

Solución de *controversias sobre* **comercio e inversiones** *internacionales*

Gonzalo Biggs

*Abogado,
Socio de Figueroa y
Valenzuela, Abogados,
Miembro del Panel
de Arbitros Internacionales
de la Asociación de
Arbitraje de los
Estados Unidos (AAA)
fivall@entelchile.net*

Este trabajo analiza la importancia que revisten para los países de América Latina los principales mecanismos y convenciones de solución de controversias sobre comercio e inversiones internacionales, que son el complemento inseparable de estos últimos. El aumento espectacular de las controversias que administran estos mecanismos refleja el impacto que el comercio y las inversiones internacionales hoy tienen en el desarrollo económico. Sin embargo, a pesar del progreso en el plano internacional, la mayoría de los países todavía no han modernizado sus legislaciones internas, con lo cual esta tarea continúa pendiente. La incorporación a las mencionadas convenciones trae consigo múltiples responsabilidades tanto para los gobiernos como para las empresas latinoamericanas. Ellas incluyen mantener una atención actualizada de las resoluciones de los órganos internacionales que resuelven estas controversias y considerarlas en sus acciones y políticas públicas. Además, para evitar el alto costo de las consultorías extranjeras, que regularmente asesoran a los gobiernos y empresas latinoamericanos en estas disputas, los países deberían capacitar y especializar sus propios profesionales en estas materias.

I

Introducción

La transformación del comercio y las inversiones internacionales en agentes principales del desarrollo económico ha aumentado las controversias sobre estas materias. Como consecuencia, la operación de los mecanismos públicos y privados de solución de controversias comerciales y financieras internacionales —principalmente el arbitraje— ha adquirido especial trascendencia.

Distintos factores han contribuido a esta transformación que interesa a los países de América Latina y que fuera el resultado de las reformas macroeconómicas de la década de 1980. Esas reformas eliminaron antiguas restricciones al libre movimiento de bienes y servicios y abrieron los mercados a la competencia internacional. Una consecuencia del aumento de estas transacciones y de las controversias resultantes ha sido la necesidad de resolver estas últimas mediante mecanismos modernos, rápidos, eficientes e independientes de cualquier jurisdicción nacional. Actualmente, estos mecanismos son el complemento inseparable de la institucionalidad que rige las relaciones económicas y financieras internacionales. Se aplican a las controversias entre entes privados, entre Estados, y entre estos

últimos y aquéllos, indistintamente. Un factor decisivo en este desarrollo ha sido la eliminación por los países latinoamericanos de aquellas restricciones legales que impedían la sumisión de los Estados a jurisdicciones extranjeras o internacionales. Por otra parte, las políticas de los países industrializados de restringir las inmunidades de jurisdicción y ejecución de los Estados y empresas públicas extranjeras, en sus actividades comerciales, han contribuido asimismo a este cambio. Paralelamente, estos mismos países han promovido los acuerdos bilaterales de promoción y protección recíproca de inversiones (APPI) que establecen que las controversias entre inversionistas de un Estado y otro Estado Contratante se resolverán mediante el arbitraje internacional. Sobre estos temas es también relevante lo que expresara en una entrevista¹ Anthony Giddens, el autor de *La tercera vía: la renovación de la socialdemocracia*, al señalar que la importancia de la globalización radicaba en su efecto no sólo en el mayor desarrollo de los mercados, sino principalmente en la transformación de las instituciones y su contribución a la gradual erosión del concepto tradicional de soberanía.

II

Los beneficios para América Latina

Aunque con bastante retraso —como se verá—, los países de América Latina se han incorporado a los principales acuerdos de solución de controversias sobre comercio e inversiones internacionales.

Sin perjuicio de los problemas pendientes que mencionaremos más adelante, la aceptación de jurisdicciones internacionales para la solución de estas disputas constituye el tercer vértice de las reformas estructurales iniciadas en las últimas décadas. Dicho de otra manera, los beneficios de la apertura al comercio y las inversiones internacionales habrían sido ilusorios si los países de América Latina hubieran persistido en someter las controversias derivadas de estas transacciones a la jurisdicción exclusiva de sus tribunales locales.

Los beneficios de esta incorporación han sido múltiples.

Desde la perspectiva de los agentes internacionales, un factor decisivo para quienes comercian o invierten en nuestra región —y que forma parte de sus respectivos análisis de riesgo— es saber que las controversias que puedan surgir serán resueltas por mecanismos independientes de las autoridades locales. La sumisión a tribunales internos, en cambio —no siempre neutrales—, con resultados y duración inciertos, representa costos adicionales, que desalientan las inversiones y el comercio internacionales. De ello resulta que

¹ *El Mercurio* (2000), p. E4.

la aceptación de las principales jurisdicciones internacionales incentiva esas inversiones y transacciones.

Desde la perspectiva latinoamericana, el acceso a las jurisdicciones internacionales, sean éstas privadas, como de los centros de arbitraje que se mencionan más adelante, o públicas, como de la Organización Mundial del Comercio (OMC), el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones Internacionales (CIADI) del Banco Mundial, los APPI o los acuerdos de libre comercio, también ha tenido consecuencias altamente positivas.

El mayor impacto de las exportaciones latinoamericanas en el comercio internacional ha estado acompañado por el aumento de los obstáculos o restricciones que, de múltiples maneras, instigan los competidores. Nuestras exportaciones han sufrido, así, constantemente, acusaciones —generalmente injustificadas— de incurrir en prácticas desleales, de utilizar procedimientos contaminantes, de vender a precios de *dumping* o de estar subsidiadas. Hasta hace poco, las defensas ante estas acusaciones podían plantearse solamente —con magros resultados— ante los organismos administrativos o judiciales de los países importadores. Su alto costo y la falta de independencia de esos organismos llevó, en muchos casos, al desistimiento de cualquier reclamo. Con la creación, en la OMC y en los acuerdos de libre comercio, de procedimientos especiales para la resolución de las controversias comerciales, las circunstancias han cambiado radicalmente. Los exportadores latinoamericanos pueden ahora —en vez de acudir a las autoridades del país importador— defenderse, a un bajo costo, ante los órganos de la OMC o del acuerdo de libre comercio respectivo. Puede, también, presumirse que la sola existencia de estas alternativas reducirá los incentivos para tales acusaciones.

Algo similar ha ocurrido con las controversias sobre inversiones que, como se sabe, han sido la causa de los peores conflictos internacionales que ha conocido nuestra región. La incorporación —aunque tardía— al CIADI del Banco Mundial y la inclusión en los acuerdos de libre comercio de procedimientos para la solución no conflictiva de estas controversias ha disipado antiguas desconfianzas y promovido el aumento de la inversión extranjera. Una consecuencia adicional, quizás todavía no bien comprendida por los gobiernos, es la necesidad de armonizar sus acciones y políticas sobre inversiones con la normativa y jurisprudencia de estos centros arbitrales.

A pesar del progreso logrado en el plano internacional, se produce la paradoja de que los países todavía no han modernizado sus legislaciones internas. El resultado es que, con la excepción de México, y quizás Perú, ningún país latinoamericano califica como sede para un arbitraje comercial internacional. La imposibilidad de sustraer tales arbitrajes de los estrictos procedimientos y controles de los códigos nacionales vigentes —muchos adoptados en el siglo XIX— impide el normal funcionamiento de centros internacionales de arbitraje comercial en nuestra región.

Con bastante oportunidad, el Banco Interamericano de Desarrollo financió, a partir de 1993, un programa de reforma y modernización de los sistemas judiciales de sus países miembros. Como parte del mismo, fue aprobado en 1994 un financiamiento por 20 millones de dólares para un programa de métodos alternativos de solución de controversias que permitió la creación, en 18 países, de centros de mediación y arbitraje nacionales. No obstante el aporte de este programa, continúa pendiente una modernización de las legislaciones sobre arbitraje que haga posible la resolución de las controversias comerciales internacionales dentro de nuestra región.

En este trabajo mencionaremos los principales mecanismos públicos y privados de solución de controversias comerciales y financieras internacionales —con particular referencia a los países latinoamericanos. Los mecanismos públicos incluyen aquellos creados por iniciativas de organismos internacionales como las Naciones Unidas, la Organización de Estados Americanos (OEA) o el Banco Mundial o los nacidos de tratados o convenciones internacionales. Ejemplos de estos últimos son los establecidos por las convenciones de La Haya de 1907,² de Washington de 1965,³ de Panamá de 1975,⁴ por los acuerdos de libre comercio, y por el Acuerdo Ministerial de Marrakech de 1994, que estableció la OMC; a todos ellos se hará referencia más adelante.

² Convención sobre el arreglo pacífico de controversias internacionales.

³ Convención sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados.

⁴ Convención interamericana sobre arbitraje comercial internacional.

III

Posición latinoamericana frente al arbitraje internacional

A partir del siglo XVIII, los países europeos, y posteriormente los Estados Unidos, aplicaron en aquellos países que llamaban “no civilizados” la doctrina de la protección diplomática. Fue desarrollada por Vattel en el siglo XVIII e invocada para justificar la intervención de un Estado en los asuntos internos de otro, con el argumento de que el perjuicio al ciudadano de un Estado constituía un agravio a este último (Vattel, 1820, vol. 2, sec. 342, pp. 349 y 350). Fue incorporada a la política internacional de Europa y los Estados Unidos y sirvió para justificar diversas intervenciones en América Latina.

La reacción de América Latina frente a las intervenciones extranjeras fueron las doctrinas de Calvo y Drago. La doctrina Calvo, desarrollada a partir de 1873, invocó la jurisdicción exclusiva de los Estados para conocer y juzgar la conducta de extranjeros dentro de sus territorios; la doctrina Drago rechazó el uso de la fuerza para el cobro de las deudas de los Estados.⁵

México fue el primer país en aplicar la doctrina Calvo a partir de 1873.⁶ Esta se convirtió, rápidamente, en un principio de aceptación general en América Latina y fue incorporada en las constituciones y legislaciones de casi todos los países. Experiencias internacionales negativas justificaron la doctrina Calvo y contribuyeron a una actitud hostil hacia el arbitraje internacional. Fue el caso, entre otros, del laudo arbitral que justificó la ocupación militar de los puertos de Venezuela para el cobro de los créditos de diversos países europeos y del arbitraje respecto de la Guayana entre Venezuela y Gran Bretaña, que favoreció enteramente a esta última.⁷

La incorporación de los principios de no intervención en la Carta de las Naciones Unidas y de la OEA impidió que pudiera invocarse —legalmente— la protección diplomática. Sin embargo, los países

industrializados continuaron rechazando la doctrina Calvo, especialmente en materia de expropiación de inversiones. Para resolver esta dificultad, el Banco Mundial propuso, en 1964, la creación del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI). Su principal objetivo fue sustraer de las jurisdicciones locales la resolución de los conflictos relacionados con inversiones extranjeras e impedir que pudieran convertirse en conflictos entre Estados. Para lograrlo, el CIADI aplicó dos principios básicos. El primero fue reemplazar la jurisdicción nacional —del Estado receptor de la inversión— por una jurisdicción arbitral internacional. El segundo fue rechazar la protección diplomática.⁸

Para asegurar la incorporación de los países latinoamericanos al CIADI, fue eliminada la subrogación de un inversionista por el Estado del cual fuera originario.⁹ Sin embargo, ello no impidió el rechazo colectivo de América Latina a esa incorporación.¹⁰

Otra manifestación, igualmente negativa hacia el arbitraje internacional, fue la Decisión 24, de 1970, de la Comisión de la Junta de Cartagena, que prohibió que, en los contratos sobre inversiones, pudieran substraerse los posibles conflictos de las jurisdicciones nacionales.¹¹ Un principio similar fue reiterado en la Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados que aprobó la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1974.¹²

Sin embargo, las anteriores posiciones fueron cambiando lentamente, y hoy la mayoría de los países aceptan el arbitraje comercial internacional. Este proceso comenzó con la incorporación —aunque tardía— a la Convención de Nueva York, de 1958. Continuó

⁸ Artículo 27 (1) del CIADI.

⁹ Véase Szasz (1971).

¹⁰ Véase declaración del delegado de Chile, Félix Ruiz, en nombre de los países latinoamericanos (Ruiz, 1964).

¹¹ Artículo 51 de la Decisión 24, de diciembre de 1970, de la Comisión de la Junta del Acuerdo de Cartagena, que aprobó el Estatuto del Inversionista Extranjero. Los miembros de la Junta son Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela. Chile ya no es miembro pero lo era en 1970.

¹² Véase la Resolución 3281 (XXIX) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 12 de diciembre de 1974.

⁵ La doctrina Drago fue iniciativa del Ministro de Relaciones Exteriores de Argentina Luis María Drago (véase Conil, 1975, p. 4).

⁶ Véase nota del 13 de noviembre de 1873, de José María Lafragua, Ministro de Relaciones Exteriores de México, a John W. Foster, de la Legación de los Estados Unidos en México (Lafragua, 1873).

⁷ Antecedentes posteriores indicaron que en el fallo influyó el soborno de uno de los árbitros.

con la Convención de Panamá, de 1975, y la aceptación por los Estados deudores, en la década de 1970, de jurisdicciones extranjeras para resolver las controversias derivadas de los préstamos de la banca comer-

cial internacional. Y culminó con los acuerdos de promoción y protección de inversiones (APPI) y la incorporación al CIADI de la mayoría de los países de la región, salvo México y Brasil.

IV

La Corte Permanente de Arbitraje

El arbitraje institucional nace con la primera Conferencia Internacional de la Paz (La Haya, 1899), que adoptó la primera Convención para la Resolución Pacífica de Controversias Internacionales, y que estableció la Corte Permanente de Arbitraje (CPA).¹³ Esta Conferencia fue continuada por la segunda Conferencia de la Paz de La Haya, de 1907, que reconoció al arbitraje como el medio más eficaz para resolver las cuestiones de orden jurídico o de interpretación de los tratados internacionales. La Convención de 1899 fue reemplazada por la de 1907.

La CPA es la institución arbitral más antigua del mundo y, además, mantiene su plena vigencia. Su jurisdicción es extraordinariamente amplia y se extiende a cualquier litigio o solamente a litigios de una categoría determinada.¹⁴ No es un tribunal, sino un mecanismo de solución de disputas mediante árbitros designados en cada caso, conforme a un procedimiento que administra su Secretaría Internacional. Fue la antecesora de la Corte Permanente de Justicia Internacional, de 1919, y tuvo especial importancia durante sus primeros años.

Su actividad fue revigorizada, a partir de 1981, al ser designada por los Estados Unidos e Irán para resolver sus múltiples disputas. A partir de esa fecha y hasta enero del 2001, los tribunales así formados han dictado 680 laudos arbitrales y establecido importantes precedentes sobre contratos internacionales y compensación de expropiaciones, que entre otros¹⁵ han involucrado a países latinoamericanos.¹⁶ Uno de los más célebres, y lamentables, legitimó el bloqueo de los puertos de Venezuela por tres países europeos para obtener el pago de sus créditos con los ingresos aduaneros de ese país. Este laudo produjo, como reacción, la doctrina Drago ya mencionada y desprestigió el arbitraje internacional en América Latina.

Su jurisdicción que, en un principio, sólo abarcaba las controversias entre Estados, se ha extendido a las controversias entre Estados u organismos internacionales y entes privados. En 2002, eran miembros de la CPA 97 Estados, que incluían a la mayoría de los latinoamericanos.

V

La Convención de Nueva York de 1958

Un hito en la evolución del arbitraje comercial internacional fue la Convención de Nueva York, de 1958, sobre reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros, de la cual en 2002 formaban parte 120 Estados. Fue aprobada por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Arbitraje Comercial Internacio-

nal¹⁷ a la que convocara el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas.¹⁸ Sin embargo, los países latinoamericanos, que mantenían una abierta hostilidad

¹³ Véase Rosenne, comp. (2001).

¹⁴ Artículo 39 de la Convención de 1907.

¹⁵ www.pca-cpa.org

¹⁶ Estos casos han incluido a México y los Estados Unidos (Fondo Pío de California) en 1902; Venezuela en 1902 y 1910; Perú en 1910 y 1914, y Costa Rica en 1998. Este último se refirió a un contrato de financiamiento con Italia.

¹⁷ Tuvo lugar en Nueva York, del 20 de marzo al 10 de junio de 1958.

¹⁸ Resolución 604 (XXI) del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, de 3 de mayo de 1956.

hacia el arbitraje internacional, fueron los últimos en ratificarla.¹⁹

El 10 de junio de 1998 se celebraron los 40 años de la Convención de Nueva York y el Secretario General de las Naciones Unidas, Kofi Annan, señaló que esa Convención, a la cual habían adherido 117 Estados, incluyendo las principales naciones comerciales, era uno de los tratados más exitosos en el área del derecho comercial (Naciones Unidas, 1999). En realidad —podemos agregar— el desarrollo del arbitraje comercial internacional comienza con esta Convención que se originó en 1953 en un borrador presentado por la Cámara de Comercio Internacional de París (cci) ante el Consejo Económico y Social sobre laudos arbitrales internacionales. Sin embargo, dicho Consejo lo limitó a los laudos arbitrales extranjeros.²⁰ La propuesta corregía las notorias insuficiencias de la Convención de Ginebra, de 1927, para la Ejecución de Fallos Arbitrales Extranjeros, que ningún país latinoamericano había firmado. Un instrumento anterior, el Protocolo de Ginebra relativo a las cláusulas de arbitraje, de 1923, tampoco tuvo aceptación en la región latinoamericana.²¹ La Convención de Nueva York dejó sin efecto tanto la Convención como el Protocolo de Ginebra mencionados.²²

VI

El aporte de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL)

La Asamblea General de las NU, al establecer UNCITRAL²³ en 1966, reconoció que “las divergencias que surgen de las leyes de los diversos Estados en materias relacionadas con el comercio internacional constituyen uno de los obstáculos al desarrollo del comercio, mundial” y consideró que, a través de esta Comisión, las Naciones Unidas podrían desempeñar “un papel más activo

La Convención de Nueva York se aplica “al reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales dictadas en el territorio de un Estado distinto de aquel en que se pide el reconocimiento y la ejecución de dichas sentencias y que tengan su origen en diferencias entre personas naturales o jurídicas”,²³ y los laudos pueden ser dictados por árbitros especiales o por órganos arbitrales permanentes.

Las innovaciones de la Convención de Nueva York sobre la de Ginebra, de 1927, fueron: i) eliminó el doble *exequatur*, o aprobación judicial de los laudos arbitrales por el país de su expedición y del país donde se pide su cumplimiento (sólo mantuvo esta última autorización); ii) redujo las causales para rechazar el reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales extranjeros, y iii) invirtió el peso de la prueba de quien solicita el reconocimiento. Estableció, en cambio, que las razones que impiden el reconocimiento y ejecución del laudo sólo las puede plantear la parte en contra de la cual éste se invoca.²⁴ (Bajo la Convención de Ginebra, la parte que pedía el reconocimiento debía justificarlo). No obstante su contribución al desarrollo del arbitraje comercial internacional, la falta de una institucionalidad ha impedido que la Convención haya podido aumentar su efectividad.

en la reducción o en la eliminación de los obstáculos jurídicos con que tropieza la corriente del comercio internacional.”²⁶

UNCITRAL recibió el mandato de fomentar la “armonización progresiva” del “derecho mercantil internacional”, y, a través de los años, se ha convertido en el principal órgano jurídico de las Naciones Uni-

¹⁹ El primero fue Ecuador, en 1962, y el último Brasil, que lo hizo el 7 de junio de 2002. México la ratificó en 1971, Chile en 1975, Colombia en 1979, Perú en 1988, Argentina en 1989 y Venezuela en 1995.

²⁰ El distingo entre laudo arbitral extranjero y laudo arbitral internacional es una cuestión de hecho que los tribunales han resuelto en cada caso.

²¹ Brasil firmó pero no ratificó el Protocolo de 1923.

²² Artículo VII (2) de la Convención de Nueva York.

²³ Artículo 1 (1) de la Convención.

²⁴ Al ratificar la Convención, algunos países formularon reservas. Estados Unidos, por ejemplo, señaló que aplicará la Convención sobre la base de la reciprocidad y únicamente a las diferencias que se consideren comerciales según la ley estadounidense.

²⁵ Hemos utilizado en este artículo la sigla en inglés de esta Comisión —UNCITRAL— por ser la que se usa universalmente.

²⁶ Resolución 2205 (XXI) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 17 de diciembre de 1966, considerandos quinto y noveno.

das para el desarrollo del derecho comercial internacional.

Está integrada por 36 Estados miembros elegidos por la Asamblea General por períodos de seis años, que representan a las distintas regiones geográficas y sistemas jurídicos y económicos del mundo.²⁷ Su sede está en Viena y ha aprobado, entre otros, el Reglamento de Arbitraje de UNCITRAL, de 1976, y la Ley modelo sobre arbitraje comercial internacional, de 1985.

1. Reglamento de Arbitraje de 1976

Este Reglamento de Arbitraje²⁸ fue aprobado después de consultas con los gobiernos y centros de arbitraje internacionales. Sirve de referencia en los contratos comerciales y es utilizado en los arbitrajes *ad hoc* e institucionales y por los principales centros de arbitraje, prácticamente sin modificaciones.²⁹

Su aplicación universal se explica porque, en su redacción, fueron considerados los más diversos sistemas jurídicos, sociales y económicos. Una confirmación de su aceptación universal fue el acuerdo entre los Estados Unidos y la República Islámica de Irán, de aplicarlo a la resolución de sus disputas (Sekolec, 1987). El Reglamento confirma la independencia y autonomía del procedimiento arbitral en cuanto excluye la obligación de acatar las disposiciones legales no obligatorias aplicables a los procedimientos arbitrales. El árbitro puede conducir el arbitraje como lo considere más apropiado, siempre y cuando las partes sean tratadas

con igualdad y puedan exponer su caso en cualquier etapa del proceso.³⁰

2. Ley Modelo de 1985

Fue el resultado de intenso trabajo y consultas con instituciones, gobiernos y expertos de las distintas regiones del mundo. En la resolución aprobatoria se recomendó "que todos los Estados examinen debidamente la Ley Modelo sobre arbitraje comercial internacional, teniendo en cuenta la conveniencia de la uniformidad del derecho procesal arbitral y las necesidades específicas de la práctica del arbitraje comercial internacional".³¹ Constituye el complemento de la Convención de Nueva York de 1958 y del Reglamento de Arbitraje de 1976. Este último depende del régimen legal obligatorio dentro del cual se aplica. La Convención de Nueva York regula los procedimientos de ejecución pero no se refiere al contenido sustantivo del arbitraje. En cambio, la Ley Modelo asegura la operatividad de la Convención y Reglamento mencionados. Constituye, por lo tanto, el tercer vértice del triángulo normativo que regula el arbitraje comercial internacional.

Las razones para la adopción de la Ley Modelo fueron los obstáculos en las leyes nacionales que impedían, y todavía impiden, la autonomía de la voluntad en la administración de los arbitrajes.³² Los países latinoamericanos, sin embargo, con raras excepciones, todavía no han uniformado sus legislaciones conforme a dicha ley.

VII

La Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional

El 30 de enero de 1975, la Conferencia Interamericana de Derecho Internacional Privado aprobó esta Conven-

ción, conocida también como Convención de Panamá. Así como la Convención de Nueva York dinamizó el arbitraje comercial en el mundo, la Convención de Panamá ha procurado tener un efecto similar en el continente americano.

²⁷ En 2002, Argentina, Brasil, Colombia, Honduras, México y Paraguay eran miembros de la UNCITRAL.

²⁸ Aprobado por Resolución 31/98 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 15 de diciembre de 1976.

²⁹ Las instituciones que utilizan el Reglamento de Arbitraje incluyen, entre otras, a la Asociación de Arbitraje de los Estados Unidos (AAA); la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial (CIAC); la Corte Española de Arbitraje; la Corte de Arbitraje Comercial de Londres y la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo.

³⁰ Artículo 15 (1) del Reglamento de Arbitraje de la UNCITRAL.

³¹ Resolución 40/72 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 11 de diciembre de 1985.

³² Véase Sekolec, 1987, p. 150.

1. Antecedentes históricos

Diez años antes de la primera Conferencia Internacional de la Paz (La Haya, 1899), los países de América Latina aprobaron el Tratado de Montevideo de 1889, que incluyó disposiciones sobre arbitraje. Pero fue ratificado por sólo seis países y no tuvo mayor aplicación (OEA, 1980a). Posteriormente, el Código de Bustamante, de 1928, incluyó igualmente disposiciones sobre arbitraje³³ y lo mismo hizo la Convención de Montevideo, de 1940 (OEA, 1980b). Pero, nuevamente, ninguna tuvo trascendencia.

Sin embargo, la Séptima Conferencia de los Estados Americanos creó, en 1934, la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial (CIAC), en la actualidad plenamente vigente.³⁴ La CIAC fue concebida como órgano de la Unión Panamericana (hoy OEA), con el apoyo de la Asociación de Arbitraje de los Estados Unidos (AAA), y su responsabilidad principal fue establecer un sistema interamericano de arbitraje (Norberg, 1975).

En 1967, el Comité Jurídico Interamericano aprobó un borrador de convención y, el 6 de agosto de 1973, su versión final. Con esta versión y las contribuciones de distintos países, fue aprobada en Panamá, en 1975, la actual Convención (Norberg, 1975, pp. 280 y 281).

2. La Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial (CIAC)

El objeto de la CIAC³⁵ es establecer y mantener un sistema interamericano de formas alternativas de resolución de conflictos comerciales mediante el arbitraje, la conciliación y otros métodos y difundir el sistema dentro de los países que la integran.

Su oficina principal está en Washington, en la sede de la OEA, pero tiene secciones nacionales en distintos países. Entre sus funciones están las de administrar arbitrajes comerciales internacionales y actuar de mediador o conciliador cuando las partes así lo pacten o convengan. Su patrimonio se integra, entre otros, con los derechos de afiliación y las contribuciones ordinarias y extraordinarias de las secciones nacionales y miembros asociados.

Las secciones nacionales, designadas por el Comité Ejecutivo de la CIAC, conforme a los procedimientos de su estatuto, son las ejecutoras de sus planes y programas. Deben ser personas jurídicas de reconocida solvencia cuyos objetivos coincidan con los de la CIAC. Generalmente, son las cámaras de comercio. Miembros asociados son las asociaciones gremiales, académicas o de investigación cuyos objetivos sean promover o difundir métodos de resolución de conflictos de carácter comercial.

El Consejo es el órgano supremo de la CIAC y está conformado por sus funcionarios principales —el presidente, los tres vicepresidentes, el director general, el secretario y el tesorero— y los delegados principales o suplentes de las secciones nacionales. Los funcionarios son elegidos por el Consejo por períodos de dos años, pudiendo ser reelegidos.

3. Características de la Convención de Panamá

La justificación de la Convención de Panamá ha sido cuestionada por algunos autores (Kearney, 1987, p. 736), por considerarla una réplica de la Convención de Nueva York. Sin embargo, tuvo especial importancia, por cuanto estableció por primera vez en la región latinoamericana un sistema jurídico comercial internacional que trascendió las legislaciones nacionales.

Sus aportes fueron los siguientes:

- i) Fue la primera manifestación colectiva latinoamericana en favor del arbitraje comercial internacional. Resultó significativo que la Convención de Panamá fuera aprobada cuando, dentro de la región, solamente Ecuador y México habían accedido a la Convención de Nueva York, y ningún país había adherido al CIADI del Banco Mundial (Norberg, 1975, p. 276).
- ii) No menos importante, la Convención de Panamá incluyó a los países latinoamericanos y también a Estados Unidos. Esta integración internacionalizó el sistema, por cuanto ha obligado a armonizar la cultura civilista latinoamericana con el derecho consuetudinario (*common law*) de los Estados Unidos.
- iii) En contraste con la Convención de Nueva York, que carece de institucionalidad, la Convención de Panamá es administrada por la CIAC.
- iv) La Convención de Panamá resolvió múltiples impedimentos de las legislaciones nacionales. Algunos ejemplos: la mitad de las legislaciones negaban valor al arbitraje de controversias futuras. Otras prohibían que los árbitros fueran extranjeros, que

³³ El Código de Bustamante sobre Derecho Internacional Privado fue aprobado por la Conferencia Interamericana (La Habana, 20 de febrero de 1928).

³⁴ Resolución XLI, de 23 de diciembre de 1933, de la Séptima Conferencia de los Estados Americanos, en Montevideo.

³⁵ El Estatuto de la CIAC es del 1º de noviembre de 1996.

los arbitrajes pudieran realizarse en otro país o en idioma distinto del castellano. La Convención eliminó estas limitaciones.³⁶ Respecto a la identificación de las normas de procedimiento aplicables —que originó un intenso debate— se estableció

que, a falta de acuerdo, el arbitraje seguiría el procedimiento de la CIAC.³⁷ Este procedimiento entró en vigor en 1978, y reproduce el Reglamento de UNCITRAL ya comentado. Con ello, el sistema regional se integró al régimen internacional vigente.³⁸

VIII

La solución de controversias en los acuerdos de libre comercio

Hasta el Tratado de Libre Comercio de 1988 entre Canadá y los Estados Unidos,³⁹ los acuerdos comerciales regulaban exclusivamente el comercio de bienes o servicios. Esto cambió con el acuerdo mencionado. Sus 20 capítulos, además de regular ese comercio, establecieron una administración especial y una normativa aplicable al conjunto de las relaciones económicas

entre ambos países, incluyendo la solución de controversias. Su estructura ha sido continuada por el Tratado de Libre Comercio (TLC) de América del Norte, el TLC de Chile con Canadá, el TLC de Chile con los Estados Unidos, y otros acuerdos comerciales. También deberá influir en el futuro Acuerdo de Libre Comercio de las Américas (ALCA).

IX

El Tratado de Libre Comercio de América del Norte

El Tratado de Libre Comercio (TLC) de América del Norte es el principal acuerdo de libre comercio del hemisferio americano y fue suscrito por los Estados Unidos, Canadá y México.⁴⁰

En vez de instituciones supranacionales con personalidad jurídica, patrimonio y administraciones separadas e independientes, este tratado opera con la participación directa de las Partes Contratantes. El órgano principal es la Comisión de Libre Comercio (en adelante “la Comisión”) formada por representantes de nivel ministerial de los tres países miembros, o que éstos designen. Salvo que se decida otra cosa, sus decisiones son adoptadas por consenso.

El TLC de América del Norte establece un procedimiento general y procedimientos especiales para la solución de controversias. El procedimiento general del Capítulo XX se aplica a las controversias sobre interpretación o aplicación del Tratado o cuando una Parte considera que alguna medida propuesta por la otra es, o podrá ser, inconsistente con las obligaciones del Tratado o podrá suprimir algunos de los beneficios

³⁶ Argentina se opuso a la Convención de Panamá por estimarla contraria a su Constitución, y porque ella no reconoce la validez de arbitrajes fuera del país o por árbitros no argentinos (Norberg, 1975, p. 283). Bastante después, el 15 de marzo de 1991, Argentina firmó la Convención, y la ratificó el 1 de marzo de 1995.

³⁷ Artículo 3 de la Convención de Panamá.

³⁸ El 14 de junio de 1980 entró en vigencia la Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros. Esta convención ha sido firmada por los Estados Miembros de la OEA, con excepción de los Estados Unidos, Canadá y los países del Caribe de habla inglesa. En lo referente a los laudos arbitrales, se aplica en todo lo no previsto en la Convención de Panamá.

³⁹ El Acuerdo de Libre Comercio entre Canadá y Estados Unidos, fue firmado en 1988 y entró en vigencia el 1 de enero de 1989.

⁴⁰ También conocido por su acrónimo en inglés —NAFTA— fue firmado el 17 de diciembre de 1992 y entró en vigencia el primero de enero de 1994. Paralelamente firmaron un Acuerdo de Cooperación Ambiental y Laboral.

razonables esperados del mismo.⁴¹ Los procedimientos especiales se aplican a las controversias sobre inversiones (Capítulo XI), servicios financieros (Capítulo XIV), *antidumping* y cuotas compensatorias (Capítulo XIX), y asuntos ambientales y laborales.⁴² De estos procedimientos, el de mayor aplicación ha sido el relativo a inversiones.

La regla general es que sólo las Partes Contratantes pueden iniciar la formación de un tribunal arbitral para resolver las controversias sobre el Tratado. La excepción son las controversias sobre inversiones que pueden iniciarse por un inversionista de alguna de las Partes. Además, ese inversionista puede ejercer la acción en su propio nombre o, también, en el de una empresa de la otra Parte que sea una persona jurídica de la que el inversionista es dueño o que controla directa o indirectamente.⁴³ En cuanto a la ley aplicable, el Tratado establece que éste debe ser interpretado según sus objetivos y el derecho internacional. No señala, por lo tanto, que los tribunales deban aplicar la ley nacional de alguna de las Partes. Sin embargo, el Acuerdo sobre Cooperación Ambiental establece que la parte demandante puede fundar su acción en “la existencia de una pauta persistente de omisiones en la aplicación efectiva de la legislación ambiental de esa otra Parte”.⁴⁴ En cuanto a la ejecución de los fallos arbitrales, el Tratado establece reglas especiales en cada caso. En las controversias sobre inversiones, cada Parte está obligada a hacer cumplir el laudo dentro de su territorio, pero, de no cumplirse, el inversionista puede exigir su ejecución conforme a las reglas del CIADI, la Convención de Nueva York o la Convención de Panamá, independientemente de que haya solicitado esa ejecución directamente de la Comisión.⁴⁵ En los demás casos, las reglas son más complejas y, en general, la parte vencedora puede suspender la aplicación a la parte vencida de beneficios por un valor equivalente a las sumas adeudadas en el caso de rehusar al litigante perdedor dar cumplimiento al laudo.⁴⁶

1. Controversias sobre inversiones (Capítulo XI)

Se aplica a las controversias entre alguna de las Partes Contratantes y un inversionista de la otra Parte en

las situaciones allí descritas.⁴⁷ Opera cuando un inversionista de alguno de los tres países reclama que el gobierno del país receptor no ha cumplido las obligaciones del Tratado. En tal caso, puede solicitar que su reclamo sea resuelto mediante alguno de los siguientes procedimientos:

- El CIADI del Banco Mundial
- El Mecanismo Complementario del CIADI⁴⁸
- El Reglamento de Arbitraje de la UNCITRAL.

Como alternativa, el inversionista puede también acudir a los tribunales del país receptor de la inversión. Una característica de este mecanismo es que los laudos arbitrales finales son automáticamente exigibles en los tribunales nacionales del país anfitrión.

Hasta el año 2002, había habido seis juicios de empresas inversionistas norteamericanas en contra de México y uno en contra de Canadá, bajo este Capítulo XI. Los juicios en contra de México se han llevado a cabo bajo el Mecanismo Complementario del CIADI. En cambio, el juicio en contra de Canadá se realizó bajo el Reglamento de la UNCITRAL. De los juicios en contra de México, tres han sido resueltos y tres estarían pendientes.⁴⁹ Algunas interpretaciones de estos fallos han ampliado en términos sin precedentes distintos conceptos utilizados en acuerdos internacionales. Es el caso, entre otros, de la negativa de un órgano provincial mexicano de otorgar, por razones ambientales, un determinado permiso de construcción y que un fallo arbitral consideró como una “medida equivalente a expropiación”.⁵⁰

2. Controversias sobre *antidumping* (Capítulo XIX)

El artículo 1903 establece que una Parte puede solicitar que las modificaciones legales efectuadas por otra Parte, en materia de *antidumping* o cuotas compensatorias, sean resueltas por un panel binacional que declare la compatibilidad o no de sus modificaciones, con las disposiciones pertinentes de la OMC o del TLC de

⁴¹ Artículo 2004 del TLC de América del Norte.

⁴² Paralelamente con el TLC de América del Norte se firmaron los Acuerdos sobre Cooperación Ambiental y Cooperación Laboral.

⁴³ Artículo 1117 del TLC de América del Norte.

⁴⁴ Artículos 22 y 23 del Acuerdo sobre Cooperación Ambiental.

⁴⁵ Artículo 1136 del TLC de América del Norte.

⁴⁶ Artículo 2019 del TLC de América del Norte.

⁴⁷ Véase un completo análisis del Capítulo XI del TLC de América del Norte, en Alvarez (2000).

⁴⁸ Véase más adelante la sección XV, subsección 3, del presente trabajo.

⁴⁹ Los juicios en contra de México y las fechas de sus respectivos laudos son: i) Robert Azinian, 1 de noviembre de 1999; ii) Metalclad, 30 de agosto de 2000, y iii) Waste Management, 2 de junio de 2000. Los juicios pendientes son: i) Técnicas Medio Ambientales, ingresado el 28 de agosto de 2000; ii) Waste Management, ingresado el 30 de abril de 2001, y c) Fireman's Insurance, ingresado el 15 de enero de 2002.

⁵⁰ Metalclad en contra de México. Véase CIADI (2001).

América del Norte; o si tienen el efecto de revocar una resolución previa del panel.

El artículo 1904 se refiere a las resoluciones definitivas internas de una Parte importadora sobre cuotas *antidumping* y compensatorias, y existencia de daño, y establece que éstas podrán ser revisadas por un panel binacional como alternativa a la revisión judicial o apelación ante los organismos nacionales competentes de

algunos de los tres países. Como salvaguarda contra los procedimientos incorrectos o erróneos de los paneles, el artículo 1904 contempla un "procedimiento para la impugnación extraordinaria". Este permite apelar, en casos graves, ante un Comité de tres jueces seleccionados entre personas que hayan sido miembros de los tribunales federales de México o los Estados Unidos o de los tribunales superiores de Canadá.

X

Los centros privados de arbitraje internacional

Otro factor en la expansión del arbitraje han sido los centros privados de arbitraje internacional, cuya importancia ha aumentado constantemente. La tendencia moderna es hacia el arbitraje por instituciones especializadas, en vez del arbitraje especial.

El arbitraje privado institucional es un mecanismo autosuficiente, predecible, administrado sin intervención externa, que garantiza procedimientos uniformes por profesionales independientes y que los laudos no serán impugnados. Cuando además provienen de los principales centros internacionales, el prestigio de la institución y la Convención de Nueva York, aseguran su pronto cumplimiento en el lugar de expedición y el resto del mundo. Debe agregarse que los Estados y sus empresas pueden ser —como de hecho lo han sido— partes demandantes o demandadas ante estos centros arbitrales. Sus ventajas son la rapidez, bajo costo, calidad profesional de los árbitros, confidencialidad, seguridad de ejecución y eliminación de recursos ante tribunales locales. Esto último supone que la legislación del país permite a las partes acordar libremente el procedimiento aplicable al arbitraje.

Los centros principales son la Asociación de Arbitraje de los Estados Unidos (AAA); la Corte de Arbitraje Internacional de la Cámara de Comercio Interna-

cional; la Corte de Arbitraje Internacional de Londres y la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo.⁵¹ En 1985 fue establecida la Federación de Instituciones de Arbitraje Internacional, de la cual forman parte 74 organizaciones arbitrales de 46 países, y en 1999 la AAA formó el Centro Global de Investigación para la Resolución de Disputas, que agrupa a las diversas instituciones de arbitraje público y privado. Su objetivo es la investigación del arbitraje internacional.

Una idea de la trascendencia del arbitraje institucional la proporcionan las siguientes cifras.

En 1966 ingresaron a la AAA 13.000 casos de conciliación y arbitraje. En 2001 ingresaron 218.000, de los cuales 650 fueron internacionales. La CCI, establecida en 1923, ha tenido una experiencia similar. En un período de doce años, desde 1979 a 1990, recibió 3.500 casos, esto es, el mismo número que en sus primeros 55 años (1923-1978).⁵² La anterior experiencia se repite en los demás centros internacionales, especialmente los de Asia, como Hong Kong y China. Por contraste, los casos resueltos por la Corte Internacional de Justicia en sus 58 años de existencia no ha sido superior a cien.

⁵¹ Aunque administrativamente forma parte de la Oficina Internacional de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), su Centro de Mediación y Arbitraje es independiente. Fue establecido en 1994 y proporciona servicios de mediación y arbitraje para la solución de disputas entre entes privados. Sus áreas de especialización son las controversias sobre propiedad intelectual, comercio electrónico e Internet.

⁵² La CCI resuelve principalmente arbitrajes internacionales. En cambio, la AAA resuelve arbitrajes nacionales e internacionales.

XI

La Asociación de Arbitraje de los Estados Unidos (AAA)

1. Descripción

La AAA es la principal institución arbitral en el mundo. Fue formada en 1926 por hombres de negocios, abogados, comerciantes y académicos de los Estados Unidos para evitar los costos y riesgos de un sistema judicial que no respondía a las necesidades de la era industrial. En 1992 recibió el caso número un millón y cada año el número de casos recibidos supera al del año anterior. Es dirigida por un directorio que integran representantes de las principales empresas industriales y comerciales, firmas de abogados e instituciones académicas de los Estados Unidos. Tiene 35 oficinas en Estados Unidos y 53 acuerdos de cooperación con instituciones arbitrales de 39 países, un Consejo Asesor para Asia y otro para América Latina.

La AAA aplica el procedimiento de la UNCITRAL, con algunas diferencias según se trate de arbitraje inter-

nacional o nacional o concierna a sectores específicos como la construcción, la propiedad intelectual u otros. Los árbitros son designados de listas ya establecidas después de cumplidos diversos requisitos, inclusive haber participado en los cursos de especialización que imparte la AAA.

En 1996 fue establecido el Centro Internacional para la Solución de Disputas como división separada de la AAA. En 2001, este Centro administró 649 casos y se convirtió en la primera institución mundial en la administración de arbitrajes comerciales internacionales. Estos casos representaron demandas y contrademandas por más de 10.000 millones de dólares y 43% fueron superiores al millón de dólares. Los casos resueltos involucraron a árbitros o partes de 63 países y, en promedio, se resolvieron en menos de 10 meses (AAA, 2002).

XII

La Cámara de Comercio Internacional (cci)

1. Descripción

La cci es la principal organización comercial internacional existente. Su objeto es promover el comercio y las inversiones internacionales. Fue creada en 1919 y sus miembros son empresas y organizaciones comerciales de más de 130 países. A través de sus Comités Nacionales tiene acceso a los gobiernos sobre las materias que interesan al comercio y las inversiones internacionales. Después de la creación de las Naciones Unidas, la cci adquirió estatus de órgano consultivo al más alto nivel tanto de la organización como de sus organismos especializados.⁵³ Hoy mantiene y coordina programas con la OMC y el CIADI, entre otros.

La cci es dirigida por un Consejo, formado por delegados de los Comités Nacionales, que generalmente se reúne cada dos años.

En 1923, la cci estableció, como organismo autónomo, la Corte de Arbitraje Internacional (en adelante "la Corte") para el servicio de sus socios. Desde su creación, la Corte ha protagonizado las principales iniciativas para el desarrollo del arbitraje comercial internacional. Tiene 112 miembros de 73 países, y su responsabilidad es organizar y supervisar, con el apoyo de un Secretariado de 40 profesionales, los arbitrajes realizados bajo sus Reglas. Es, además, junto con la AAA, el principal centro de arbitraje comercial existente en el mundo.

Desde su creación, la Corte ha administrado más de 11.000 casos y, desde 1999, ingresan más de 500 casos cada año. En 2001 recibió 566 solicitudes de 116 países, y expidió 341 laudos. Un 54% de los casos

⁵³ www.iccwbo.org

fueron por un monto superior al millón de dólares.⁵⁴ Los procesos que involucraron a litigantes de América Latina y el Caribe en 2001 representaron el 9,2% del total.⁵⁵

2. El arbitraje

Las actuales reglas entraron en vigencia el primero de enero de 1998 y se aplican a los arbitrajes iniciados a partir de esa fecha.⁵⁶ La Corte por sí misma no resuelve las disputas; su función es asegurar la aplicación del Reglamento.

Sus características son las siguientes: i) la Corte administra directamente, incluyendo la confirmación de los árbitros y la previa revisión del laudo en cuanto a su forma y fondo; ii) la flexibilidad y universalidad del sistema permite que los arbitrajes puedan realizarse en cualquier lugar del mundo.

El tribunal se rige por sus Reglas y aplica las leyes acordadas por las partes. A falta de acuerdo, aplica las leyes que considera apropiadas. Recibido el

expediente, el tribunal confecciona los términos de referencia (resume las demandas y contrademandas y define las cuestiones en disputa) y con la firma de las partes y de los árbitros, los envía a la Corte para su aprobación. Evacuado este trámite, el tribunal procede al conocimiento y resolución del juicio. Concluido el procedimiento, dispone de seis meses para dictar el laudo, cuyo borrador debe ser aprobado con anterioridad por la Corte. La Corte puede modificar la forma del laudo y también llamar la atención a cuestiones de fondo. Ningún laudo puede ser dictado sin que la Corte haya antes revisado su forma y aspectos de fondo. Los honorarios de los árbitros y gastos administrativos son fijados exclusivamente por la Corte.

Notificado el laudo por la Secretaría, las partes deben cumplirlo sin más trámite y se entiende que han renunciado a cualquier recurso que pudiera existir en su contra. El Reglamento menciona que el laudo sólo puede ser objeto, dentro de los 30 días de notificado, de una solicitud de corrección por errores tipográficos, computacionales o de interpretación.

XIII

Diferencias entre los arbitrajes de la AAA y de la Corte de Arbitraje de la cci

Los procedimientos de la AAA y de la Corte de Arbitraje de la CCI tienen las siguientes diferencias:

- En la AAA, los árbitros son designados por las partes o, a falta de acuerdo, por la AAA, a partir de listas ya establecidas; la Corte, en cambio, no tiene listas de árbitros y, cuando falta acuerdo, las designaciones se basan en las recomendaciones de sus Comités Nacionales;
- La Corte supervisa el procedimiento desde su inicio hasta el final y exige que, a los dos meses de recibir un caso, el tribunal entregue términos de referencia.⁵⁷ Esta exigencia facilita la identificación de las cuestiones sustantivas y que una

alta proporción de casos sean resueltos amigablemente durante este período. Este trámite no existe en la AAA, la cual respeta la autonomía del árbitro para adoptar sus decisiones y conducir el juicio libremente y sin interferencias o controles.

- Un borrador del laudo es revisado y aprobado previamente por la Corte, que, inclusive, puede opinar sobre sus aspectos sustantivos.⁵⁸ Esta revisión no la realiza la AAA.
- Los procedimientos de la AAA —no así los de la Corte— exigen audiencias preliminares o conferencias prearbitrales, especialmente para los casos grandes y complejos.
- La principal función de la Corte es la resolución de arbitrajes internacionales. En cambio, la principal actividad de la AAA es la resolución

⁵⁴ www.iccwbo.org

⁵⁵ Los principales países involucrados fueron Brasil (28 litigantes); México (26 litigantes); y Argentina (16 litigantes).

⁵⁶ Véase Griguera-Naon (1998).

⁵⁷ Artículo 18 del Reglamento de Arbitraje de la Corte (“Reglamento de la Corte”).

⁵⁸ Artículo 27 del Reglamento de la Corte.

de arbitrajes nacionales. Sólo en la última década los arbitrajes internacionales han venido a ocupar una proporción importante de sus actividades.

— Para ser incluidos en las listas, la AAA exige que los árbitros sigan cursos previos de capacitación. Este requisito no existe en la Corte.

XIV

Los acuerdos de promoción y protección de inversiones (APPI)

Los APPI⁵⁹ han contribuido a la difusión del arbitraje internacional como el instrumento más expedito para la resolución de las controversias sobre inversiones. Su desarrollo ha sido espectacular, al punto de no existir precisión sobre el total de acuerdos firmados. En 2000, se estimó que oscilarían entre 1.400 a 1.800 (Parra, 2000) e incluirían a 155 países.⁶⁰

Los primeros APPI se inspiraron en los tratados de amistad, libre comercio y navegación del siglo XIX. El primero habría sido firmado en 1959, entre Alemania y Pakistán. Incluía cláusulas para la solución de las diferencias entre los Estados contratantes, pero no para aquellas entre un nacional de un Estado y el otro Estado (Parra, 2000).

Los contenidos de los APPI han recibido el influjo del CIADI desde la creación de este último en 1965.⁶¹ Los APPI han adquirido así una relativa uniformidad y, generalmente, su suscripción implica que los Estados Contratantes otorgan su consentimiento para resolver

—mediante la jurisdicción arbitral internacional— las eventuales diferencias entre un inversionista y un Estado Contratante. La inclusión en los APPI de este consentimiento anticipado puede impedir que un Estado Contratante pueda con posterioridad —cuando surjan las diferencias— oponerse válidamente al arbitraje ya acordado.

En los APPI también se designa una jurisdicción arbitral internacional para resolver las diferencias acerca de su interpretación o aplicación, pero no acerca de las cuestiones de fondo.

Otra disposición frecuente prohíbe la protección diplomática respecto de cualquier diferencia que un nacional de uno de los Estados Contratantes y el otro Estado Contratante hayan aceptado someter al arbitraje del CIADI.⁶² Las designaciones arbitrales más frecuentes son el CIADI y su Mecanismo Complementario (que pueden utilizar los no miembros como Canadá y México)⁶³ y el Reglamento de UNCITRAL.

XV

El Centro Internacional de Arreglos de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI)

1. Descripción

El CIADI (en adelante “el Centro”) fue creado mediante un tratado internacional por iniciativa del Banco

⁵⁹ Sobre esta materia, véase Dolzer y Stevens (1995).

⁶⁰ Banco Mundial, www.worldbank.org/icsid/treaties/intro.htm

⁶¹ En 1969, el CIADI aprobó una Cláusula Modelo referente a la Convención sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones para los Acuerdos Bilaterales de Inversión.

⁶² Es frecuente que los APPI hagan aplicable el artículo 27(1) del Estatuto del CIADI que establece que “Ningún Estado Contratante concederá protección diplomática ni promoverá reclamación internacional respecto de cualquier diferencia que uno de sus nacionales y otro Estado Contratante hayan consentido en someter o hayan sometido a arbitraje conforme a este Convenio, salvo que este último Estado Contratante no haya acatado el laudo dictado en tal diferencia o haya dejado de cumplirlo”.

⁶³ El 27 de septiembre de 1978, el Consejo Administrativo del CIADI autorizó al Secretariado para administrar, a solicitud de las partes interesadas, ciertos procedimientos entre Estados y nacionales de otros Estados que estuvieran fuera del alcance del CIADI. El ámbito dentro del cual se administran estos procedimientos está estipulado en el Reglamento del Mecanismo Complementario del CIADI.

Mundial y su oficina principal funciona en la sede del Banco.⁶⁴

Sus países miembros, en abril del 2002, eran 134. El objetivo del Centro es “facilitar la sumisión de las diferencias relativas a inversiones entre Estados Contratantes y nacionales de otros Estados Contratantes a un procedimiento de conciliación y arbitraje de acuerdo con las disposiciones de este Convenio”.⁶⁵

Está compuesto por un Consejo Administrativo y un secretariado, y mantiene listas de conciliadores y de árbitros. El Consejo está compuesto por un representante de cada Estado Contratante, que generalmente es el gobernador designado por cada Estado en el Banco y que lo representa, *ex officio*, en el Centro. La misma regla se aplica a los suplentes. El presidente del Banco es, *ex officio*, presidente del Consejo, pero sin derecho a voto. La misma regla se aplica a los suplentes. El Consejo fija las condiciones de desempeño del secretario general y los secretarios generales adjuntos.

El Secretariado está constituido por un secretario general y uno o más secretarios generales adjuntos y el personal del Centro. El secretario general es elegido por el Consejo por una mayoría de los dos tercios de sus miembros, a propuesta del presidente. Dura seis años y puede ser reelegido.

Las listas de conciliadores y de árbitros están integradas por personas calificadas que deben cumplir los requisitos que señala el Convenio. Cada Estado Contratante puede designar cuatro personas para cada lista, las que podrán o no ser nacionales de ese Estado. Además, el presidente puede designar diez personas de distintas nacionalidades para cada lista.

2. Arbitraje

El arbitraje⁶⁶ puede ser iniciado mediante solicitud de un Estado o nacional de un Estado Contratante al secretario general. Registrada y notificada la solicitud, se constituye el Tribunal que podrá consistir de un árbitro único o un número impar de árbitros nombrados por acuerdo de las partes. De no haber acuerdo, el Tribunal se constituirá con tres árbitros designados, uno por cada parte y el tercero —que presidirá el Tribunal— de común acuerdo. De no haber acuerdo, el presidente nombra al tercer árbitro.

El Tribunal resuelve las diferencias de acuerdo con las reglas de derecho acordadas por las partes y, a falta de acuerdo, aplica la legislación del Estado que sea parte en la diferencia. Ello, no obstante, las partes pueden acordar que el Tribunal resuelva la diferencia *ex aequo et bono*. En cuanto al procedimiento, el Tribunal debe aplicar, salvo acuerdo en contrario de las partes, el señalado en su Reglamento de Arbitraje.⁶⁷

Las decisiones del Tribunal deben ser adoptadas por la mayoría de votos de todos sus miembros. El laudo, una vez dictado, es obligatorio para todas las Partes y no puede ser objeto de apelación ni de otros recursos que los señalados en el Convenio. Estos recursos son los de aclaración, revisión o anulación.⁶⁸

Todo Estado Contratante debe reconocer el carácter obligatorio del laudo y está obligado a hacer ejecutar dentro de sus territorios las obligaciones pecuniarias impuestas por éste como si se tratara de una sentencia firme dictada por un tribunal de dicho Estado.

Las demandas han sido por perjuicios monetarios cuyo total, en 1999, fue estimado en 5.000 millones de dólares, con un promedio por caso de 90 millones de dólares. Sin embargo, los valores ordenados en los laudos han fluctuado entre 400.000 dólares y 30 millones de dólares. Esto es, las sumas ordenadas han sido entre el 5% y el 20% de las sumas reclamadas (Shihata y Parra, 1999, p. 337).

3. El Mecanismo Complementario

El 27 de septiembre de 1978 el Consejo Administrativo autorizó al Secretariado para que administrara, a solicitud de las partes interesadas, ciertos procedimientos entre Estados y nacionales de otros Estados que estuvieran fuera del alcance del Convenio. Conforme a esta autorización, fueron aprobados los reglamentos del Mecanismo Complementario. Estos se aplican a aquellas controversias relativas a inversiones en que una de las partes no es un Estado Contratante o un nacional de un Estado Contratante de la Convención. Es el caso de Brasil, Canadá y México, que no son miembros del CIADI.

⁶⁴ El tratado fue abierto a la firma de los miembros del Banco el 18 de marzo de 1965 y entró en vigor el 14 de octubre de 1966.

⁶⁵ Artículo 1 (2) del CIADI.

⁶⁶ Véase Shihata y Parra (1999).

⁶⁷ El Reglamento de Arbitraje fue aprobado por el Consejo Administrativo del CIADI el 25 de septiembre de 1967. Fue modificado el 26 de septiembre de 1984.

⁶⁸ El artículo 52 del Reglamento enumera cinco causales que permiten solicitar la anulación del laudo.

4. Evolución

Después de un lánguido período inicial, los siguientes hechos han convertido al CIADI en un importante centro internacional de arbitraje:

- i) La creación, en 1978, del Mecanismo Complementario ya comentado;
- ii) La gradual incorporación de los países latinoamericanos, con la excepción de México y Brasil;
- iii) El desarrollo de los APPI y la designación, en estos acuerdos, del CIADI o del Mecanismo Complementario del CIADI para resolver las diferencias entre los inversionistas nacionales de alguno de los Estados Contratantes y estos últimos;
- iv) La vigencia, en 1995, del TLC de América del Norte, cuyo Capítulo XI establece que las controversias sobre inversiones se resolverán por el CIADI, el Mecanismo Complementario del CIADI o el Reglamento de la UNCITRAL, y
- v) La eliminación, por la Comisión del Acuerdo de Cartagena, de la prohibición de entregar las controversias sobre inversiones a una jurisdicción distinta de la nacional.⁶⁹

5. La presencia latinoamericana

Como ya se indicó, los países de América Latina fueron los últimos en incorporarse al Centro. El primero fue El Salvador, en 1984. Este proceso continuó durante la década de 1990 en que, finalmente, se incorporaron todos menos Brasil y México. El último fue Uruguay, en septiembre del 2000.

Sin embargo, no obstante el breve tiempo transcurrido desde su incorporación, los países latinoamericanos ya representan una proporción importante de los casos administrados por el Centro o su Mecanismo Complementario o pendientes ante ellos.

Así, de los 113 casos registrados hasta 2002, 30 han sido de inversionistas extranjeros en contra de países latinoamericanos. Con una sola excepción, todos se han originado en un APPI, y de los 45 pendientes, 17 son contra países de nuestra región.⁷⁰ Argentina, con 12 solicitudes en su contra, es el país con el mayor número de casos. Sigue México, con seis casos bajo el Mecanismo Complementario y Capítulo XI del TLC de América del Norte.⁷¹

XVI

La Organización Mundial del Comercio (omc)

1. Descripción

La OMC reemplazó al Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT) de 1947, y es hoy la institución rectora del sistema multilateral del comercio internacional. Fue creada por el Acuerdo Ministerial de Marrakech de 1994, que puso término a la Ronda Uruguay de Negociaciones del GATT y que además aprobó otros importantes acuerdos.⁷² Entre ellos estuvo el Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias (en adelante el "Entendimiento"). Este a su vez estableció el Órgano de Solución de Diferencias (OSD), que es administrado por la OMC⁷³ y que rápidamente se ha convertido en uno de sus órganos principales.

En contraste con los demás mecanismos analizados, el procedimiento de la OMC se aplica exclusiva-

mente a las diferencias comerciales entre Estados. Se trata, además, de un procedimiento caracterizado por su gradualidad y expresamente definido como no contencioso.⁷⁴ De allí que se utilicen los términos "diferencias", en oposición a "controversias"; "grupos especiales" en oposición a "tribunales"; e "informes o recomendaciones", en oposición a "sentencia o fallo".

Las funciones de la OMC son desempeñadas por la Conferencia Ministerial, la cual está facultada para resolver todos los asuntos comprendidos en los Acuer-

⁷⁰ www.worldbank.icsid.org

⁷¹ Véase CIADI (2002) y www.worldbank.icsid.org. En todos los casos que han involucrado a países latinoamericanos, los demandantes han sido inversionistas de países industrializados. La única excepción podría ser Lucchetti, empresa chilena que, en diciembre de 2002, solicitó el arbitraje de sus diferencias con el Gobierno de Perú.

⁷² La Ronda Uruguay de Negociaciones Comerciales y Multilaterales del GATT se inició en 1984 y terminó con el Acta Final de Marrakech, de 1994.

⁷³ Artículo III (3), del Acuerdo de Marrakech.

⁷⁴ Artículo 3 (10) del acuerdo titulado Entendimiento, que aparece como Anexo 2 del Acuerdo de Marrakech. Véase GATT (1994).

⁶⁹ El artículo 34 de la Decisión 220 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, de 11 de marzo de 1987, establece que cada país podrá determinar en su legislación el mecanismo de solución de disputas aplicable a la inversión extranjera.

dos Comerciales Multilaterales adoptados en Marrakech (en adelante “Los Acuerdos”)⁷⁵ si así lo pide un miembro.⁷⁶ Está compuesta por representantes de todos los países miembros y se reúne a lo menos una vez cada dos años. En los intervalos, sus funciones son desempeñadas por el Consejo General, integrado igualmente por representantes de todos los países miembros. Este se reúne cuando lo estima procedente, establece sus normas de procedimiento, aprueba aquellas de los distintos Comités y desempeña las funciones del OSD.

En las reuniones de la Conferencia Ministerial y del Consejo General, así como en las del OSD, cada país miembro tiene un voto y las decisiones se adoptan por consenso.⁷⁷ La Conferencia Ministerial designa al director general y señala sus facultades y deberes. Este último dirige la Secretaría y nombra a su personal.

2. Procedimiento

El OSD ha superado las deficiencias del sistema del GATT y resuelto con éxito el aumento de los reclamos comerciales internacionales. Desde 1995 hasta octubre de 2002 se habían presentado 268 casos, y en más de un quinto de los casos las partes habían llegado a acuerdo a través de consultas o medidas similares.

El nuevo procedimiento se caracteriza por la mayor automaticidad en la constitución de los paneles, su rapidez y la creación de un Órgano Permanente de Apelación (en adelante “Órgano de Apelación”).⁷⁸ Es, además, un sistema integrado que permite a los países plantear sus diferencias en relación con la OMC y los Acuerdos Comerciales Multilaterales ya mencionados. Esto último posibilita al OSD ejercer su autoridad frente al Consejo General de la OMC y también ante los Consejos y Comités de los citados Acuerdos.

⁷⁵ Estos acuerdos forman parte integrante del Acuerdo de Marrakech y son: i) los acuerdos multilaterales sobre comercio de mercancías; ii) el acuerdo general sobre el comercio de servicios; iii) el acuerdo sobre los aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio; iv) el entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias; y v) el mecanismo de examen de las políticas comerciales. Los Acuerdos Comerciales Plurilaterales, en cambio, forman parte del Acuerdo de Marrakech sólo respecto de aquellos miembros que los hayan aceptado.

⁷⁶ Artículo IV (1) del Acuerdo de Marrakech.

⁷⁷ Según el artículo 2 (4) del Entendimiento relativo a normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias, se considera que la OSD ha adoptado una decisión por consenso “cuando ningún miembro presente en la reunión del OSD en que se adopte la decisión se oponga formalmente a ella”.

⁷⁸ Formado por siete personas de reconocido prestigio y sin vinculación con gobierno alguno. Son nombradas por la OSD por períodos de cuatro años y actúan tres en cada caso según un turno.

El objetivo del procedimiento no es dictar resoluciones sino resolver las diferencias entre las partes. Por tal razón, tienen prioridad las consultas, la mediación y la conciliación, las que pueden tener lugar en cualquier etapa del procedimiento. La automaticidad del procedimiento se refleja en que una vez iniciado por una parte, su jurisdicción es obligatoria para la parte en contra de la cual se dirige por el solo hecho de haber accedido a la OMC.

En contraste con el GATT, el procedimiento del OSD es predecible y definido. Bajo el GATT, las resoluciones debían adoptarse por consenso y no tenían plazo. Bastaba la oposición de un país para bloquear una resolución. En la OMC, en cambio, el sistema es el inverso: las decisiones se entienden aprobadas, a menos de que haya consenso para su rechazo. Los procedimientos están, además, claramente definidos. A menos que las partes acuerden otra cosa, no pueden exceder de un año, si no hay apelación, y de 15 meses, cuando la hay. En el caso de objetos perecibles, el procedimiento no puede durar más de tres meses.

El procedimiento tiene las siguientes cuatro etapas: i) consultas; ii) de no haber acuerdo, la diferencia la resuelve un grupo especial o panel, generalmente de tres miembros; iii) cualquiera de las partes puede apelar ante el Órgano de Apelación de las cuestiones de derecho del informe o decisión del panel; y iv) cumplimiento y ejecución de las decisiones del Órgano de Apelación.

Los paneles son integrados por personas calificadas que pueden ser funcionarios gubernamentales, pero no pueden ser nacionales de los países partes o terceros, a menos que las partes acuerden lo contrario. Para facilitar su elección, la Secretaría mantiene una lista indicativa de personas elegibles. Los miembros pueden proponer, periódicamente, nombres para que figuren en esta lista indicativa. Los paneles tienen tres integrantes, a menos que las partes acuerden elevarlos a cinco. La Secretaría propone los candidatos, los cuales sólo pueden ser objetados “por razones imperiosas”.⁷⁹

El Órgano de Apelación puede confirmar, modificar o revocar las constataciones y conclusiones jurídicas del Informe. Sus recomendaciones son adoptadas por el OSD y aceptadas sin condiciones por las partes en la diferencia, salvo que el OSD decida por consenso no adoptar el Informe dentro de los 30 días de su distribución a los miembros.

⁷⁹ Artículo 8(6) del Entendimiento.

Cuando las recomendaciones del grupo especial u Órgano de Apelación concluyan que una medida es incompatible con uno de los Acuerdos, el miembro afectado debe revisar esa medida e informar, dentro de un plazo prudencial, su propósito de aplicar las recomendaciones del OSD, bajo la vigilancia de este último. En caso de desacuerdo, las diferencias se resuelven, dentro de lo posible, con el grupo especial que entendió inicialmente en el asunto.

De no aplicarse las recomendaciones, un procedimiento especial permite solicitar del miembro afectado una compensación temporal mutuamente aceptable. De no convenirse dentro de los 20 días esta compensación, la otra parte puede pedir autorización del

OSD para suspender concesiones u otras obligaciones resultantes de los acuerdos por un nivel equivalente al de la anulación o menoscabo.⁸⁰ Si el miembro afectado impugna el nivel de la suspensión propuesta o el procedimiento seguido, el asunto se somete al arbitraje del grupo especial que entendió en el asunto, si está disponible, o de un árbitro nombrado por el director general. En cualquier caso, la suspensión de concesiones u otras obligaciones es temporal y se aplica solamente hasta que se haya suprimido la medida declarada incompatible con el acuerdo abarcado, o que el país miembro ofrezca resolver la anulación o menoscabo, o se llegue a una solución mutuamente satisfactoria.

XVII

Conclusiones

El acceso a los principales mecanismos de solución de controversias analizados y descritos en este trabajo conlleva importantes responsabilidades para los gobiernos y empresas latinoamericanos. Exige mantener un conocimiento actualizado y permanente de las resoluciones y procedimientos de los órganos internacionales respectivos y capacitar profesionales que puedan

participar en los casos que se susciten, evitando así el alto costo de las asesorías extranjeras. Reviste, también, prioridad una modernización de las legislaciones nacionales que hagan posible que los arbitrajes comerciales internacionales se realicen dentro de los países de la región y no en otro hemisferio, como ha ocurrido hasta ahora.

Bibliografía

- AAA (Asociación de Arbitraje de los Estados Unidos) (2002): Comunicado de prensa, Nueva York.
- Alvarez, H. (2000): Arbitration under the North American Free Trade Agreement, *Arbitration International*, vol. 16, N° 4, La Haya, Kluwer Law International.
- CIADI (Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones) (2001): Metalclad Corporation v. United Mexican States (Case N° ARB(AF)/97/1), *ICSID Review. Foreign Investment Law Journal*, vol. 16, Baltimore, Johns Hopkins University Press.
- _____ (2002): *News from ICSID*, vol. 19, N° 1, Washington, D.C.
- Conil, A. (1975): *Historia de la Doctrina Drago*, Buenos Aires.
- Dolzer, R. y M. Stevens (1995): *Bilateral Investment Treaties*, La Haya, Kluwer Law International.
- El Mercurio* (2000): Entrevista a Anthony Giddens, Santiago de Chile, 2 de julio.
- GATT (Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio) (1994): *Los resultados de la Ronda Uruguay de negociaciones comerciales multilaterales: los textos jurídicos*, Ginebra, Secretaría del GATT.
- Griguera-Naon, H. (1998): The Administration of Arbitral Cases under the 1998 Rules of Arbitration of ICC, *ICSID Review: Foreign Investment Law Journal*, vol. 13, Baltimore, Johns Hopkins University Press.
- Kearney, R. (1987): Developments in private international law, *American Journal of International Law*, vol. 81, N° 3, Washington, D.C., American Association of International Law.
- Lafragua, J.M. (1873): Nota de José María Lafragua, Ministro de Relaciones Exteriores de México, a John W. Foster de la Legación de los Estados Unidos en México, Anexo B-72 del despacho enviado por Foster al Departamento de Estado con fecha 22 de noviembre de 1873, *Archives of the United States Ms. Desp. Mexico*, vol. 50, Washington, D.C., National Archives of the United States.
- Naciones Unidas (1999): *Enforcing Arbitration Awards Under the New York Convention: Experience and Prospects*, Nueva York. Publicación de las Naciones Unidas, N° de venta: E.99.V.2.
- Norberg, Ch. (1975): Inter-American Commercial Arbitration Revisited, *Lawyer of the Americas*, vol. 7, N° 2, Miami, Universidad de Miami.

⁸⁰ El artículo 22 (3) del Entendimiento fija el siguiente orden para la suspensión por la parte reclamante de concesiones u otras obligaciones: i) las relativas al mismo sector en que se ha constatado la infracción; ii) de no ser practicable lo anterior, las relativas a otro sector en el marco del mismo acuerdo; y iii) si las circunstancias son suficientemente graves, las relativas a otro acuerdo abarcado.

- OEA (Organización de los Estados Americanos) (1980a): Tratado de la Unión de los Estados de América del Sur concerniente al Derecho Procesal (11 de enero de 1889), *Serie sobre Tratados*, N° 9, Rev.1980, Washington, D.C., Secretaría General.
- _____ (1980b): Tratado sobre Derecho Procesal Internacional de 1940, *Serie sobre tratados*, N° 9, Rev.1980, Washington, D.C., Secretaría General.
- Parra, A. (2000): ICSID and bilateral investment treaties, *News from ICSID*, vol. 17, N° 1, Washington, D.C., Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI).
- Rosenne, S. (comp.) (2001): *The Hague Peace Conferences of 1899 and 1907 and International Arbitration: Reports and Documents*, La Haya, T.M.C. Asser Press.
- Ruiz, F. (1964): Declaración del delegado de Chile en nombre de los países latinoamericanos, *Boletín de prensa*, Washington, D.C., Banco Mundial, 9 de septiembre.
- Sekolec, J. (1987): *UNCITRAL y su trabajo en el área de arbitraje y conciliación*, Segundo Seminario Iberoamericano de Arbitraje Comercial Internacional, Guatemala, noviembre.
- Shihata, I. y A. Parra (1999): The experience of the International Centre for Settlement of Investment Disputes, *ICSID Review. Foreign Investment Law Journal*, vol. 14, N° 2, Baltimore, Johns Hopkins University Press.
- Szasz, Paul C. (1971): The Investment Disputes Convention and Latin America, *Virginia Journal of International Law*, vol. 11, N° 2, Virginia, University of Virginia School of Law, marzo.
- Vattel, E. de (1820): *Law of Nations*, vol. 2, Northampton, Massachussets, Simeon Butler.

