

HACIA UNA DOCTRINA LATINOAMERICANA EN MATERIA DE ARBITRAJE SOBRE INVERSIÓN EXTRANJERA

James GRAHAM

*Justice should not only be done,
But should manifestly and undoubtedly
be seen to be done¹*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *La situación paretiana de los gobiernos latinoamericanos*. III. *La cláusula Calvo*. IV. *El mito del CIADI*. V. *La ley aplicable*. VI. *Derechos humanos, comunidades indígenas y medio ambiente*. VII. *¿Bit o sistema de seguro?* VIII. *Costos del arbitraje*. IX. *Conclusión*.

I. INTRODUCCIÓN

¿Por qué pensar en desarrollar una doctrina latinoamericana en materia de arbitraje,² si el arbitraje es “internacional” y si fuera posible “delocalizado”?³ No se trata en nuestra opinión tanto de crear compartimientos regionales en la materia,⁴ sino hacer una aportación a la reflexión global. América Latina, como otros continentes, tiene en la actualidad particularidades que los dos grandes actores del arbitraje —Estados Unidos y Europa— no tienen, y que deben de ser tomadas en cuenta. En otras palabras, se debe buscar una

¹ Lord, Hewitt, *R v Sussex Justices, Ex parte McCarthy* [1924] 1 KB 256, at 259.

² Visto que en materia de mediación no hay realmente muchos problemas jurídicos, sino más de aplicación.

³ Gaillard, *Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international*, Martinus Nijhoff, 2008.74; Graham, ¿Dondé se queda la legítima expectativa de los Estados en los arbitrajes sobre inversión extranjera?, *RLMA*, 2003.96.

⁴ Aunque se puede señalar que en el derecho internacional consuetudinario, la CIJ no ha encontrado objeción alguna para admitir la existencia de costumbres regionales, además de las costumbres internacionales (*Asylum case (Haya de la Torre)*, 20/11/1950).

forma de inculturación,⁵ esto quiere decir, un proceso de apropiación y re-creación de un mensaje externo (el arbitraje a la moda americana y europea) por la propia comunidad cultural (América Latina) que lo recibe. La inculturación no es una acción en un solo sentido, es decir, dirigido de afuera hacia adentro para invadir o penetrar, sino un proceso de transformación interior,⁶ para lograr una latinización del arbitraje. Por lo tanto se debe demostrar las particularidades de América Latina en el terreno arbitral, tanto en materia comercial como en lo que se refiere a la inversión extranjera, que hacen que la situación sea *sui generis*.⁷ Si es cierto que muchos problemas son comunes a todas las controversias, sea el Estado donde se lleva el procedimiento arbitral, queremos, por razones obvias, poner el acento a aquellos que tienen posiblemente un peso más grande en este continente.⁸

Aclarado todo lo anterior, trataremos en las próximas líneas temas que nos parecen más significativos que otros en lo relacionado con América Latina.⁹ Las observaciones que siguen no tienen por objetivo proponer soluciones tal cual, sino abrir el camino a la reflexión y a la discusión, que son los elementos fundamentales del progreso del derecho, en particular en lo que se relaciona con el arbitraje en materia de inversión extranjera.

II. LA SITUACIÓN PARETIANA DE LOS GOBIERNOS LATINOAMERICANOS

Savigny enseñó que “el derecho molda los hechos bajo su regla en lugar de ceder bajo los hechos”.¹⁰ Pero este culto a la *Rule of Law*, no existe en la

⁵ Obviamente el término de “inculturación” no está utilizado en su sentido primero, sino como un método que se puede aplicar fuera de cualquier contexto religioso.

⁶ Juan Pablo II en R.M. 52.

⁷ Véase Naím, “The Lost Continent”, *Foreign Policy*, 2006.40.

⁸ Como se hizo un “deporte” recusar a los árbitros por las ideas expresadas en sus artículos o declaraciones (*cfr.* Perenco Ecuador Limited *v.* The Republic of Ecuador, *PCA Case No. IR-2009/1, 8/12/2009*), queremos precisar y enfatizar que nuestro artículo no tiene por objetivo tomar partida ni a favor del Estado, ni a favor del inversionista, sino que intenta poner a luz en un enfoque académico ciertos problemas que pueden afectar tanto el Estado como el inversionista. Ninguna afirmación puede ser interpretada en el sentido que en un procedimiento arbitral, el autor tendría una actitud parcial a favor de tal o tal parte, o se sentiría vinculada por tal o tal teoría. Los casos se juzgan por los hechos particulares a cada asunto, y de ninguna otra manera.

⁹ Para un resumen de varios casos latinoamericanos, véase: Rodríguez, “El CIADI frente a Argentina, México, Ecuador y Bolivia. Una actualización”, en Woess y Rodríguez, *Arbitraje en materia de inversiones*, México, UNAM, 2010. 191.

¹⁰ *System des heutigen Römischen Rechts*, t. II, 1860. 233.

mayoría de los países latinoamericanos donde los hechos no se moldean al derecho, sino es el propio derecho que tiene que ceder ante los hechos: si al pueblo no le gusta la ley, la ley es la que tiene que cambiar o al menos no aplicarse. Siendo la mayoría de los países liberales “populistas”, la ley debe de adaptarse a las circunstancias sociales y electorales(1).¹¹ A eso se agrega el problema de derecho interno que muchas veces prevé que la constitución es superior a los tratados internacionales, obligando al gobierno a violar su propia Constitución o violar los tratados (2).

1. *El sollen y el sein*

Un ejemplo ilustrativo del antagonismo kantiano entre el fenómeno legal y la realidad factual es sin ninguna duda el asunto de *Aguas del Tunari*. En 1998, Bolivia puso en marcha una licitación pública internacional para privatizar servicios de agua y alcantarillado sanitario así como otorgar una licencia de generación de electricidad para su tercera ciudad más grande, Cochabamba. En 1999, después de una licitación donde una sola compañía se presentó, se firmó un contrato de concesión por 40 años con Aguas del Tunari, una subsidiaria de Bechtel Enterprises, con sede en California que se había formado para este objetivo. Apenas unas semanas después de que el sistema de agua cambió de manos, la compañía subió los precios del agua en un promedio de más del 50%, por el hecho que pactó la concesión y que entró en vigor el sistema de distribución del agua, la empresa tuvo que invertir más de lo previsto en la renovación del sistema de tubería y de distribución, y eso con el consentimiento del gobierno. Sin embargo, numerosas familias fueron obligadas a pagar hasta 25% de sus ingresos sólo para mantener el servicio de agua. El pueblo de Cochabamba afirmó no ser capaz de pagar las facturas que le presentó la compañía, tampoco recibió apoyo satisfactorio por parte del gobierno boliviano, y consecuentemente decidió recurrir a protestas masivas y amplias. Para proteger el contrato con la compañía, el gobierno boliviano tomó medidas extraordinarias, incluyendo la declaración del estado de sitio, la suspensión de derechos constitucionales, y la

¹¹ Sobre esta problemática, véase: MacLean Ugarteche, *El alma dividida del arbitraje: ¿Solución alternativa para los usuarios o fuente alternativa de honorarios para abogados? Cómo apaciguar y conciliar el corazón consigo mismo, El arbitraje en Perú y en el mundo*, Lima, Instituto Peruano de Arbitraje, 2008.117, 129. Es verdad que la afirmación que las leyes unas veces tienen que ceder ante la voluntad popular es probablemente cierta para todos los países; es más un problema de grado: es más frecuente en los países latinos que en los Estados Unidos o Europa.

represión de las protestas, lo que dio por resultado más de 100 heridos y la muerte de un joven.¹² En abril de 2000, el gobierno, incapaz de frenar las protestas, tuvo que rescindir la concesión con la compañía extranjera.¹³

¹² “En noviembre de 1999 se llevó a cabo el primer bloqueo campesino y de regantes en las vías de acceso a la ciudad de Cochabamba. Posteriormente se organizó la Coordinadora Departamental del Agua y la Vida, con la participación de la FEDECOR, el Comité de Defensa del Agua, organizaciones de trabajadores, estudiantes, maestros, organizaciones vecinales, ambientales, etc. El año nuevo siguiente se organizó un nuevo bloqueo regional, esta vez convocado por la Coordinadora, contra la Ley 2029 y la Concesión, particularmente en contra del incremento en las tarifas del agua potable establecida por la concesionaria. La policía reprimió con violencia las movilizaciones urbanas pero se logró un acuerdo para modificar ambos documentos. En febrero de 2000, la Coordinadora organizó la llamada Toma Simbólica de la Ciudad de Cochabamba. El gobierno reprimió violentamente la movilización urbana pero esta continuó junto con los bloqueos de los regantes. Tuvo un saldo de 22 heridos, más de 100 detenidos y un acuerdo, bajo mediación de la Iglesia y el Defensor del Pueblo, que estableció la revisión del contrato con Aguas del Tunari, la modificación de la Ley de Agua Potable y Alcantarillado con participación de campesinos, regantes y organizaciones urbanas distribuidoras de agua y la suspensión del incremento tarifario mientras continuaran las negociaciones. Durante las negociaciones de la Ley, la FEDECOR y la Coordinadora lograron hacer modificar casi la mitad de los artículos, hecho inédito en la historia judicial del país. Sin embargo, en la negociación del Contrato de Concesión no hubo avances, pues el gobierno se empeñaba en mantener la Concesión y, luego de una semana, la Coordinadora decidió retirarse. El mes de marzo la Coordinadora organizó un referéndum, denominado Consulta Popular, en el que se preguntó a la población si estaba de acuerdo con la rescisión del contrato con Aguas del Tunari y la modificación de la Ley 2029. A pesar de la escasa difusión, la participación fue masiva; más de 90% de los votantes apoyó las acciones de la Coordinadora. Con este respaldo, la Coordinadora convocó a la llamada “batalla final”, demandando que Aguas del Tunari abandonara el país. Desde el 4 de abril la ciudad fue prácticamente tomada por la multitud durante una semana y el bloqueo de carreteras paralizó al departamento. Hubo enfrentamientos con la policía y el ejército, con un saldo de 1 muerto y 30 heridos. Se declaró el estado de sitio, pero las movilizaciones continuaron. El 10 de abril, casi 50,000 personas estaban en la Plaza Central de Cochabamba esperando la decisión del gobierno. El gobierno anunció la cancelación del contrato con Aguas del Tunari. La Coordinadora declaró la victoria, bajo el lema: ¡el agua es nuestra, carajol!”. http://www.agua.org.mx/index.php?option=com_content&view=category&id=33&Itemid=62.

¹³ Para ejemplos similares de la problemática de la distribución de agua, inversión extranjera y derechos humanos, véase International Centre for Human Rights and Democratic Development, *Estudio de los impactos de los proyectos de inversión extranjera*, 2007.101.

De lo anterior, se queda la interrogante de cómo salirse de una situación paretiana¹⁴ que deja a primera vista sólo dos opciones. Violar el derecho y dar razón al pueblo; respetar el derecho y perder el apoyo político de la población. Y este dilema se acentuará aún más que la generalización de la apertura de las audiencias al público y la práctica creciente del *amicus curiae*.¹⁵

2. Derecho interno vs. derecho internacional

La misma situación existe en lo que concierne a la aplicación del derecho por parte del Estado-receptor. En la tradición continental,¹⁶ si los tratados son superiores a las leyes, también son inferiores a la Constitución. Como lo ilustran por ejemplo los casos *Tecmed*¹⁷ y *Azurix*,¹⁸ si un derecho constitucional entra en conflicto con un derecho de un tratado, este primero tiene que, según el derecho nacional, prevalecer, no obstante que según el derecho internacional, un país no puede invocar su derecho interno para sustraerse a sus obligaciones internacionales.¹⁹

De nuevo no es tanto un problema jurídico, sino socio-político, visto que la Constitución en casi todos los países latinoamericanos es la expresión de la soberanía popular y garante de la justicia, entonces lógicamente no puede ser inferior a una norma que viene de “fuera”. Aquí también se deberá

¹⁴ Según el concepto de la optimalidad, tal como fue enunciado por Pareto, hay situaciones en las cuales ya no es posible hacer beneficiar a unos elementos del sistema sin perjudicar a otros elementos.

¹⁵ Bjorklund, “The Promise and Peril of Arbitral Precedent: The Case of Amici Curiae”, en Hoffmann, *Protection of Foreign Investments through Modern Treaty Arbitration*, ASA, 2010, p. 165.

¹⁶ Estados Unidos, México, etcétera.

¹⁷ Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. *vs.* Mexico, 29/5/2003.

¹⁸ Azurix Corp. *vs.* Argentina, 23/6/2006.

¹⁹ “An Act of State must be characterized as internationally wrongful if it constitutes a breach of an international obligation, even if the act does not contravene the State’s internal law —even if under that law, the State was actually bound to act that way” (Crawford, *The International Law Commission’s Articles on State Responsibility*, Cambridge University Press, 2002, p. 84). Se puede decir que la regla de la no-exoneración de una responsabilidad internacional por causas de derecho interno es una de las reglas más ancladas en el derecho internacional moderno, y eso desde el asunto Alabama en 1872 (Dupuy, “Relations between the International Law of Responsibility and Responsibility in Municipal Law”, en Crawford *et al.*, *The Law of International Responsibility*, Oxford University Press, 2010, pp. 173, 177).

buscar soluciones novedosas que podrán resolver este conflicto, como por ejemplo instaurar el principio de un control constitucional previo a la ratificación de las convenciones internacionales.²⁰

III. LA CLÁUSULA CALVO

En América Latina siendo el producto de la colonización y de las intervenciones extranjeras,²¹ no es sorprendente que exista un cierto sentimiento xenófobo, cuya máxima expresión se encuentra, como se dice —aunque no sea así como vamos a demostrarlo en las siguientes líneas— en la doctrina Calvo. El problema no es sólo latinoamericano, sino continental. Como lo escribe Bernardo Cremades:

Incluso en los Estados Unidos de América se piden reformas en materia de protección de inversiones que suenan a verdadero *revival* de la doctrina Calvo. Existe una especial sensibilidad en el impacto, más que económico, social de la aplicación que los tribunales de arbitraje están realizando del tratado NAF-TA, entre México, Canadá y Estados Unidos. El propio Presidente Obama en su campaña camino de la Casa Blanca, indicó con toda claridad que los inversores extranjeros no deben disfrutar de mayor protección que los ciudadanos norteamericanos.²²

Sin embargo, es necesario analizar si la doctrina Calvo es realmente lo que se dice. En primer lugar, reubicadas en su contexto, las ideas expresadas por Calvo fueron revolucionarias, ¡visto que estaba a favor de los extranjeros!, quienes hasta esa fecha no tuvieron casi ningún derecho en el país receptor.²³ Es cierto que el otorgamiento de esta “protección” se limitó a través de la frase —la única que se queda en la memoria de los juristas— que “los extranjeros tienen derecho a la misma protección que los

²⁰ Roa Ortiz, Emmanuel, *Tratados internacionales y control previo de constitucionalidad: Una propuesta para evitar que la imparcialidad de Justicia sea motivo de responsabilidad internacional para el Estado Mexicano*, IUS, <http://www.unla.edu.mx/iusunla1/reflexion/tratados.htm>.

²¹ Selser, *Encyclopedia de las intervenciones extranjeras en América Latina*, Pahl-Rugenstein Verlag Nachfolger-GmbH, 1992.

²² RLMA, 2010, a publicarse (www.med-arb.net)

²³ Para un análisis muy fino de la doctrina Calvo ayer y hoy, véase: Montt, “What International Investment Law and Latin America Can and Should Demand From Each Other. Updating the Bello/Calvo Doctrine in the BIT Generation”, *Res Publica Argentina*, 2007.75.

nacionales, pero nada más”²⁴ (sin embargo, se olvida que este principio nació en ¡Europa!);²⁵ Ahora bien, ¿en qué los TLC, BIT, etcétera, violan este principio? El ciudadano local puede afirmar que los extranjeros pueden “escapar” a tribunales incompetentes y corruptos, pero él no. No es cierto, visto que en materia mercantil —*lato sensu*— el ciudadano también puede pactar para tener un arbitraje, véase afuera del país. También se puede afirmar cuando el nacional tiene un proyecto de contrato con el Estado, no puede obligar al Estado para que acepte una cláusula compromisoria. Tal afirmación también es errónea. Primero, muchos países ya aceptan en sus contratos públicos cláusulas de resolución alternas de controversias.²⁶ Segundo, y quizás lo más importante, todo a final de cuenta depende del *bargaining power*. Lo vimos muy bien en el caso *Disney* donde la empresa estadounidense insistió en tener una cláusula compromisoria en sus contratos con el Estado francés, no obstante que el Consejo de Estado francés decidió que tal acuerdo arbitral fue ilegal en aplicación del derecho local que prevé una competencia exclusiva de los tribunales administrativos.²⁷ Sobre la insistencia de Disney que tales tribunales no pueden ser objetivos visto que la última instancia es ante el Consejo de Estado, que a la vez es juez y parte,²⁸ el Parlamento francés tuvo que intervenir y votar una ley especial²⁹ para lograr que el parque de atracción se estableciera en Francia. Lo mismo pasa en materia de inversión. Ningún Estado está obligado a firmar un BIT. El *bargaining power* hace que el Estado receptor necesite las inversiones y por lo

²⁴ *Le droit international théorique et pratique*, París, 1896.

²⁵ Es así que Calvo narra que durante los trastornos políticos en Italia en 1849, en una guerra entre Nápoles y Toscana, residentes ingleses fueron lastimados por las tropas austriacas que defendieron al Grand Duque toscano. Consecuentemente, Inglaterra presentó sus reclamaciones, a las cuales el gobierno austriaco contestó. “Por muy dispuesto que estén los pueblos civilizados de Europa a ensanchar los límites del derecho de la hospitalidad jamás lo harán al punto de conceder a los extranjeros privilegios que las leyes del país no aseguran a los nacionales” (*Derecho internacional teórico y práctico de Europa y América*, t. 1, 1868, p. 389); también relata que Lord Stanley expresó la misma opinión en relación con la famosa cuestión de Don Pacífico (*The Letters of Queen Victoria*, vol. 2 (of 3), 1844-1853, Gutenberg Project, <http://fliby.com/file/234989/odg6dp3rht.html>).

²⁶ Péreznieto y Graham, *Tratado de Arbitraje Comercial Internacional Mexicano*, Limusa, 2009, # 95 sq.; Wöss, “Arbitraje, Medios Alternativos de Solución de Controversias y Compras del Sector Público en México”, *RLMA*, 2009.124.

²⁷ *Avis*, 6/3/1986.

²⁸ Como su nombre lo indica, el Consejo de Estado, por un lado “aconseja” al Estado, y por otro lado es la última instancia en materia de litigio administrativo.

²⁹ 19 de agosto de 1986.

tanto acepte el arbitraje como modo de resolución de controversias. Pero la situación es exactamente la misma para el nacional. Si el Estado necesita lo que el nacional propone como proyecto de negocios, aceptará también ir al arbitraje en caso de disputa. En resumen, desde el punto de vista de la sociología jurídica, la referencia a la doctrina Calvo es errónea; se trata de un mito “político” utilizado para fines ajenos a lo que Calvo tuvo en mente.³⁰

IV. EL MITO DEL CIADI

Bolivia decidió el 2 de mayo de 2007 salirse del CIADI, presentando varios argumentos.³¹

En primer lugar, afirman las autoridades bolivianas, el CIADI es un tribunal absolutamente desequilibrado que toma partido siempre por las transnacionales. Los hechos así lo demuestran: de los 232 casos de arbitraje presentados, 230 han sido planteados por transnacionales contra Estados. Ahora bien, primero el CIADI tal cual no es un tribunal sino una secretaría técnica al servicio de los varios tribunales arbitrales que son libremente constituidos por las partes. Segundo, en relación con las cifras mencionadas, ellas son más que lógicas en cuanto uno se recuerda que la Convención de Washington de 1965 y los diversos BIT tienen por objetivo proteger al inversionista contra el Estado y no viceversa. También vale la pena subrayar que muchos Estados receptores hoy son también Estados que exportan a sus inversionistas. La compañía boliviana UNETE ¿no tiene actualmente un arbitraje en contra de Ecuador? (es cierto que el procedimiento no es ante el CIADI, sino que se trata de un arbitraje UNCITRAL). Además, es importante señalar que Venezuela, tiene una política nacional y económica muy similar a Bolivia, ha invitado a ExxonMobil a regresar al arbitraje CIADI, no obstante la existencia de varios procedimientos judiciales ante tribunales estatales.³² Además se llevó una primera “victoria”³³ lo que comprueba que no hay en realidad un perjuicio pro/contra Estado/inversionista y que la mayoría de los tribunales arbitrales, no obstante ciertas imperfecciones, buscan la solución “justa”. Lo que si es verdad, es que la justicia no siempre se ve “justa”; punto que sí se debe corregir en el futuro. En palabras aristotélica, “la dificultad está en que lo

³⁰ Santiago Montt propone de actualizar la doctrina Calvo para re-equilibrar la relación Estado-Inversionista, *op. cit.*

³¹ <http://www.art-us.org/content/bolivia-decide-salir-del-ciadi>.

³² <http://www.economiaynegocios.cl/noticias/noticias.asp?id=42290>.

³³ Decision on Jurisdiction, 10 de junio de 2010, en relación con la fecha a partir de la cual se debe calcular el eventual perjuicio.

equitativo, siendo lo justo, no es lo justo legal, sino que es una dichosa rectificación de la justicia rigurosamente legal”,³⁴ sin embargo, la tendencia hoy es obviamente mucho más positivista:

The natural instinct, when someone observes a miscarriage of justice, is to step in and try to put it right, but the interests of the international investing community demand that we must observe the principles which we have been appointed to apply, and stay our hands³⁵.

Otro argumento sostenido por el gobierno boliviano es que del total de disputas atendidas (concluidas y en proceso) por este tribunal hasta febrero de 2007 (109), en el 74 % de los casos los demandados son países en desarrollo, es decir naciones pobres; en el 19% son países desarrollados y apenas en el 1,4% son las naciones ricas de la tierra, los países del G8. Este argumento tampoco no puede ser tomado fuera de contexto. En efecto, la estabilidad legislativa, financiera y política, como las economías liberales en los países de “primer mundo” tienen por consecuencia que hay menos expropiaciones y, por lo tanto, menos litigios entre inversionistas y Estados.

Ahora bien, Bolivia también argumenta que el 36% de los casos atendidos por el CIADI terminaron con un fallo favorable al inversionista privado y 34% de los casos fueron resueltos fuera de la Corte, pero con compensación para el inversor. En los pocos casos ganados por los Estados, éstos no obtuvieron indemnizaciones. Sin embargo, según las cifras de la UNCTAD para 2009, en trece laudos publicados sobre jurisdicción, el inversionista perdió seis veces; en siete decisiones publicadas sobre el fondo, el Estado ganó tres veces. En total, sobre 164 casos, 38% de las decisiones fueron a favor del Estado, y solo 29% a favor del inversionista (mientras que 34% de los asuntos han sido concluido vía negociación).³⁶ En el mismo sentido, la reciente decisión *Sempra Energy*³⁷ del ad hoc comité del CIADI dio razón a Argentina que perdió en “primer instancia”.

Total, la salida del CIADI por parte de Bolivia y de Ecuador probablemente corresponde a una actitud política, en este caso, una oposición a las “políticas” norteamericanas, que según estos países, son “dueños”, entre otros, del Banco Mundial y subsecuentemente del CIADI. De ahí, la pretensión de establecer un CIADI latinoamericano. Sin embargo, hay confusión

³⁴ *Moral a Nicómaco*.

³⁵ Laudo sobre el fondo, Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen v. United States, 26 de junio de 2003.

³⁶ UNCTAD, *Latest Development in Investor-State Dispute Settlement*, 2010.3.

³⁷ Sempra Energy Int'l v. Argentina, 29 de junio de 2010.

y es donde la doctrina regional tiene su papel a jugar. El CIADI es nada más que una “secretaría” (de lujo) que no toma decisión alguna con respecto a un asunto. Si hay fallos discutibles, el culpable no es el CIADI sino el tribunal arbitral. Como lo observó Nigel Blackaby, si mañana hay una institución arbitral regional,³⁸ ¿qué hará más o de diferente de lo que hace hoy el CIADI?³⁹ En realidad, lo que falta son más árbitros con una sensibilidad regional. Es cierto que como lo sostiene José Astigarraga:

As noted, the time was that Latin American arbitrators with international experience were few and far between. Today, not only are there more and more Latin American arbitrators with international experience, but some of the world's top arbitrators are Latin American. For example, the International Centre for Settlement of Investment Disputes reports that 15% of arbitrators, conciliators and ad hoc committee members appointed in ICSID Cases in 2009 came from South America, Central America and the Caribbean.⁴⁰ And, Latin American arbitrators have sat on tribunals deciding important and high-profile investor-state cases.⁴¹

Sin embargo, no se puede denegar que aún hay una preferencia para árbitros no latinos, por ejemplo, en un caso 100% latinoamericano entre una empresa mexicana y Venezuela donde los árbitros provienen de Francia, Estados Unidos y Egipto,⁴² y ambas partes son representadas por despachos americanos.⁴³

Por lo tanto, nos parece que la solución no es tanto criticar el CIADI, sino cambiar, por ejemplo, el sistema de las listas cerradas y autorizar a las partes para nombrar como árbitro a el que más les convenga. De la misma

³⁸ Ver las distintas propuestas en el marco de la UNASUR, especialmente sus conclusiones de la IV Cumbre de Poderes Judiciales de la UNASUR: www.presidencia.gov.ec/pdf/Discurso_Pjudiciales.pdf.

³⁹ ICSID Withdrawal: a Storm in a Teacup?, *Les Cahiers de l'Arbitrage*, 2010.45, 60.

⁴⁰ <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=ICSIDDocRH&actionVal=CaseLoadStatistics>.

⁴¹ RLMA 2010, a publicarse (www.med-arb.net).

⁴² CEMEX Caracas Investments B.V. and CEMEX Caracas II Investments B.V. v. Bolivarian Republic of Venezuela (ICSID Case No. ARB/08/15): Guillaume (Francia); Abi-Saab (Egipto), Von Mehren (EU).

⁴³ Skadden, Arps, Slate, Meagher & Flom LLP; Curtis, Mallet-Prevost, Colt & Mosle LLP.

manera, se puede pensar en cambiar la autoridad nominadora que no sea un funcionario americano o pro-americano.⁴⁴

V. LA LEY APLICABLE

¿Cuál es la ley que se aplica en un asunto sobre inversión extranjera, donde las partes no han previsto una cláusula de *electum juris*? La pregunta existe desde la creación del CIADI⁴⁵ y opinamos que hoy más que nunca la interrogación merece toda su atención, visto la diversidad y variedad de fuentes invocadas ante los árbitros (1). El segundo punto es cómo lidiar con los varios conceptos conocidos para exonerarse de la responsabilidad en caso de incumplimiento de sus obligaciones, que muchas veces son la única defensa que el Estado tiene (2).

1. ¿*Hacia una lex inversionis?*

No hay claridad de cuál(es) ley(es) se aplica(n) y/o cómo unos instrumentos internacionales se coordinan con otros. Sabemos que muchos autores consideran el derecho internacional como un ente “global y universal”, lo que explica que en un caso latinoamericano se invoca la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos;⁴⁶ en otro caso de expropiación se invoca decisiones del GATT/OMC;⁴⁷ etcétera.

⁴⁴ El Presidente del tribunal arbitral, si los co-arbitros no se ponen de acuerdo, es nombrado por el Presidente del Consejo de Administración del CIADI (art. 38 de los Estatutos del CIADI), que no es otro que el Presidente del Banco Mundial, quien siempre es de nacionalidad estadounidense y es designado por el director ejecutivo del país miembro que posee de la mayor cantidad de acciones del Banco, que son los Estados Unidos (<http://web.worldbank.org/WBSITE/EXTERNAL/BANCOMUNDIAL/EXTFAQSSPANISH/0,,contentMDK:20669081~menuPK:1723691~pagePK:98396~piPK:51137780~theSitePK:1723673,00.html#6>).

A eso, se agrega que unas veces se toman decisiones desafortunadas como el nombramiento en el caso *Aguas del Tunari* (Bechtel) contra Bolivia, donde se nombró Presidente del Tribunal Arbitral a David D. Caron, ciudadano estadounidense, es decir de la misma nacionalidad que Bechtel.

⁴⁵ Schreuer, *The ICISD Convention: a Commentary*, ICSID, 2001.549 sq.

⁴⁶ Tecmed precit.; *Azurix Corp. v. Argentine Republica*, precit. (la problemática se presentó de manera indirecta).

⁴⁷ Methanex precit.; Kurtz, “The Use and Abuse of WTO Law in Investor-State Arbitration: Competition and its Discontents: A Rejoinder to Robert Howse and Efraim Chalamish”, *EJIL*, 2010, p. 1095.

Ahora bien, si no hay duda que el derecho internacional es aplicable, se queda la interrogante de ¿qué es lo que uno debe de entender por “derecho internacional”? Es usual citar el artículo 38 de la CIJ que enumera las fuentes del *jus gentium*.

La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar:

- a. Las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes;
- b. La costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho;
- c. los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas;
- d. Las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 59.

De ahí, muchas veces los tribunales arbitrales invocan decisiones judiciales de varias cortes, entre otras de las internacionales de derechos humanos. Sin embargo, nos parece que es legítimo interrogarse hasta dónde una decisión arbitral puede o debe apoyarse en estas decisiones.

En primer lugar, tenemos que focalizarnos en las palabras. El derecho internacional “primario” es el derecho consuetudinario⁴⁸ que no sin razón es llamado el “derecho internacional general”, y que se aplica a todos los Estados, con la excepción del *persistant objector*⁴⁹. Después tenemos el derecho internacional convencional que se aplica únicamente a los Estados parte (salvo si la norma convencional corresponde a una costumbre internacional), y que por lo tanto es un derecho internacional “especial”. Es lógico que una norma convencional no se pueda aplicar a Estados que no sean parte de dicho instrumento en virtud del principio de la relatividad de las convenciones (salvo como lo hemos dicho si representa en el mismo tiempo una norma consuetudinaria).

⁴⁸ Es usual afirmar lo contrario. Eso se debe probablemente por la cantidad: hay más tratados que costumbres internacionales. Sin embargo, la costumbre proviene de la práctica que obviamente es previa cualquier idea convencional. Y también es cierto que en la fase de aplicación, se aplica en primer lugar el tratado porque justamente es *lex specialis* al derecho internacional general, que es el derecho consuetudinario.

⁴⁹ Fisheries Case (United Kingdom *vs.* Norvay), 18/12/1951; Asylum case (Colombia *vs.* Peru), 20/11/1950.

De ahí, en un segundo lugar, existe la duda si por ejemplo la Convención Europea y la Interamericana de Derechos Humanos son sistemas convencionales cerrados (*self contained*)⁵⁰. En efecto, las decisiones de estas cortes interpretan sus respectivas convenciones que se aplican sólo a los Estados parte. Si un Estado no es parte de estos instrumentos contractuales, las decisiones de las cortes tampoco pueden aplicarse a él. Peor, en el caso de la invocación de las decisiones de la CEDH por ejemplo, de cierta manera presenciamos un efecto extraterritorial de la aplicación de la convención europea. En efecto, si un tribunal arbitral en un caso contra un Estado latinoamericano basa su laudo en decisiones de la CEDH, eso implica que este Estado tiene en el futuro que “respetar” esa norma europea. De ahí, resulta ahora que un árbitro, un abogado, el Estado receptor, véase un juez latinoamericano tienen que conocer la jurisprudencia de la CEDH,⁵¹ y en esta lógica también, la de la Corte Africana de Derechos Humanos, la Corte Suprema del Caribe Oriental, etcétera (para hacer justicia, conviene subrayar que unas veces es el propio Estado que invoca tratados a los cuales no es parte como por ejemplo en el asunto *Azurix*).⁵²

Ahora bien, es cierto que se puede argumentar que los árbitros no aplican directamente la Convención Europea por ejemplo, sino la toman en consideración como un “apoyo” doctrinal para sostener su razonamiento en el sentido de “las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho” como lo establece el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

Sin embargo, la doctrina tendrá que reflexionar si tal forma de *lex shopping* comparado realmente es admisible. Como lo dijo el Comité *ad hoc* en *Azurix*:

Argentina también se refirió, por analogía, al Convenio Europeo sobre Derechos Humanos y al TLCAN. Como el alcance de la protección otorgada por

⁵⁰ Para la discusión de la compartmentalización del derecho internacional : Simma & Pulkowski, “Of Planets and the Universe: Self-contained Regimes in International Law”, *EJIL*, 2006.483; Simma & Pulkowski, “Leges Specialis and Self-contained Regimes”, en Crawford *et al.*, *The Law of International Responsibility*, Oxford University Press, 2010, p. 139.

⁵¹ ¿Cuál sería el sentido de aplicar a un caso contra Perú por ejemplo, los dicta del fallo Barret & Sirjean c/Francia de la CEDH en un asunto de desposesión en Córcega implicando numerosos puntos particularistas debido a la situación política en la Isla? (5ta Sección, 21/1/2010).

⁵² Annullment decision, 1 de septiembre de 2009.

un tratado de protección de inversión depende, en cada caso, de los términos específicos del tratado correspondiente, el Comité considera que las comparaciones con tratados que contienen disposiciones diferentes son de poca utilidad, en especial con respecto a tratados que no se refieren a la protección de inversiones.⁵³

Lo que se ve, es que tanto los litigantes como los árbitros aplican una cierta forma de *lex mercatoria*. En sí mismo no existiría problema si hubiera acuerdo sobre la definición de la *lex mercatoria*.

La nuestra es la que Emmanuel Gaillard propone:

La idea hoy en día no es la oposición entre ordenes jurídicos estatales y un hipotético orden jurídico transnacional, sino el de un recurso global a un conjunto de derechos nacionales... En otros términos, el postulado de la inadecuación de los derechos nacionales da lugar a la preocupación, más legítima, de fundar la solución de algunos asuntos sobre un conjunto de derechos en lugar de un único en donde las soluciones originales podrían decepcionar la espera legítima de las partes.⁵⁴

Sin embargo, hay al menos dos obstáculos serios para una *lex inversionis*. Por un lado, los BIT no la prevén como ley aplicable y, por otro lado, no siempre es fácil de definir cuál podría ser la “espera legítima” de las partes.⁵⁵ El caso del TLCAN lo ilustra perfectamente. Si uno puede “legítimamente” pensar que los principios generales son parte del derecho internacional (como lo indica el artículo 38 del Estatuto de la CIJ), resulta que una de las partes, en este caso el Estado, opinó que la expresión derecho internacional se refiere sólo al derecho consuetudinario y no a los principios generales.⁵⁶ Sin embargo, todo lo anterior, no tiene que ser interpretado como una imposibilidad absoluta para la creación/existencia de una *lex inversionis*, a condición que la doctrina ayude a sistematizar las decisiones con el fin de obtener un resultado similar tal como los principios UNIDROIT en materia de comercio internacional.

⁵³ *Ibidem*, ¶128.

⁵⁴ Gaillard, “Trente ans de lex mercatoria”, *JDI*, 1995.5, 8.

⁵⁵ Cf Graham, Graham, “¿Dondé se queda...”, *cit.*

⁵⁶ Lo que dio más tarde lugar a la declaración interpretativa de la Comisión del TLC (Weiler, “Good Faith and the Promise of Regulatory Transparency”, en Weiler, *International Investment Law and Arbitration*, Camaron May, 2005, p. 720).

2. *El ejemplo de la fuerza mayor y otros conceptos*

En el arbitraje comercial son pocas veces la oportunidad de poder invocar verdaderas situaciones que permiten invocar la fuerza mayor, el caso fortuito u otros conceptos similares, entre otros porque no hay muchas circunstancias que realmente hagan imposible el cumplimiento de una obligación. Para los países latinoamericanos la situación es diversa debido a la recurrencia de las crisis económicas⁵⁷ que ponen mal al Estado y/o dificultan o imposibilitan el cumplimiento de sus obligaciones.

Ahora bien, faltan criterios precisos para definir cuándo hay *force majeure*, *hardship* o estado de necesidad,⁵⁸ que muchas veces son las únicas defensas que tienen los Estados cuando hay por ejemplo una crisis económica. En varios casos, entre otros Argentina, nadie ha negado que de hecho había cambios “drásticos” de circunstancias.⁵⁹

Ahora bien, dos principales problemas se cristalizan alrededor de la mencionada problemática. Por un lado, ¿quiénes son los árbitros para juzgar las decisiones políticas que se tomaron, y si fueron o no la causa de la crisis? Todos los árbitros son abogados y no economistas. ¿Pertenece realmente al tribunal arbitral la facultad de emitir juicios de valor, como fue en el caso CMS?⁶⁰ Que obviamente traen consigo consecuencias jurídicas para la solución de la controversia.

El segundo problema reside en la diferencia de interpretación de los textos legales aplicables y si los requisitos que prevén se han cabalmente cumplido o no. Al contrario de los Estados occidentales y de las empresas, desafortunadamente el cambio radical e imprevisible de situación (política, financiera, social, etcétera) es de alguna manera un pan cotidiano. ¿No se

⁵⁷ Por ejemplo: México (1994), Argentina (1995), Brasil (1999), Argentina (2002); a las cuales se agregan diversas otras crisis como Ecuador (1997).

⁵⁸ Sobre la problemática general, véase Scherer, “Economic or Financial Crises as a Defense in Commercial and Investment Arbitration”, *Czech Yearbook of International Law*, 2010, p. 219.

⁵⁹ Por ironía, Argentina en el momento de firmar la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, emitió la siguiente reserva: “The Argentine Republic does not accept the idea that a fundamental change of circumstances which has occurred with regard to those existing at the time of the conclusion of a treaty, and which was not foreseen by the parties, may be invoked as a ground for terminating or withdrawing from the treaty”.

⁶⁰ 12/5/2005; Graham & Treviño, “La previsibilidad en materia de arbitraje sobre inversión extranjera: criterios jurídicos contradictorios y los casos CMS y LG&E”, *RLMA*, 2007, p. 122.

necesitaría definiciones más precisas que permitan a ambos actores, empresa y Estado, tener una mayor seguridad jurídica.⁶¹ Recordemos que por metodologías diversas de interpretación, LG&E y Continental Casualty aceptaron la defensa argentina sobre el estado de necesidad bajo el amparo del artículo XI del BIT EU-Argentina, mientras que CMS, Enron y Sempra la rechazaron.⁶² El punto de divergencia está en la coordinación entre el derecho convencional (el BIT), el derecho consuetudinario, y el derecho internacional codificado como la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados o los artículos de la CDI sobre la Responsabilidad del Estado. Creemos que por ahí habrá una verdadera necesidad de elaborar un marco más perfeccionado en relación con la ley aplicable y porque no pensar en nuevos conceptos como el estado de necesidad “financiero” tal como lo sugiere Sarah Heathcote.⁶³

VI. DERECHOS HUMANOS,⁶⁴ COMUNIDADES INDÍGENAS Y MEDIO AMBIENTE

Como Howard Mann lo ha escrito, “the key issue that arises here is whether a regulation designed to protect or promote human rights can be classified as an indirect expropriation of an investor’s rights or assets”.⁶⁵

Dos casos latinoamericanos ilustran las vistas opuestas sobre el tema, que obviamente pone en juego el poder soberano del Estado. En Metalclad, el tribunal partió del principio que una expropiación es una expropiación, no importa su motivo. La única cuestión a resolver es verificar si se han dado los requisitos del tratado para otorgar una compensación al inversionista. En Methanex, los árbitros decidieron al contrario que sí es importante el motivo de la expropiación para decidir o no el otorgamiento de una compensación: “[A]s a matter of general international law, a non-discriminatory regulation

⁶¹ Roberts, “Power and Persuasion in Investment Treaty Interpretation: the Dual Role of States”, *AJIL*, 2010, p. 179.

⁶² Un tribunal arbitral sólo tiene por misión de resolver la controversia presentada y no, como un tribunal judicial, crear “jurisprudencia”.

⁶³ Circumstances Precluding Wrongfulness in the ILC Articles on State responsibility, en Crawford *et al.*, *op. cit.*, pp. 491, 501.

⁶⁴ Dupuy *et al.*, *Human rights in international investment law and arbitration*, Oxford University Press, 2009; Mann, *International Investment Agreements, Business and Human Rights: Key Issues and Opportunities*, IISD, 2008; Fry, “International Human Rights Law in Investment Arbitration: Evidence of International Law’s Unity”, *Duke Journal of Comparative and International Law*, 2007.77, 114.

⁶⁵ P. 21.

for a public purpose, which is enacted in accordance with due process and, which affects, inter alios, a foreign investor or investment is not deemed expropriatory and compensable [...].⁶⁶

En otras palabras, si la “de-propiedad” por parte del Estado es por ejemplo motivada por razones de protección de derechos humanos, el inversionista no tendría derecho a compensación.

Otros dos ejemplos pueden ser mencionados. En la medida que muchos asuntos en el continente tratan de concesiones por parte del Estado de manejar el sistema de agua, es a partir de los casos Aguas de Tunari y Compañía de Aguas del Aconquija, que surgió la posibilidad de un “nuevo” derecho humano que fuera el “derecho al agua”.⁶⁷ En el caso Boliviano, el argumento es muy sencillo. El hombre no puede sobrevivir sin agua. Si el precio del agua no le permite comprarla, no cabe duda que su vida va sufrir por esta situación, y podrá verla en peligro. De ahí, que se opina que se viola el derecho al agua e intrínsecamente el derecho a la vida. En materia de las concesiones de explotación petrolera o gasífera, se argumenta que muchas veces las inversiones violan el derecho a la vida, el derecho a la salud, el derecho al medio ambiente, el derecho a la igualdad, etcétera.⁶⁸

Si se sigue la línea de Methanex, ninguna compensación tendría que ser otorgada al inversionista. Sin embargo, no se pueden negar las inversiones que hizo la empresa para implementar el sistema de distribución del agua. Otro ejemplo que se puede citar son las posibles consecuencias del caso Saramaka People de la CIDH⁶⁹ y Grand River Enterprises.⁷⁰ Si Europa, tal cual, no tiene problemas con comunidades indígenas “históricas”, la situación es diferente en el continente americano. Si es cierto que en los Estados Unidos casi no hay “fuertes” grupos de indígenas, no quiere decir que el problema no sea conocido como lo demuestra el caso de Gran River Enterprises, y en cuanto a América Latina, la gran mayoría de los países están

⁶⁶ P. 278.

⁶⁷ Bär, *Why we need an International Water Convention*. Alliance Sud, 2004.4; Dupuy, *Le Droit a l'eau: Un droit International*, EUI Working papers, 2006.

⁶⁸ Jacob, *International Investment Agreements and Human Rights*, INEF Research Paper Series, Human Rights, Corporate Responsibility and Sustainable Development, 2010.

⁶⁹ 12/8/2008.

⁷⁰ Grand River Enterprises Six Nations, Ltd. *et al.* v. United States of America (UNCITRAL), <http://www.state.gov/s/l/c11935.htm>

compuestos de muchas comunidades importantes y bien identificadas, que al mismo tiempo son la población votante más importante.⁷¹

Ahora bien, en Grand River Enterprises, lo interesante para la doctrina latinoamericana es fijar si existe o no una costumbre internacional emergente de considerar las poblaciones originarias como “primeros inversionistas” y por lo tanto hay una obligación de consultarles antes de tomar cualquier medida normativa. Los Estados Unidos rechazan la existencia de tal regla consuetudinaria, y, suponiendo sin conceder que hubiera tal regla, los Estados Unidos pretenden ser considerados como *persistent objector*:

the US denies that there is an obligation pursuant to Article 1105(1) to proactively consult indigenous tribes. Indeed, lawyers for the U.S. state department dismiss any suggestion that certain international declarations on indigenous peoples have given rise to concrete customary international law obligations, including with respect to avoiding discrimination against indigenous persons by taking proactive steps to consult them as to potential regulatory or legislative changes that might have a substantial impact on them.⁷²

Aunque que con anterioridad hemos dicho que a la mejor no sea buena política invocar la jurisprudencia de las diversas cortes de derechos humanos para ser sistemas *self contained*, haremos una excepción evocando el caso *Saramaka People* de la CIDH en relación con el asunto mencionado *Grand River Enterprises*. La Corte consideró que el derecho a la propiedad tiene que ser interpretado de manera especial cuando conciernen territorios perteneciendo a pueblos originarios. ¿Qué tiene que pasar si el Estado nulifica un contrato de concesión hidroeléctrica con una empresa extranjera ¿por qué el proyecto implica por ejemplo la destrucción de panteones indígenas, sin el consentimiento previo e informado de estas comunidades? ¿Un tribunal arbitral tendría que declarar admisible la demanda del inversionista? En otras palabras, ¿una inversión hecha en violación de ciertos derechos humanos puede ser considerada como una inversión?⁷³

⁷¹ Por ejemplo, en 2005, 39% de la población de Ecuador, 45% de la población peruana y 55% de la población boliviana están compuesta de poblaciones indígenas identificadas (Lizcano, *Composición Étnica de las Tres Áreas Culturales del Continente Americano al Comienzo del Siglo XXI*, Centro de Investigación en Ciencias Sociales y Humanidades, UAEH, 2005, 185).

⁷² Peterson, 2 *IA REPORTer* 3 (2009: 18).

⁷³ Véase las observaciones de Orellana, *AJIL*, 2008.847. Kate Supnik propone de modificar el Tratado de Washington para implementar consideraciones en relación con el medio ambiente, la salud pública etcétera. Si las propuestas se ven razonables, nos

VII. ¿BIT O SISTEMA DE SEGURO?

No cabe duda que los BIT no son un sistema de seguro para negocios perdidos. Una inversión por principio lleva un cierto grado de riesgo de pérdidas que tienen que ser aceptadas por parte del inversionista extranjero, y eso en un contexto no sólo socio-político, sino también cultural. Como George Malcotsis lo observa de manera muy pertinente en relación con las inversiones suizas en los países del este, y que se aplica *mutatis mutandis* a América Latina:

Cultural differences that were not taken into consideration properly have been the main reason. In Switzerland, we rely on written and unwritten rules, norms and practices that traditionally apply to our business environment. We are inclined to believe and trust organizations and systems. In Eastern countries loyalty tends to be connected to personal relation between individuals. The weaker the legal framework and systemic security is, the greater the focus on personal relations.⁷⁴

Y como en cualquier negocio, siempre hay un factor de riesgo que el inversionista tiene que asumir:

64. Al respecto, el tribunal debe enfatizar que los acuerdos bilaterales sobre inversiones no son pólizas de seguro contra malas decisiones de negocios. Aunque probablemente sea cierto que las políticas y prácticas de SODIGA y sus entidades afiliadas eran deficientes en el período pertinente en España, no puede considerarse que ellas debían atenuar los riesgos comerciales inherentes a cualquier inversión que asumían los inversores. En ese sentido, ciertamente no se puede responsabilizar a España por las pérdidas que pueda haber sufrido el señor Maffezini como podría haberle ocurrido a cualquier otra entidad privada en circunstancias similares.⁷⁵

Como lo subrayó otro tribunal: “75... Por lo contrario, considera el Tribunal que la prudencia habría aconsejado a un extranjero que llegaba a un

parece complicado de cambiar tan profundamente un convenio que tiene 144 Estados partes (*Making Amends: Amending the ICSID Convention to Reconcile Competing Interests in International Investment Law*, *Duke Law Journal*, 2009.342).

⁷⁴ “Risks of Swiss Direct Investment Abroad – The Cultural Factors”, en Hoffmann, *Protection...*, cit., p. 3, 4.

⁷⁵ Emilio Agustín Maffezini v. Kingdom of Spain, ICSID Case No. ARB/97/7, Award, 13/11/2000.

país que había sufrido serios problemas económicos, ser mucho más conservador en sus inversiones".⁷⁶

Y como ya lo vimos con anterioridad, hay que preguntarse si se debe tomar en cuenta o no el motivo de la expropiación. Si se acepta la idea de que sólo el resultado cuenta, cualquier depravación de un derecho económico dará automáticamente derecho a una indemnización y en este sentido, si el inversionista cumple con todos los requisitos del BIT, éste se puede volver poco a poco un mecanismo de seguro contra pérdidas, en lugar de ser una protección en contra de actos arbitrarios del Estado receptor.

VIII. COSTOS DEL ARBITRAJE

El costo del arbitraje (y los subsecuentes honorarios de los abogados) es un problema⁷⁷ que requiere una reflexión particular en lo que concierne el arbitraje en América Latina. No cabe duda que tal tipo de arbitraje es caro para todos: empresas, Estados occidentales, etcétera, sin embargo, para los países latinoamericanos, la carga financiera aún es peor. Si tomamos por ejemplo el caso de Ecuador, en 2008, los procedimientos en su contra tuvieron una *litis* alrededor de 5, 492 millones de dólares, representando el 50% del presupuesto estatal previsto por este año.⁷⁸

Ya sea en materia comercial o en materia de inversión extranjera, las partes latinoamericanas raras veces tienen las mismas posibilidades económicas de pagar los gastos y costas que sus contrapartes americanas y europeas. Sabiendo que el procedimiento arbitral en sí, no es tan caro (Schreuer habla de un promedio de 200 000 dólares para un procedimiento CIADI)⁷⁹ y sabiendo que sobre el total de la factura, *grosso modo* 80% son los honorarios de los abogados,⁸⁰ se debería en primer lugar dar prioridad a los despachos de la región que tienen honorarios menos pesados que sus

⁷⁶ Eudoro A. Olguín *v.* Republic of Paraguay, Case No. ARB/98/5, 26/7/2001.

⁷⁷ Para la cuestión en general: Morton, "Can a world exist where expedited arbitration becomes the default procedure?", *Arbitration international*, 2010, p. 103; Gaillard, "The dynamic of time and cost", *Global Arbitration Revue*, 2009, p. 10.

⁷⁸ Declaración del Procurador del Estado Diego García, que por 2008, el total de la *litis* en contra del Estado es unos 5492 millones de dólares, la mitad del presupuesto estatal programado, que fue de 12 605 millones (*El Comercio*, 1 de octubre de 2009).

⁷⁹ *Op. cit.*, p. 1208.

⁸⁰ Así Serge Lazareff evoca que en promedio en los arbitrajes CCI, el ratio costo/honorarios es de 1:5, en los procedimientos de arriba a 100 millones de 1:8, véase de 1:10 (*L'arbitre singe ou comment assiner l'arbitrage*, *Mélanges Briner*, CCI, 2005.477, 480).

colegas americanos. En segundo lugar, pertenece a la doctrina latinoamericana reflexionar sobre nuevas formas probatorias, visto que los *discoveries*, peritajes, testimoniales, etcétera,⁸¹ son una causa substancial de lo que se debe pagar en un arbitraje. Aunque no directamente vinculado, el estilo “americano” de los laudos que cada día son más “enormes” con varios cientos de hojas.⁸² Es así que el estudio de los precedentes requiere más y más horas. La tradición civil tiene por tradición, sentencias muchas más cortas y tal debería ser también el caso para los arbitrajes “latinoamericanos”.⁸³

Otra salida de la pesadilla “financiera” del arbitraje es el desarrollo de la mediación. No sólo en materia comercial, sino también en materia de inversión extranjera. Desafortunadamente es una herramienta muy poco utilizada pero que sin duda tiene sus ventajas⁸⁴ (es así que Schreuer cita un ejemplo de una conciliación con un costo procesal total de 11 000 US).⁸⁵

IX. CONCLUSIÓN

Después de este muy rápido y breve recorrido sobre unas temáticas arbitrales en el continente, no cabe duda que el principal campo de estudio en los próximos años será el arbitraje en materia de inversión extranjera. Visto la experiencia de los varios Estados con distintos tratados (TLCAN, BIT, etcétera), sería interesante tener un fórum interestatal donde se pueda intercambiar las experiencias y reflexionar sobre un BIT Modelo para América Latina, que podría ser adaptado a las situaciones particulares de cada país.

Ahora bien, no se debe perder de vista que en lo que concierne al arbitraje comercial, también hay necesidad de impulsar y promover nuevos puntos de vista. Una de las principales tareas de la doctrina latinoamericana será para el futuro, como lo escribe Fernando Cantuarias:

El logro de “establecer reglas uniformes que habiliten a nuestros comerciantes y empresarios pactar el arbitraje en cualquiera de nuestros países, permitiendo así que elijan el lugar del arbitraje exclusivamente en razón de criterios como la neutralidad, los costos y los servicios, [y así] habremos avanzado en

⁸¹ Véase las observación de Lucy Reed, “More on Corporate Criticism of International Arbitration”, *Kluwer Arbitration Blog*, 16 de julio de 2010.

⁸² Véase la observación del juez Holtzmann que “the Tribunal’s growing tendency to write Awards that are overly long and excessively details” (Tribunal Irano-Americano, *Mohsen Asgari Nazari*, 24 de agosto de 1994).

⁸³ No escondemos nuestra admiración para las sentencias de *cassation* de la Suprema Corte francesa.

⁸⁴ Véase <http://investmentadr.wlu.edu/podcasts/>.

⁸⁵ *Op. cit.*, p. 549.

la dirección correcta para promover un verdadero crecimiento del comercio en nuestra región”.⁸⁶

Finalmente, la “desaparición” rampante de los profesores⁸⁷ del campo arbitral al beneficio de los abogados litigantes,⁸⁸ tiene obviamente también un impacto directo sobre la ausencia de nuevas reflexiones teóricas⁸⁹ que podrían permitir tener una mejor sistematización del derecho positivo y un desarrollo más ordenado de la *lex ferenda*. Tal como al inicio del siglo XIX en la guerra entre la escuela (de derecho) y el palacio (de justicia) en Francia,⁹⁰ hoy en día no cabe duda que la batalla parece perdida para los intelectuales. Sin embargo, creemos que hace falta recordar las palabras de Saleilles, quien sostuvo que “si uno no quiere que las innovaciones jurisprudenciales sean malas sorpresas para los interesados, deben de ser preparados y encarnados por el movimiento científico de la doctrina”.⁹¹ Ojalá que en estos términos, nuestra revista pueda ser una herramienta idónea para seguir los pasos de Gény, para quien es a la doctrina de buscar el derecho,⁹² porque, como lo pensó Heidegger, el tiempo para la conciencia que lo experimenta no es una sucesión de instantes “del pasado al futuro” (camino de la abogacía), sino un “ir hacia el futuro que va cobrando conciencia de su ir (camino de la academia”).⁹³

⁸⁶ *Arbitraje comercial y de las inversiones*, Lima, UPC, 2008.107.

⁸⁷ Entendemos por “profesor”, un titular de tiempo completo de una cátedra que enseña y contribuye de manera importante al desarrollo de la doctrina. Obviamente, este estatuto no excluye que el profesor también pueda trabajar como litigante en una firma de abogados. De la misma manera, es cierto que un litigante también puede enseñar y publicar, pero por sí mismo no contribuye a la teorización y la sistematización del derecho.

⁸⁸ Si nos referimos a los tribunales constituidos en materia de arbitraje sobre inversión extranjera por lo que concierne a los años 2009 y 2010, la proporción en promedio es de 2 a 1 a favor de abogados litigantes. En lo que se relaciona con la representación de las partes, el monopolio pertenece a las firmas de abogados.

⁸⁹ En efecto, el ejercicio de la profesión es cada día más exigente y no permite al abogado tomarse el tiempo para la reflexión abstracta. Su ejercicio consiste a conocer el derecho positivo y ver cómo ganar el caso para su cliente.

⁹⁰ Véase en este contexto la obra y las observaciones de Josserand, que hoy en nuestra materia son más que nunca de actualidad: Audren, Luis Josserand ou la construction d'une autorité doctrinale, *RTDC*, 2009.39, 46.

⁹¹ Ecole historique et droit naturel d'après quelques ouvrages récents, *RTDC*, 1902.80, 104.

⁹² Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif, 1919.

⁹³ Sein und Zeit, 1927.