinculación con el Banco Mundial y, por ende, con la cosmovisión estadounidense (Odumusu, 2007, pp. 345, 385), los reproches que se hacen a CIADI se centran en recalcar las penumbras del procedimiento arbitral y los márgenes de discrecionalidad que empañan la toma de decisiones arbitrales (Tuck, 2007, pp. 885, 902-911). Frente a estas recriminaciones, varios países latinoamericanos han desarrollado diversas medidas cuyo eje central es lograr la desvinculación de CIADI.

Entre estas iniciativas son destacables las siguientes: algunas Constituciones recientes prohíben expresamente que los Estados acepten someterse a instancias arbitrales internacionales²; diversas leyes nacionales en materia de hidrocarburos

2 En este sentido, véase por ejemplo el artículo 422 de la Constitución ecuatoriana de 2008: “No se podrá celebrar tratados o instrumentos internacionales en los que el Estado ecuatoriano ceda jurisdicción soberana a instancias de arbitraje internacional, en controversias contractuales o de índole comercial, entre el Estado y personas naturales o jurídicas privadas” y el artículo 366 de la Constitución boliviana de 2009: “Todas las empresas extranjeras que realicen actividades en la cadena productiva

proclaman que los tribunales internos son los únicos competentes para resolver las controversias que surjan en este ámbito³; varios países latinoamericanos han amenazado con abandonar CIADI y, por el momento, dos de ellos -Bolivia y Ecuador⁴- han denunciado efectivamente el texto convencional a través de su artículo 71; algunos Estados han realizado actuaciones para desvincularse de los vigentes Acuerdos de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (APPRI) que remiten a CIADI como organismo al cual someter las controversias en materia de inversión⁵; nuevos APPRI no recogen la posibilidad de que el inversionista someta su disputa a un arbitraje de CIADI⁶; algunos Estados están elaborando nuevos modelos de APPRI en lo que la importancia del clásico arbitraje internacional de inversiones -cuyo máximo exponente es CIADI- queda muy disminuida⁷ y así desde distintos foros latinoamericanos se viene proponiendo la creación de un

hidrocarburífera en nombre y representación del Estado estarán sometidas a la soberanía del Estado, a la dependencia de las leyes y de las autoridades del Estado. No se reconocerá en ningún caso tribunal ni jurisdicción extranjera y no podrán invocar situación excepcional alguna de arbitraje internacional, ni recurrir a reclamaciones diplomáticas". http://documentacion.asambleanacional.gov.ec/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/d4685c36-75db-452f-944a-8a49665863cd/constitucion_ingles.pdf, http://documentacion.asambleanacional.gov.ec/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/d4685c36-75db-452f-944a-8a49665863cd/constitucion_ingles.pdf.

- 3 Modelo de Contrato para las empresas mixtas entre la Corporación Venezolana del Petróleo SA y las entidades privadas. Gaceta oficial de la República Bolivariana de Venezuela, 31 de marzo de 2006. <http://www.tsj.gov.ve/gaceta/Marzo/310306/310306-38410-02.html#>
- 4 Bolivia Submits a Notice under Article 71 of the ICSID Convention, <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=OpenPage&PageType=AnnouncementsFrame&FromPage=NewsReleases&pageName=Announcement3> y Ecuador Submits a Notice under Article 71 of the ICSID Convention, <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=OpenPage&PageType=AnnouncementsFrame&FromPage=NewsReleases&pageName=Announcement20>.
- 5 En relación con Colombia y Ecuador, v. respectivamente, http://www.iisd.org/pdf/2007/inv_model_bit_colombia.pdf y http://www.iisd.org/investment/capacity/dci_forum_2008.asp
- 6 Fernando Cabrera Diaz, Alba forward with plan to create regional investment arbitration alternative to ICSID at 7th Summit, <http://www.investmenttreatynews.org/cms/news/archive/2009/11/01/alba-moves-forward-with-plan-to-create-regional-investment-arbitration-alternative-to-icsid-at-7th-summit.aspx> Ministros suramericanos acuerdan que Unasur solucione disputas, <http://elobservador.rctv.net/Noticias/VerNoticia.aspx?NoticiaId=236731&Tipo=14>
- 7 ICSID Convention, Regulations and Rules, <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=ICSIDDocRH&actionVal=RulesMain>.

centro regional de arbitraje que sea respetuoso con los intereses y peculiaridades de estos países⁸.

Los ejemplos recién apuntados muestran cómo, a los ojos de Latinoamérica, el actual CIADI dista de ser el foro óptimo para resolver los conflictos que generan las inversiones extranjeras en sus territorios. Es improbable que el rechazo latinoamericano a CIADI se extinga *per se*. Más bien se estima que este sentimiento, asentado en la región, irá *in crescendo*. Dado que CIADI no va a conseguir mantenerse permanentemente indemne frente a los numerosos embates propinados desde Latinoamérica, el presente trabajo presenta a continuación un denominado “decálogo de propuestas conciliadoras”. A través de él se van a exponer los aspectos del actual sistema CIADI que los países latinoamericanos consideran menos tolerables. Ha de tenerse en cuenta, además, que la perspectiva latinoamericana suele ser compartida por países en vía de desarrollo pertenecientes a otras regiones, por lo que las reflexiones de este trabajo, centradas en Latinoamérica, son susceptibles de ser universalizadas. El objetivo final del trabajo es proponer una serie de modificaciones al mecanismo arbitral de CIADI y al funcionamiento de esta organización internacional. Se estima que dichas propuestas, aun presentando distintos grados de innovación y complejidad, tienen en común la valiosa cualidad de la factibilidad. De esta forma, el decálogo pretende impulsar el debate entre los múltiples sectores implicados en las operaciones de inversión internacional y coadyuvar a que CIADI mantenga *ad futurum* su papel preeminente en este sector.

1. Articulando un decálogo de propuestas conciliadoras

1.1. Reforzar las innovaciones ya incorporadas en los textos CIADI

Ha de reconocerse que CIADI ha realizado esfuerzos en los últimos tiempos por dar cabida en su institución a alguna de las reivindicaciones planteadas por la sociedad civil. Ejemplo paradigmático de ello es el reconocimiento de la figura

8 ICSID Case No. ARB/09/12, <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=OpenPage&PageType=AnnouncementsFrame&FromPage=Announcements&pageName=Announcement61>

del *amicus curiae*. En el año 2006 CIADI introdujo una doble reforma en su Reglamento de Arbitraje. A raíz de esta, las reglas 32 y 37.2 de este texto permiten que personas o entidades que no sean parte en la diferencia “asistan a la totalidad o parte de las audiencias o las observen y (...) efectúen una presentación escrita ante el Tribunal, relativa a cuestiones dentro del ámbito de la diferencia”⁹. Diversas ONGs protectoras del medio ambiente y de los derechos humanos están haciendo uso de estas posibilidades, siendo los últimos ejemplos de ello la oportunidad de presentar *amicus curiae* en el caso *Pac Rim Cayman LLC v. Republic of El Salvador*¹⁰ y en el caso *Commerce Group Corp. and San Sebastian Gold Mines, Inc. v. Republic of El Salvador*¹¹.

Sin embargo, las organizaciones implicadas en la defensa de este tipo de intereses colectivos consideran que el paso adelante dado por CIADI es insuficiente. Casos tan controvertidos como *Aguas del Tunari, v. Bolivia*¹² han hecho que desde Latinoamérica se reclame con especial vehemencia una mayor implicación del arbitraje de inversiones con los derechos de terceros. CIADI estaría tendiendo su mano a estos grupos e involucrándolos en la consolidación y evolución futura de esta organización internacional si sopesa realizar acciones como las siguientes: bien reformar nuevamente el Reglamento de arbitraje de forma que las audiencias públicas o la intervención de terceros se convirtiesen en una obligación impuesta por el mecanismo arbitral y desvinculada de la voluntad de, respectivamente, las partes y/o los árbitros; bien crear una figura asimilable a la de un fiscal, encargado de defender *ex officio* los intereses colectivos afectados por estos arbitrajes de inversión; bien hacer que el tradicional esquema bilateral inversor-Estado se viese desplazado por un arbitraje multiparte en el que los antaño terceros pasasen a gozar, en calidad de defensores de intereses generales, de una gama de prerrogativas mucho más extensa.

9 *Commerce Group Corp. and San Sebastian Gold Mines, Inc. v. Republic of El Salvador* (ICSID Case No. ARB/09/17) Procedural Order Regarding Amici Curiae. <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=OpenPage&PageType=AnnouncementsFrame&FromPage=Announcements&pageName=Announcement67>.

10 *Aguas del Tunari SA v. The Republic of Bolivia* (ICSID Case No. ARB/03/2), <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC628&caselId=C210>.

11 <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet>.

12 <http://icsid.worldbank.org>.

1.2. Introducir nuevas reformas en el sistema de arbitraje CIADI

Algunos países latinoamericanos han sido especialmente críticos con la falta de uniformidad de los laudos CIADI. Como se expuso anteriormente, Argentina se ha rebelado en contra de que CIADI haya generado decisiones arbitrales dispares a raíz de una misma coyuntura de crisis económica en el país. Para superar la inseguridad y falta de fiabilidad que genera esta situación, desde diversos foros se viene proponiendo que CIADI incorpore a su sistema un mecanismo de apelación (Kalb, 2005; Franck, 2005; Mangan, 2008). Se trata esta, sin duda, de una alteración sustancial de la estructura arbitral de CIADI que desde Latinoamérica se calificaría como un prometedor avance. Con el fin de articularla de forma óptima, ha de lograrse que esta futura fase de apelación CIADI sea un reflejo mejorado de otras figuras preexistentes, como por ejemplo el órgano de apelación de la Organización Mundial de Comercio. Para ello, e igual que sucede respecto del postulado anterior, CIADI tiene que ser quien propicie una reflexión en la que, interviniendo todos los sectores implicados en el arbitraje internacional de inversiones, se maduren todos los pormenores en torno a la implantación de esta reforma.

1.3. Descentralizar y “latinizar” las actividades institucionales de CIADI

Al consultar la página web de CIADI¹³ se aprecia que desde el ámbito institucional se viene realizando algún guiño a Latinoamérica, que se ha materializado por ejemplo en la importancia creciente que la organización le concede al idioma español. Muestra de ello es que la ICSID Review-Investment Law Journal ahora acepta manuscritos en español o que en muchos casos se realiza un esfuerzo para que este idioma sea uno de los manejados en el procedimiento. No obstante, analizando con detalle las actividades impulsadas por CIADI, parece que ellas no reflejan con suficiente claridad una voluntad de CIADI de aumentar su peso específico en la región latinoamericana. Así, por ejemplo, entre los centros con los que CIADI ha cerrado acuerdos institucionales para celebrar arbitrajes fuera de Washington, no se halla ninguno latinoamericano, la mayoría de los secretarios generales de la organización tampoco han procedido de esta zona y no da la impresión asimismo

13 Acuerdo internacional modelo del IISD sobre inversión para el desarrollo sostenible. http://www.iisd.org/pdf/2005/investment_model_int_handbook_es.pdf

que Latinoamérica sea el lugar en el que CIADI está focalizando el grueso de sus actividades jurídico-divulgativas.¹⁴ Con el fin de alcanzar la reconciliación a la que alude este trabajo, sería positivo que CIADI hiciese una apuesta más clara por Latinoamérica. Esta se evidenciaría si se alterasen las tendencias recién apuntadas y también si por ejemplo una parte relevante de la formación arbitral a que se alude en el siguiente postulado se impartiese en territorio latinoamericano.

1.4. Coordinar desde CIADI una formación arbitral más multidisciplinaria

No se cuestiona el bagaje y la capacidad intelectual de los árbitros que constituyen los paneles arbitrales en los casos planteados ante CIADI. Todos ellos cuentan con una dilatada experiencia profesional, que suele aunar la práctica jurídica y la dimensión científica al más alto nivel, en consonancia con lo requerido por el artículo 14 del Convenio CIADI. No obstante, desde Latinoamérica sí se critica el perfil demasiado uniforme de estos profesionales: la mayoría proceden de naciones desarrolladas y los que originariamente provienen de países menos favorecidos han solido recibir su formación jurídica o complementarla en el denominado “primer mundo”. Para los Estados latinoamericanos, esta homogeneidad de los árbitros plantea riesgos nada desdeñables, como una tendencia innata al mimetismo respecto de los planteamientos de los inversores o un déficit de comprensión de los entresijos del sistema jurídico del Estado de acogida de la inversión.

Frente a estas contingencias, se propone que los árbitros que intervengan en casos CIADI hayan realizado previamente unos programas de aprendizaje gestionados por dicha organización. Para que los sectores críticos a CIADI consideren que este es un avance reseñable, dicha formación ha de caracterizarse por su multidisciplinariedad. Ello implica que, por un lado, ha de impulsarse un sistema de formación continua, a través del cual los árbitros sean conocedores de las últimas tendencias jurídicas, políticas y sociológicas del complejo sector de las inversiones internacionales. Pero, por otro lado, en esta formación es esencial que también se dé cabida a los planteamientos defendidos por las diversas organizaciones no guber-

14 Véase por ejemplo en Argentina la Unidad de Asistencia para la Defensa Arbitral, ptn.gov.ar/Institucional/DECRETO%20965_2003.pdf o en Nicaragua la Comisión interinstitucional para la defensa del Estado de Nicaragua por diferencias relativas a las inversiones.

namentales que en Latinoamérica encabezan uno de los frentes de rechazo al actual status quo de CIADI. El Modelo de Acuerdo internacional sobre inversión para el desarrollo sostenible¹⁵ es un ejemplo paradigmático de iniciativa que, elaborada por el Instituto Internacional para el Desarrollo Sostenible, aborda el fenómeno inversor desde una perspectiva acorde con la latinoamericana: la del desarrollo cualitativamente beneficioso. Los árbitros han de estar versados en propuestas de esta naturaleza, lo que naturalmente no entraña la obligación de dar cabida a tales en el ejercicio de su actividad jurídica, sino simplemente testimonia que los árbitros son suficientemente sabedores de los múltiples intereses que coliden en una controversia inversora acaecida en Latinoamérica.

1.5. Reformar algunos aspectos de las listas de conciliadores y árbitros CIADI

Desde Latinoamérica se ve con recelo la forma en que en ocasiones se elige a quienes componen los tribunales arbitrales en CIADI. Sería positivo que CIADI implantase el cuarto postulado de este decálogo, de forma que haya certeza de que todos quienes conforman las Listas CIADI poseen una formación auténticamente multidisciplinar. En ese caso, CIADI habrá de conceder un periodo transitorio para que tanto los árbitros actualmente designados por los Estados contratantes como por el Presidente cumplan con los requisitos formativos anteriormente expuestos.

También en relación con el mecanismo de elección de árbitros, CIADI podría plantearse la posibilidad de dar un trato diferenciado a determinados países. Si por ejemplo CIADI concluye que para la organización es prioritaria la vuelta a su seno de países como Ecuador y Bolivia o la incorporación de Estados tan relevantes como Brasil, se podría optar por, a través de la reforma de los artículos 37-40 del Convenio, establecer un régimen transitorio que en alguna medida respaldase a estos Estados latinoamericanos. Sin duda, no se trata de una reforma nimia, y por lo tanto sería deseable que su adopción estuviese respaldada por argumentos que trascendiesen la mera oportunidad política. No ha de olvidarse que son los

15 Schedule of fees, <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=Cas eScheduled>

inversores quienes mayoritariamente acuden a CIADI y, por lo tanto, un excesivo trato de favor a determinados Estados podría generar el indeseable efecto reflejo de una reducción del número de reclamaciones planteadas ante CIADI y el recurso a otras organizaciones que, como la Cámara de Comercio Internacional, parecen mostrarse deseosas de incrementar sus arbitrajes de inversiones y cubrir de esta forma el vacío que vayan generando las discrepancias con CIADI.

1.6. Fomentar que la defensa ante CIADI de Estados latinoamericanos la realicen profesionales de esta región

Los países latinoamericanos se quejan de los elevados costes que les supone recurrir a grandes despachos de abogados extranjeros para que estos les defiendan en los arbitrajes CIADI. En los últimos años, algunos gobiernos de la región han decidido crear agencias públicas que, especializadas en este tipo de controversias, permitan frenar esta externalización a despachos legales mayoritariamente estadounidenses¹⁶. Con la misma finalidad, desde el sector doctrinal también se ha propuesto la creación de un centro que dé asistencia legal gratuita a los Estados en vías de desarrollo implicados en estas reclamaciones en materia de inversiones (Gottwald, 2007).

Sería un signo prometedor que CIADI decidiese implicarse directamente en esta cuestión y sopesase la adopción de una medida que podría alcanzar una gran repercusión práctica: establecer, en determinadas circunstancias, unos derechos, honorarios y cargos¹⁷ menos gravosos para los Estados en vías de desarrollo. Es esencial que Latinoamérica perciba que el arbitraje de inversiones también puede generar riqueza en su región. De esta forma, si CIADI ofrece por ejemplo unos beneficios económicos a las naciones que confíen en los juristas afincados en sus países, ello revertirá provechosamente no solo en ese concreto sector económico, sino que asimismo incidirá de forma mediata en el incremento del nivel de

16 Véanse, por ejemplo, casos como: ICSID Case No. ARB/06/14, ICSID Case No. ARB/07/7, ICSID Case No. ARB/06/21, ICSID Case No. ARB/06/6, ICSID Case No. ARB/06/20, ICSID Case No. ARB/06/12.

17 Así ha ocurrido respecto a la controversia Andes Petroleum-Ecuador (Ecuador, Andes Petroleum Likely to Sign New Production Contract, http://www.rigzone.com/news/article.asp?a_id=64777) o Total SA-Venezuela (TOTAL S.A.: Venezuela: Sincor Officially Transformed into a Mixed Company, <http://www.reuters.com/article/pressRelease/idUS157827+08-Feb-2008+BW20080208>).

formación universitaria y del sistema legislativo del área latinoamericana. Y los Estados demandados ante CIADI se sentirán además reconfortados al saber que quienes les defienden comparten una lengua e idiosincrasia común. Nuevamente en este punto, no puede dejar de tenerse en cuenta que unas medidas demasiado favorables hacia la región latinoamericana pueden traer como contrapartida el malestar de los países inversores. Por lo tanto, CIADI habría de moverse con mesura por estos intrincados parajes.

1.7. Potenciar desde CIADI el recurso a otros mecanismos de resolución alternativa de litigios como vía de acercamiento a Latinoamérica

Si se atiende a los conflictos que han surgido en Latinoamérica en materia de inversiones internacionales en los últimos años, se constata, por un lado, que algunas reclamaciones ya planteadas ante CIADI han sido posteriormente retiradas de la esfera de esta organización -ex artículos 43 y 44 de las Reglas de arbitraje CIADI- y resueltas de facto a través de otros mecanismos ADR como la negociación¹⁸. Por otro lado, recientes controversias han prescindido directamente del recurso a CIADI y han sido solventadas directamente por las partes implicadas¹⁹. Un dato adicional a tener en cuenta es que, pese a que el Convenio CIADI regula un procedimiento de conciliación y esta organización ha desarrollado asimismo unas Reglas al respecto, actualmente es una situación excepcional que los inversores y los Estados recurran a este mecanismo²⁰.

Todo ello conduce a propugnar que CIADI comience a concederle una mayor relevancia a mecanismos alternativos de solución de conflictos distintos del ya consolidado -pero ahora cuestionado- arbitraje de inversiones. CIADI ha de hallar las vías óptimas para ofrecer a Latinoamérica nuevos servicios cuya utilidad viene corroborada por una práctica ya instaurada en la región. En la consecución de

18 Informe anual 2009 (One ICSID conciliation proceeding was concluded), <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=ICSIDPublicationsRH&actionVal=ViewAnnualReports>.

19 Así ha ocurrido respecto a la controversia Andes Petroleum-Ecuador (Ecuador, Andes Petroleum Likely to Sign New Production Contract, http://www.rigzone.com/news/article.asp?a_id=64777) o Total SA-Venezuela (TOTAL S.A.: Venezuela: Sincor Officially Transformed into a Mixed Company, <http://www.reuters.com/article/pressRelease/idUS157827+08-Feb-2008+BW20080208>).

20 Informe anual 2009 (One ICSID conciliation proceeding was concluded), <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=ICSIDPublicationsRH&actionVal=ViewAnnualReports>.

este objetivo pueden confluír opciones tan diversas como las expuestas a lo largo de este decálogo: realización de un mayor número de actividades formativas sobre estas materias en Latinoamérica, fomento de reuniones jurídicas que impulsen foros de debate multidisciplinarios, mayor toma en consideración de las peculiaridades jurídicas que a este respecto caracterizan al área latinoamericana, etc. Esta desviación o ampliación del foco de interés de CIADI no tiene que hacer temer por el futuro del arbitraje auspiciado por esta organización internacional, ya que las características no uniformes de las distintas controversias en materia de inversiones van a permitir que estas mismas se auto-orienten hacia la correspondiente herramienta CIADI que sea más acorde en cada caso. Caso de que CIADI decidiese no apostar por el desarrollo de los ADR en su seno, sería positivo que no obstante colaborase con otras organizaciones que sí están interesadas en desarrollar esos mecanismos no arbitrales de solución de controversias.

1.8. Implicar a CIADI en la creación de un centro regional de arbitraje en Latinoamérica

Como se ha indicado en la introducción, en los últimos tiempos está empezando a resonar con fuerza en Latinoamérica la pretensión de que se instaure un nuevo centro de arbitraje. Desde esta región se propugna que dicho nuevo centro se ha de constituir sobre unos cimientos que sean favorables a países en vía de desarrollo como los latinos, de forma que estos puedan dejar de estar sometidos a CIADI.

No obstante, ha de tenerse en cuenta que si CIADI toma en consideración propuestas como las que ofrece este decálogo, se confía en que esta organización internacional en el futuro dejará de ser la institución a la que actualmente se oponen frontalmente importantes sectores latinoamericanos. Ello permitirá a CIADI proponer a la región una novedosa opción como podría ser la instauración de una subsede permanente de CIADI en Latinoamérica. Aunque esta medida sin precedentes supondría un coste adicional para CIADI, sin duda influiría positivamente en que dicha institución recuperase de forma consensuada su hegemonía en Latinoamérica. En caso de que esta iniciativa no prospere y que el proyecto de crear un centro regional de arbitraje formalmente desvinculado de CIADI siga perfilándose progresivamente en el futuro, CIADI tiene que adoptar una postura conciliadora y esforzarse por desempeñar un papel tutor frente al futuro centro arbitral. Su nuevo posicionamiento más modulado permitirá que esta organización

cierre una serie de acuerdos de cooperación -operacional, formativa, de divulgación, científica, etc.- con el nuevo centro, que igualmente le permitan mantener sus actividades arbitrales en la región. Para CIADI es esencial que nunca llegue a considerarse que el nuevo centro y CIADI son dos alternativas irreconciliables.

1.9. Reforzar el compromiso del Banco Mundial respecto de la mejora de la situación en Latinoamérica

Tradicionalmente, al Banco Mundial se le ha criticado que su apoyo económico a los países en vías de desarrollo está demasiado vinculado con la obligación que se les impone a estos de cumplir con determinados estándares. Dichos estándares generan un efecto pernicioso, ya que allanan el camino de acceso a la región a grandes empresas extranjeras cuyas inversiones son susceptibles de generar importantes controversias en las que, desde la perspectiva de los nacionales de dichos países, una pluralidad de derechos locales se ven lesionados. Aún a sabiendas de que es un postulado que requiere tanto un determinado periodo de tiempo de decantación como una importante labor de negociación en la esfera política, sería positivo que el Banco Mundial y otras organizaciones internacionales intensificasen sus mecanismos de apoyo a Latinoamérica, pero que al mismo tiempo desconectasen estos de requisitos ideados desde los países desarrollados. Latinoamérica se enfrenta a unos problemas -como la pobreza de su población o la explotación excesiva de sus recursos naturales-, cuya gravedad requiere un apoyo a nivel internacional lo más coordinado y desinteresado posible.

1.10. Bilateralizar el acercamiento entre CIADI y Latinoamérica

El cumplimiento del decálogo recién expuesto entrañaría sin duda un importantísimo esfuerzo por parte de CIADI. Ahora, si este esfuerzo se materializase, CIADI requeriría que Latinoamérica manifestase su beneplácito ante tales avances. Dicho beneplácito puede plasmarse en la reversión de medidas como las que, citadas en la introducción del presente trabajo, son reflejo de una actitud anti-CIADI por parte de Estados latinoamericanos. Solo con un esfuerzo tangible desde ambos lados será posible el acercamiento deseado.

2. Conclusiones

Para el estudioso del derecho, la respuesta latinoamericana respecto del arbitraje de inversiones gestionado por CIADI es un tema apasionante y que sin duda deparará abundantes sorpresas jurídicas en el futuro. Sorprende, por ejemplo, la velocidad con la que países como Ecuador están implantando medidas legislativas y prácticas contractuales internacionales con el fin de zafarse del control de este organismo internacional. No obstante, y como el título de este estudio preconiza y el cuerpo de este trabajo ha expuesto, se estima que la reconciliación entre dos posturas, hoy considerablemente enconadas, aún es posible si se trabaja sistemáticamente en pos de tal. Si CIADI quiere mantener su relevancia en el ámbito del arbitraje de inversiones internacionales, esta organización no puede ignorar las firmes protestas que algunos Estados miembros vienen planteando en los últimos años. Igualmente, los países críticos han de analizar con realismo tanto si las características de los otros mecanismos arbitrales actualmente disponibles se adecuan mejor a sus planteamientos como si es posible crear en el corto plazo nuevos mecanismos arbitrales que, aparte de satisfacerles, reciban también el beneplácito de los inversores.

Referencias

- Alfaro, C. E. & Lorenti, P. (2005). The Growing Opposition of Argentina to ICSID Arbitral Tribunals. *The Journal of World Investment & Trade*, 6, 417 y ss.
- Cabrera, F. Alba forward with plan to create regional investment arbitration alternative to ICSI at 7th Summit. Recuperado de <http://www.investmenttreatynews.org/cms/news/archive/2009/11/01/alba-moves-forward-with-plan-to-create-regional-investment-arbitration-alternative-to-icsid-at-7th-summit.aspx>.
- Fach, K. (2010). Latin America and ICSID: David versus Goliath? *Law and Business Review of the Americas*, 501-549.
- Franck, J. S. D. (2005). The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law through Inconsistent Decisions. *Fordham Law Review*, 73, 1521 y ss.
- Gottwald, E. (2007). Leveling the Playing Field: Is it Time for a Legal Assistance Center for Developing Nations in Investment Treaty Arbitration? *Am. U. Int'l L. Rev.*, 22, 237 y ss.

- Kalb, J. (2005). Creating an Icsid Appellate Body. *UCLA Journal of International Law and Foreign Affairs*, 10, 179 y ss.
- Mangan, L. M. (2008). With the Globalisation of Arbitral Disputes, is it time for a new Convention. *International Arbitration Law Review*, 11, 133-142.
- Odumosu, I. T. (2007). The Antinomies of the (Continued) Relevance of ICSID to the Third World. *San Diego Int'l L. J.*, 8, 345 y ss.
- Rosatti, H. D. (2003, October 15). Los tratados bilaterales de inversión, el arbitraje internacional obligatorio y el sistema constitucional argentino. *La Ley*, 2183.
- Tuck, A. P. (2007). Investor-State Arbitration Revised: A Critical Analysis of the Revisions and Proposed Reforms to the ICSID and Uncitral Arbitration Rules. *L. & Bus. Rev. Am.*, 13, 885 y ss.

Copyright of Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas is the property of Revista Facultad de Derecho y Ciencias Politicas and its content may not be copied or emailed to multiple sites or posted to a listserv without the copyright holder's express written permission. However, users may print, download, or email articles for individual use.