**El arbitraje según los tratados bilaterales de inversión y tratados de libre comercio en América Latina**

Revista Nº 1 Jun.-Dic. 2004

Las colaboraciones publicadas no comprometen la responsabilidad de la revista. Las opiniones expresadas pertenecen exclusivamente a sus autores

Nigel Blackaby

1.Introducción (1) .

A principios de los años noventa, un número importante de Estados latinoamericanos puso en marcha ambiciosos programas de reformas estructurales de carácter económico con el objetivo de poner fin a décadas de inestabilidad económica. Tales programas incluyeron procesos de privatización, desregulación y liberalización del comercio.

Como parte integral de estas nuevas políticas, los países de la región concluyeron más de 380 tratados para la promoción y protección recíproca de inversiones (Tratados Bilaterales de Inversión o TBI) y varios tratados de libre comercio (TLC) incluyendo el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) y el Grupo de los Tres (G-3)—. Estos instrumentos tienen como propósito promover un ambiente favorable para las inversiones, ya que el inversionista extranjero tendrá que tener en cuenta la existencia de este tipo de tratados al valorar los riesgos políticos y jurídicos de los posibles negocios que pretenda realizar en la región.

Básicamente, los TBI y los TLC Proveen ciertos estándares mínimos de protección a las inversiones realizadas por inversionistas de uno de los Estados contratantes, en el territorio del otro Estado contratante. El ámbito de protección ofrecido por estos acuerdos codifica un nivel de protección que va más allá del mínimo reconocido en el derecho internacional consuetudinario. Generalmente incluye garantías como las contenidas en los principios de tratamiento nacional, la nación más favorecida, el tratamiento justo y equitativo y la exigencia de compensación pronta, justa y adecuada para la expropiación. El contenido de la protección definida por estos principios es el objeto de una jurisprudencia en constante evolución, a la cual nos referiremos más adelante.

La protección proporcionada por los tratados solo resulta efectiva en la medida en que lo sean los mecanismos que aseguren su ejecución. En la ausencia de un mecanismo particular, el tratado solo podría ejecutarse sobre la base de las acciones tomadas por los Estados contratantes. De esta forma, un inversionista descontento se vería obligado a solicitar a su Gobierno que elevara cualquier incumplimiento al nivel internacional y, de ser necesario, que apadrinara sus reclamaciones.

Para solucionar este problema y reconociendo que una efectiva protección de la inversión debe ser independiente de la actividad de los Estados, los tratados incorporan un sistema de resolución de conflictos en el cual, luego de un período de “cooling off” para la negociación y/o limitada intervención de los tribunales locales, el inversionista puede comenzar directamente un procedimiento arbitral en contra del Estado.

La mayoría de tratados disponen que este arbitraje sea promovido bajo las reglas del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (Ciadi), cuando los Estados contratantes son partes en la Convención sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados de 1965 —Convención de Washington—. En caso contrario, el tratado prevé generalmente como alternativa otro tipo de arbitraje institucional, como el de la Cámara de Comercio Internacional (CCI) o el arbitraje ad hoc bajo las reglas de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI). Finalmente, algunos tratados permiten que el inversionista elija acudir a la jurisdicción de los tribunales del lugar donde se realizó la inversión, como una alternativa frente a la opción del arbitraje internacional.

Estos mecanismos aseguran que el inversionista tenga los medios para hacer exigibles directamente al Estado recalcitrante las obligaciones que comporta la protección a la inversión, sin necesidad de acudir al Estado donde este se encuentra domiciliado. En el caso de recurrir al arbitraje Ciadi, el laudo será ejecutable de conformidad con el artículo 54 de la Convención de Washington, que dispone que cada Estado contratante deberá reconocer dentro de su territorio un laudo como obligatorio y deberá hacer ejecutorias las obligaciones pecuniarias impuestas por la decisión, como si fuera una sentencia en firme de un tribunal local. Si se acude al arbitraje CNUDMI o a otra de las formas previstas por el tratado, el laudo será reconocido y ejecutado según la Convención de Nueva York sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1958.

El consentimiento para recurrir al arbitraje expresado por el Estado en la cláusula misma es generalmente considerado como suficiente para satisfacer los requisitos impuestos por la Convención Ciadi y es visto, a la vez, como una renuncia a la inmunidad de jurisdicción. Sin embargo, el Estado puede todavía alegar causales relativas a la inmunidad de ejecución. No obstante lo anterior, en una decisión reciente en Francia se sostuvo que un laudo CCI contra el Estado de Qatar incorporaba una renuncia a la inmunidad de ejecución, a la luz del lenguaje utilizado en ciertos apartes del Reglamento de la CCI (2) .

Resulta útil resaltar que la ejecución por los Estados de los laudos arbitrales en el contexto de Ciadi ha sido voluntaria ya que, sin lugar a dudas, los Estados son concientes de la necesidad de mantener su reputación frente al Banco Mundial, del cual Ciadi es uno de sus órganos.

La aceptación general del arbitraje en los tratados bilaterales de inversión ha llevado a la adopción de disposiciones similares sobre resolución de conflictos en los “capítulos sobre inversiones” de tratados bilaterales y multilaterales de libre comercio en la región (3) . El capítulo 11 del TLCAN suscrito entre Estados Unidos, Canadá y México tiene las disposiciones sobre arbitraje más avanzadas, las cuales han sido frecuentemente utilizadas por los inversionistas de dichos Estados.

La posibilidad del arbitraje entre Estados e inversionistas es también abordada en el contexto del Mercado Común del Sur (Mercosur), en los Protocolos de Colonia y Buenos Aires, aunque estos todavía no han entrado en vigor ni en el grupo de los tres —Colombia, México y Venezuela—.

Es evidente que cualquier Estado latinoamericano que haya firmado aceptando el arbitraje obligatorio de las disputas sobre inversión frente a un panel internacional neutral de árbitros, definitivamente consignó la “doctrina Calvo” a los libros de historia. Esta doctrina establecía que todas las disputas relativas a inversiones en el territorio de un Estado solo podrían ser resueltas por los órganos judiciales de dicho Estado. Si los países de América Latina aceptaron el arbitraje internacional como un mecanismo válido para la resolución de disputas con el Estado mismo, a fortiori no pueden defender un rechazo a este tipo de mecanismos en relación con las disputas de carácter puramente comercial.

La red de tratados sobre inversión concluidos por los países latinoamericanos demuestra ser un medio efectivo para el fortalecimiento de la seguridad jurídica de la inversión extranjera en la región. Aunque el primer caso Ciadi que involucró un Estado de la región solo se presentó en 1996, a partir de ese momento alrededor de 18 casos —de un total de 83 concluidos hasta el momento de la redacción de este artículo— se han promovido contra Estados de América Latina —con exclusión del Caribe—. Actualmente, de los 68 casos pendientes en Ciadi, 38 tienen como demandado un Estado latinoamericano.

En este escrito se discuten los antecedentes históricos de los TBI, su proliferación en América Latina y el nuevo esquema arbitral resultante, el campo de aplicación de los TBI, incluyendo el concepto de inversión e inversionista en la práctica actual de estos tratados y las obligaciones sustantivas que surgen de ellos.

2.Panorama general.

2.1.El primer caso basado en un tratado de inversión.

En 1983, Asian Agricultural Products Ltd. (AAPL), una sociedad constituida en Hong Kong, se convirtió en accionista de una finca dedicada al cultivo de camarones en Sri Lanka. El 28 de enero de 1987, la armada de ese país lanzó una ofensiva militar contra toda instalación que se creía estaba siendo utilizada por el grupo rebelde Tamil, lo que causó un daño colateral significativo al cultivo. Como consecuencia de dicho ataque, AAPL alegó que el responsable por la pérdida total de su inversión era el Gobierno.

Previamente, en 1980, Sri Lanka había firmado un TBI con el Reino Unido —incluyendo el territorio de Hong Kong—, el Tratado entre el Gobierno del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y el Gobierno de Sri Lanka para la Promoción y Protección de las Inversiones, que disponía en su artículo 8.1: “Cada Estado contratante se obliga a someter al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (...) para lograr una solución por medio de la conciliación o el arbitraje (...) de cualquier disputa de carácter legal que surgiera entre uno de esos Estados contratantes y un nacional o una sociedad del otro Estado contratante relacionada con una inversión de cualquiera de estos últimos en el territorio del primero”.

Con base en esta disposición, AAPL inició de manera exitosa un procedimiento arbitral contra la República de Sri Lanka, ante el Ciadi. De este modo, la compañía se convirtió en el pionero de los arbitrajes basados en los TBI al ser el primer demandante amparado bajo una cláusula arbitral de este tipo. El laudo emitido ordenó a Sri Lanka el pago de una compensación por no haber asegurado “plena protección y seguridad” a la inversión, como parte de las protecciones a la inversión previstas en el TBI (4) .