

Foro Jurídico



IBEROAMERICANO

“LA REVISTA INTERNACIONAL DE DERECHO PRÁCTICO”

Año I Número 3

Marzo 2013

Derecho al olvido: La realidad social que vivimos

Del 18 al 22 de marzo se celebra el 47º periodo extraordinario de sesiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Las Pymes pueden dinamizar las relaciones entre América Latina y la Unión Europea, según un estudio de la CEPAL y la EuroChambres

Los casos pendientes en la Corte Internacional de Justicia

Entrevista a D. Jaime Llopis,
Vicepresidente de la
Cámara de Comercio Brasil-España



Latinoamerica y CIADI: ¿Hacia la creación de un nuevo tribunal arbitral regional en materia de inversiones?

Clifford J. Hendel y Alicia Sánchez

Recientemente, en el marco de la Primera Cumbre UE-CELAC, que reunió a Jefes de Estado de la Unión Europea, América Latina y el Caribe y que tuvo lugar en Santiago de Chile entre el 26 y el 28 de enero de este año, el gobierno argentino hizo pública de nuevo su intención de dejar de someter sus disputas con inversores extranjeros al Centro Internacional de Arbitraje de Inversiones (CIADI), dependiente del Banco Mundial.

Representantes del gobierno argentino ya habían manifestado públicamente en diversas ocasiones sus divergencias con el CIADI, a quien califican de poco imparcial y de fallar en la mayoría de las ocasiones a favor de las multinacionales. La relación entre Argentina y CIADI es particularmente intensa, principalmente debido a las medidas adoptadas por este país a raíz de la crisis de 2001 ("Latin American Investment Protections", Jonathan C. Hamilton et. al., Martinus Nijhoff Publishers, Boston 2012), puesto que, este país ha sido demandado ante CIADI más que ningún otro y se enfrenta actualmente a 25 arbitrajes administrados por CIADI, en los que se le reclaman aproximadamente 65.000 millones de dólares.

De presentar finalmente esta denuncia, Argentina se uniría al club de los Estados Latinoamericanos que ya denunciaron el Convenio CIADI: Bolivia, Ecuador y Venezuela.

La relación de Latinoamérica con el CIADI ha sido oscilante desde la creación de este organismo mediante el Convenio de Washington de 18 de marzo de 1965, por el que se constituyó el CIADI. Así, en un primer momento, la mayoría de los estados latinoamericanos se opusieron, conforme a la denominada "Doctrina Calvo", que limitaba o prohibía la resolución de disputas respecto de inversores extranjeros en países latinoamericanos en foros jurisdiccionales o arbitrales extranjeros, a suscribir el Convenio de Washington, en lo que en la literatura especializada se conoce como "El No de Tokio". Sin embargo, en los años 80 y 90, coincidiendo con procesos privatizadores en el sector energético y de las materias primas, la mayoría de esos Estados invirtieron su posición al respecto, suscribiendo el Convenio de Washington y sometiendo sus disputas en materia de inversiones internacionales al CIADI, con las notable excepciones de

México y Brasil.

Al mismo tiempo, estos Estados suscribieron numerosos acuerdos bilaterales de protección de inversiones (APRIs, o BITs en sus siglas en inglés) que, en lo que a la resolución de disputas se refiere, típicamente ofrecen la posibilidad para el inversor de someter la disputa a un tribunal arbitral internacional, y entre ellos el CIADI, bien de forma directa, bien tras haber agotado de forma previa las vías jurisdiccionales internas del Estado en cuestión.

Sin embargo, la tendencia parece haber cambiado de nuevo en la última década, al menos en algunos Estados que han pasado a tener gobiernos populistas. Estos países han impulsado una política de nacionalización de sus recursos naturales, lo que ha conllevado en muchos casos expropiaciones o resolución de contratos con multinacionales, que han defendido ante el CIADI su derecho a recibir una compensación equitativa.

El primer Estado en denunciar el Convenio de Washington fue Bolivia en 2007, seguida por Ecuador en 2009 y Venezuela en 2012.

Tras estas denuncias, se ha generado un intenso debate doctrinal acerca de los efectos que las mismas hayan de tener y, especialmente, sobre la fecha a partir de la cual un inversor no podrá acudir al CIADI (a este respecto, resulta de gran interés el trabajo de la profesora Katia Fach Gómez, "Latin America and ICSID: David versus Goliath?", http://www.academia.edu/830229/Latin_America_and_ICSID_David_versus_Goliath): (i) la fecha en la que el CIADI reciba la denuncia del Estado; (ii) al finalizar el periodo de seis meses previsto en el artículo 71 del Convenio; o (iii) la terminación del APRI suscrito entre el Estado denunciante y el Estado de origen del inversor.

La cuestión surge básicamente del hecho de que la suscripción por parte del Estado del Convenio CIADI no constituye por si misma la aceptación de arbitraje en cualquier caso, sino que el Estado en cuestión deberá realizar una "oferta" de arbitraje que el inversor debe "aceptar". En aquellos casos en que el Estado y el inversor hayan manifestado simultáneamente su oferta y aceptación del arbitraje, como sería el caso de la suscripción de un acuerdo de inversión, la denuncia por parte del Estado

del Convenio CIADI no afectaría al derecho del inversor a arbitrar su disputa ante el CIADI. Puede encontrarse una interesante exposición de esta controversia en “The Uncertain Future of ICSID in Latin America”, Ignacio Vincetelli, disponible en <http://ssrn.com/Abstract=1348016>.

Sin embargo, cuando la “oferta” del Estado a arbitrar es realizada a través de un APRI, el inversor deberá “aceptar” posteriormente el arbitraje, usualmente al iniciar el procedimiento arbitral ante el CIADI, o mediante una declaración expresa en este sentido.

Con independencia de cómo se haya prestado el consentimiento, siempre que haya existido consentimiento mutuo con anterioridad a la denuncia, ésta no deberá afectar al derecho del inversor a acudir al procedimiento arbitral ante el CIADI.

Sin embargo, si el inversor no ha aceptado el arbitraje con anterioridad a la denuncia del Convenio, existen diversas interpretaciones sobre si podrá acudir al arbitraje, con base en las distintas interpretaciones del artículo 72 del Convenio.

Para algunos autores, el artículo 72 del Convenio hace el consentimiento del Estado a arbitrar ante el CIADI irrevocable únicamente cuando ambas partes consintieron antes de la denuncia, ya que la “oferta” de someterse a arbitraje puede ser retirada unilateralmente, en tanto no sea aceptada. Para otros, el artículo 72 del Convenio tiene un sentido más amplio e implicaría que las cláusulas que contengan “ofertas” de consentimiento seguirían en vigor tras la denuncia del Convenio, incluidas aquellas cláusulas contenidas en APRI, que continuarían siendo válidas en tanto continuase en vigor el APRI.

En todo caso, la mayoría de los APRI aún dejan abier-

tas varias posibilidades de resolución de disputas, como someter su controversia a un tribunal *ad hoc* creado al amparo de UNCITRAL, a la Cámara de Comercio Internacional de París – ICC- o a la Cámara de Comercio de Estocolmo.

Sin embargo, tanto Venezuela como, especialmente, Ecuador, han iniciado los trámites legales oportunos para denunciar asimismo numerosos APRI, con el objetivo declarado de dejar definitivamente de someter la resolución de sus conflictos a tribunales arbitrales internacionales. No obstante, esta medida no tendrá efectos inmediatos, por cuanto la mayoría de estos Convenios incluyen una cláusula de pervivencia que permite a los inversores que hayan realizado su inversión con anterioridad a la terminación del APRI permanecer protegidos por sus garantías durante un amplio periodo de tiempo (típicamente, entre 10 y 15 años), por lo que pasarán aún muchos años antes de que estos países puedan lograr su objetivo.

En este contexto, se propuso en 2009 en el seno de UNASUR crear un centro de arbitraje regional que permita a Latinoamérica ofrecer alternativas regionales para la resolución de disputas, tanto de inversiones como comerciales, que ha tenido un espectacular crecimiento en la región en los últimos años. Este centro sería específicamente latinoamericano, con sede o sedes en países de Latinoamérica y sus idiomas de trabajo serían el español y el portugués.

Este centro regional de conciliación y arbitraje tendría por delante una ardua tarea: lograr la confianza de los inversores internacionales para someter las disputas derivadas de sus inversiones al mismo. De no lograr su objetivo, la inversión internacional en los países denunciantes del Convenio CIADI podría resentirse en el largo plazo.



Clifford J. Hendel

Socio de Araoz & Rueda (Madrid), ha desarrollado una práctica transaccional y contenciosa, en particular en el ámbito internacional. Es Fellow del Chartered Institute of Arbitrators, miembro de la Junta Directiva del Club Español de Arbitraje, y miembro de la Asociación Latinoamericana de Arbitraje (ALARB) y del Consejo Europeo de la LCIA, entre otras asociaciones profesionales. Árbitro del Tribunal Arbitral de Deporte, forma parte del “Global Panel of Neutrals” del International Institute for Conflict, Prevention & Resolution (CPR) y es mediador acreditado por el Centre for Effective Dispute Resolution (CEDR). Admitido en Nueva York (Attorney), Reino Unido y Gales (Solicitor), París (Avocat,) y Madrid (Abogado).



Alicia Sánchez

Asociada Senior de Araoz & Rueda (Madrid), se incorporó al departamento mercantil en enero de 2011. Licenciada por la Universidad de Salamanca, LL.M. por el Instituto de Empresa, International Business Lawyer Program en McGeorge School of Law (University of the Pacific), cuenta con una experiencia de más de diez años en el ejercicio de la abogacía. Es ponente habitual en seminarios y conferencias, así como autora y coautora de diversos artículos en revistas especializadas. Habla español, inglés y alemán.