

1^{ER} SEMINARIO INTERNACIONAL DE ARBITRAJE

Arbitraje Comercial y de Inversiones con el Estado: “El CIADI: 40 años después”

(Lima, 24 de agosto de 2005)

Roberto Dañino Zapata
Secretario General del CIADI

Señoras y señores,

Muy buenas tardes. Antes que nada quisiera agradecerle a la doctora Graciela Fernández Baca esta invitación al primer seminario internacional de arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima.

El propósito de mi presentación es el de compartir con ustedes la tareas que a diario venimos realizando en el CIADI, el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones. Para ello comenzaré con una breve reseña histórica que nos permita comprender el contexto que dio origen al CIADI. Luego reseñaré los aspectos más importantes del funcionamiento

de la institución, para concluir con los desafíos que tenemos a futuro.

Si el tiempo lo permite, me gustaría dejar espacio suficiente para poder luego abrir la sesión a preguntas y dialogar con ustedes sobre el CIADI.

* * * * *

La verdad es que no se cuán familiarizados estén con el CIADI, pero el hecho de que yo sea el Vicepresidente Senior y Asesor Jurídico del Banco Mundial y, a la vez, sea el Secretario General del CIADI no es pura casualidad. Es más bien el reflejo de la evolución histórica de estas dos instituciones.

Desde que se creo hace 60 años, la meta fundamental del Banco Mundial ha sido fomentar el crecimiento económico y el desarrollo social de los países en vías de desarrollo mediante la canalización de recursos financieros y la transferencia del conocimiento especializado. Requisito importante para cumplir

con esta tarea, es contar con un clima propicio para la inversión privada.

En este contexto, al comienzo de su historia se le requirió al Banco, con creciente frecuencia, que facilitara el arreglo pacífico de las controversias que se suscitaban entre los inversionistas y los Estados.

Durante sus primeras dos décadas de existencia, el Presidente del Banco se involucró en la solución de este tipo de controversias. Sin embargo, el Banco no ejerció las funciones de árbitro sino más bien se limitó a facilitar la resolución de estas controversias.

Al cabo de unos años se hizo patente la necesidad de relevar al Banco de este rol y de institucionalizar un mecanismo especializado en la conciliación y arbitraje de disputas entre gobiernos e inversionistas.

La idea rectora fue la de fomentar una atmósfera de confianza mutua, mediante la creación de una institución neutral

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

Fue así como en 1965, se suscribió el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, creándose así, hace 40 años, el CIADI.

* * * * *

Según se establece en el Convenio, el CIADI es un organismo intergubernamental autónomo, con un órgano de gobierno propio, un Consejo Administrativo, y un Secretariado.

Más allá de su autonomía institucional, existen fuertes vínculos entre el CIADI y el Banco Mundial: su sede se encuentra en las oficinas centrales del Banco, en Washington; su membresía, en términos generales, está limitada a aquellos estados que son miembros también del Banco; el personal que trabaja en el CIADI

es en su totalidad personal del Banco destacado al Centro; y, además, tradicionalmente, el Vice-presidente y Asesor Jurídico del Banco ha sido siempre elegido por el Consejo Administrativo del CIADI como su Secretario General.

El Convenio de Washington no solo crea el CIADI sino que establece un sistema integral y autosuficiente de conciliación y arbitraje para disputas entre inversionistas internacionales y estados receptores. Quiero dejar en claro que el CIADI, en si mismo, no arbitra ni concilia esas disputas. Estas funciones las ejercen las comisiones de conciliación y los tribunales de arbitraje, constituidos “*ad hoc*” por las partes, para cada procedimiento. Así, las funciones del CIADI son básicamente las de una secretaría de apoyo a las tareas de los tribunales de arbitraje.

En los últimos 40 años, el CIADI se ha convertido en el principal foro arbitral a nivel mundial para la resolución de controversias entre inversionistas y Estados. Ello se debe en gran

medida a las seis características principales del Centro, las que paso a comentar.

La **primera característica** es la universalidad del sistema. Hoy en día el CIADI cuenta con 142 países miembros. Además, a través del Reglamento del Mecanismo Complementario, tienen acceso al CIADI aquellos países que no habiendo suscrito el Convenio de Washington, como Canadá y México, han optado por permitir que los desacuerdos de NAFTA se ventilen ante el Centro.

La segunda característica es la estructura jurídica propia y autónoma de la institución. El CIADI se basa exclusivamente en un tratado, normas y reglamento propios. Es decir, el CIADI no depende de reglas de arbitraje distintas a las que emanan del propio Convenio.

Es así que el CIADI es uno de los pocos fueros internacionales al que inversionistas privados pueden tener acceso directo. Es decir, para acceder al CIADI el inversionista no tiene que hacerlo a través de su propio gobierno sino directamente.

Asimismo, el inversionista que acude al CIADI lo hace en representación propia. El Convenio prohíbe expresamente que el Estado del cual es nacional el inversionista, se inmiscuya en la disputa o presente un reclamo internacional, salvo en el caso en que el Estado parte en la diferencia decida desacatar el laudo arbitral.

Cabe aclarar que el Convenio permite que un Estado también pueda iniciar un procedimiento en contra de un inversionista. En la práctica sólo han habido dos casos en los que esto ha sucedido. El primero es el caso de Gabón en contra de una compañía francesa de construcción civil respecto de un hospital de maternidad. En ese caso las partes llegaron a un acuerdo amistoso, solicitando al Tribunal diera por terminado el procedimiento.

El segundo involucró a Tanzania, cuya empresa estatal de electricidad demandó a una empresa extranjera de generación eléctrica respecto de un contrato de venta de electricidad por el que el inversionista se obligaba a mantener y operar una planta para la

generación de electricidad. El Tribunal se abocó en un primer momento a decidir ciertas cuestiones preliminares presentadas por las partes, incluyendo una solicitud de medidas provisionales presentada por la parte demandada que fue denegada por el Tribunal. El procedimiento escrito y oral sobre el fondo se llevó a cabo; sin embargo, las partes llegaron a un acuerdo antes de que el Tribunal dictara su laudo. A solicitud de las partes, el Tribunal dictó un laudo en el que incorporó los acuerdos de las partes. En dicho laudo, que esta disponible en nuestra página Internet (www.worldbank.org/icsid) están incorporadas las decisiones preliminares adoptadas por el Tribunal.

En **tercer lugar**, el CIADI tiene una jurisdicción limitada. En efecto, la competencia del CIADI se circunscribe a diferencias de orden jurídico relativas a inversiones. El concepto de “inversión”, sin embargo, no está definido en el Convenio. Ello brinda a los tribunales arbitrales cierta flexibilidad para delimitar su competencia, aunque respetando los estándares objetivos que con

el tiempo han ido aclarando los laudos y decisiones de los tribunales. Por ejemplo, el Tribunal constituido en el caso *Salini Costruttori e Italstrade contra Marruecos* sobre un contrato de construcción de una carretera expresamente determinó que ello constituía inversión. El tribunal estableció que los estándares objetivos para determinar si existe una inversión, incluyen la existencia de un riesgo; el propósito de lucro; una mínima duración temporal de la operación; la existencia de compromisos sustanciales y una contribución o aporte al desarrollo del país receptor.

De hecho, esto ha permitido que los tribunales de arbitraje del CIADI hayan reconocido su competencia respecto de contratos de construcción, como en el caso que les acabo de mencionar, o en ciertos contratos para la prestación de servicios, como sucedió en el caso *SGS Société Générale de Surveillance*, sobre servicios de inspección aduanera, al igual que en los casos de diferencias sobre

inversiones más tradicionales (tales como compra de acciones, u otros activos).

La cuarta de las características del CIADI es la de ser un sistema consensual.

La ratificación por los Estados del Convenio de Washington que creó el CIADI no acarrea ninguna obligación para los estados contratantes de someterse a los mecanismos arbitrales o de conciliación del CIADI. Esas obligaciones sólo surgen para los Estados una vez que éstos han expresamente aceptado, por escrito, que una disputa en particular o clase de disputas sean objeto de arbitraje o conciliación.

Eso si, una vez otorgado el consentimiento, y al igual que en cualquier cláusula de arbitraje, éste no puede ser retirado en forma unilateral. Esto fue confirmado por el primer tribunal constituido en la historia del CIADI en el caso de Holiday Inns y otros contra Marruecos.

Como veremos más adelante, los Estados también pueden dar su consentimiento por anticipado a la jurisdicción del CIADI. Ello suele ocurrir con frecuencia en el contexto de los tratados bilaterales de inversión, así como en los acuerdos de concesión u otros contratos con el Estado.

La **quinta característica** del arbitraje ante el CIADI es su **independencia de los órganos judiciales de los estados contratantes**.

Según lo establece el Convenio, el consentimiento a la competencia del CIADI excluye cualquier otro remedio o vía jurisdiccional.

A su vez, los laudos arbitrales dictados por los tribunales constituidos mediante los mecanismos del CIADI son inapelables, y no pueden ser revisados por las cortes locales.

Es más, el mismo Convenio establece que la revisión, la rectificación, la interpretación y la anulación son los únicos

recursos posibles. Estos deben tramitarse ante el propio CIADI conforme a sus normas y reglamento.

El único reconocimiento que el sistema acuerda a las cortes nacionales es su necesaria intervención para la ejecución de los laudos. Debo destacar, sin embargo, que el exequátur no es necesario en virtud del Art. 54(1) del Convenio. El alcance del Artículo 54 del Convenio se definió por primera vez cuando el demandante en el caso Benvenuti & Bonfant contra la República Popular del Congo inició un procedimiento de ejecución del laudo arbitral en Francia. El *Tribunal* de Paris reconoció la naturaleza ejecutiva del laudo pero agregó ciertas restricciones. Los demandantes apelaron la decisión ante la Corte de apelaciones (*Cour d' appel*), la que modificó la decisión del tribunal de primera instancia, suprimiendo el párrafo que limitaba la naturaleza ejecutiva del laudo.

Finalmente, la **sexta característica del CIADI** durante estos “primeros” cuarenta años, ha sido su **efectividad**.

El Convenio ha dotado al CIADI de herramientas que le permiten evitar que la renuencia de alguna de las partes a colaborar con el Tribunal pueda frustrar el proceso arbitral.

Por ejemplo, el Convenio prevé mecanismos para la constitución de los tribunales cuando alguna de las partes se rehúsa a nombrar árbitros u obstaculiza indebidamente su elección.

Prevé, también, la posibilidad de dictar laudos aún cuando alguna de las partes esté en rebeldía o se haya ausentado del proceso.

Los estados contratantes, por su parte, han reconocido los efectos vinculantes de los laudos arbitrales del CIADI, equiparándolos a las sentencias definitivas con autoridad de cosa juzgada emanadas de las cortes locales.

Si bien es cierto que los estados contratantes del Convenio no han renunciado a su inmunidad de ejecución, el desacato de un laudo arbitral constituiría la violación de un tratado internacional.

* * * * *

Estas seis características: universalidad, estructura jurídica propia, jurisdicción especializada, acceso consensual, independencia de órganos judiciales, y efectividad, han convertido así al CIADI en estos 40 años en el principal centro de arbitraje a nivel mundial para la resolución de controversias entre inversionistas y Estados.

Sin embargo, desde su creación en 1965 los tiempos han cambiado y, hoy el CIADI ha concluido un ciclo de consolidación y afianzamiento institucional, y está comenzado otra etapa en la que deberá responder a la enorme y creciente demanda de sus servicios, manteniendo su imparcialidad, profesionalismo y eficacia.

Un paneo general por la historia del CIADI nos muestra que el crecimiento de esta demanda ha sido exponencial, y constituye uno de sus mayores desafíos. Basta señalar que hace sólo 10 años el CIADI tenía cinco causas pendientes por un valor total de 15

millones de dólares mientras que hoy tenemos 97 casos en trámite con montos en disputa que superan los 25 mil millones de dólares.

Este crecimiento en nuestro dossier de casos refleja, en gran medida, el enorme aumento de los flujos de inversión extranjera directa que se produjo especialmente en la década pasada; de 25 mil millones de dólares en 1990 a cerca de 200 mil millones de dólares al final de la década. De otro lado, también es producto de la explosión de los tratados bilaterales de inversión. En los últimos 10 años se han suscrito unos 2000 tratados bilaterales de inversión, de los cuales 1500 establecen al CIADI como el foro arbitral, mientras que los otros 500 facultan a que las partes también sometan sus controversias al CIADI.

Es de esperar que estas tendencias en el flujo de inversiones y en la expansión de instrumentos internacionales continúen aumentando y por tanto incrementando también el número de casos ante el CIADI.

El Centro continuará, por tanto, desempeñando un papel importante en la creación de las condiciones necesarias para fomentar el flujo de capitales para el desarrollo.

Es por ello que estamos ahora abocados a un proceso de planeamiento estratégico que nos permita enfrentar los desafíos a futuro. Hemos comenzado con una encuesta que nos ha permitido recibir importantes aportes y comentarios de nuestros usuarios. Asimismo, estamos realizando reuniones de trabajo en distintas regiones del mundo con autoridades, árbitros, académicos, y otros profesionales a fin de recibir sus aportes.

En paralelo, en el CIADI hemos empezado a tomar medidas y a promover iniciativas que nos vayan preparando para el reto de los próximos 40 años.

Por ejemplo:

- (i) Hemos redoblado nuestros esfuerzos para promover una mayor utilización de los mecanismos de

conciliación del CIADI, como alternativa al arbitraje. Nuestro interés, por supuesto, reside en promover métodos más expeditivos y económicos para el arreglo de disputas en casos que así lo permitan las circunstancias. Es por ello que hoy en día es nuestra práctica habitual recordar a las partes la existencia de mecanismos de conciliación tan pronto como acusamos recibo de una solicitud de arbitraje.

Asimismo, juntamente con otras organizaciones del Grupo del Banco Mundial, estamos explorando la posibilidad de establecer un mecanismo conjunto de mediación;

- (ii) También hemos ampliado y diversificado el universo de árbitros que normalmente participan en nuestros casos. Nos hemos centrado principalmente en fortalecer la participación de árbitros mujeres, así

como la participación de nacionales de países en desarrollo. Ello, sin embargo, sólo ocurre cuando al Secretario General le toca efectuar dichos nombramientos. Me complace señalar que la lista de cuatro árbitros recientemente nombrados por el Perú incluye a dos destacadas abogadas nacionales.

- (iii) Asimismo, hemos buscado robustecer la independencia financiera del CIADI mediante el incremento de los cargos por registro y las tasas administrativas;
- (iv) Continuando con el ciclo de publicaciones oficiales, estamos poniendo en Internet, varias de nuestras contribuciones sobre legislación en materia de inversiones; y
- (v) Por último, hace algunos meses iniciamos un proceso de consulta para la enmienda de nuestras reglas de procedimiento en materia de medidas

provisionales, admisión de terceros en el proceso; publicación de laudos arbitrales y requerimiento de información a los árbitros para reforzar su independencia e imparcialidad.

* * * * *

Permítanme explicar brevemente los cambios propuestos a nuestras Reglas y Reglamento, ya que éstos constituyen una primera respuesta a los desafíos que enfrenta el CIADI, y dan una idea del camino que deseamos transitar.

Por ejemplo, uno de los cambios que estamos propiciando se refiere al mecanismo y procedimientos para la solicitud de medidas provisionales. La enmienda propuesta a nuestras Reglas pretende facilitar las presentaciones de las partes aún con anterioridad a la constitución de los Tribunales. Esto reduciría los tiempos de trámite de estas medidas y agilizaría su tratamiento por los Tribunales permitiéndoles que se expidan ni bien se constituyan.

Asimismo, respondiendo a ciertos comentarios sobre las limitaciones del Secretariado del CIADI al analizar la admisibilidad de una solicitud de arbitraje, los cambios propuestos buscan posibilitar el rechazo *in limine* por el Tribunal de las solicitudes claramente insustanciales.

Las enmiendas propiciadas también buscan dar transparencia y publicidad a los procedimientos. Por ejemplo, hemos sugerido que se haga obligatoria la publicación de extractos con las conclusiones legales de los laudos. Si bien el CIADI se encuentra facultado para publicar estos extractos no obstante la opinión de las partes, la práctica habitual ha sido respetar sus objeciones. Hoy, por el contrario, teniendo en cuenta el marcado crecimiento del número de casos ante el Centro, creemos indispensable sistematizar esta práctica, haciéndola obligatoria. Esto, entendemos, contribuiría a evitar contradicciones doctrinarias y a fomentar la consistencia entre los numerosos laudos.

Por otra parte, en aras de fortalecer las garantías de independencia e imparcialidad de los Tribunales del CIADI, hemos

propuesto modificar nuestras reglas exigiendo de los árbitros declaraciones más exhaustivas sobre sus relaciones de negocios o profesionales que pudieran suscitar conflictos de interés o la desconfianza de las partes.

Además, hemos puesto énfasis, también, en la necesidad de limitar los reclamos de los árbitros para el cobro de honorarios distintos a los estándares fijados por el Centro.

Ahora bien, en lo que se refiere a la participación de terceros en los procesos de arbitraje, hemos propuesto que se faculte al Tribunal para permitir la presencia de terceros en las audiencias de nuestros casos (por supuesto que tomando las medidas del caso para asegurar a las partes la confidencialidad de ciertas informaciones).

Siguiendo esta misma tendencia, y la reciente evolución jurisprudencial, los cambios que hemos propuesto para las Reglas reconocen en forma expresa, la facultad de terceros de efectuar presentaciones escritas (*amicus curiae*) en los procesos en curso

que revistan “interés público” o puedan “afectar a otros sujetos más allá de las partes en el proceso.”

Como señaló recientemente el Tribunal de Arbitraje en el caso *Aguas Argentinas y otros contra la República Argentina*:
“Una mayor apertura y un mayor conocimiento sobre la forma en que se conducen estos procedimientos reforzaría la aceptación de la opinión pública y la legitimad del sistema de arbitraje internacional, en particular cuando involucran a Estados y materias de interés publico.”

Finalmente, también evaluamos la posibilidad de establecer un mecanismo de apelación como alternativa a la creación de mecanismos individuales de revisión que se están incluyendo en las disposiciones de los tratados de libre comercio y sobre inversiones más recientes. De las consultas realizadas, surge claramente la necesidad de muchas más discusiones antes de lograr un consenso sobre la necesidad de crear un nuevo mecanismo de apelación.

Estos son, en breve, los principales cambios que hemos propuesto a la estructura jurídica del CIADI.

* * * * *

Como habrán podido apreciar, es mucho lo que el Centro ha hecho para contribuir a crear un clima propicio para las inversiones en nuestros Estados miembros.

Espero que esta presentación haya servido, al menos, para dar una visión general del CIADI y de los retos que tenemos por delante, así como para introducir algunos de los temas que se abordarán con mayor detalle en los paneles de esta tarde.

Muchas gracias por su atención.