

LA EFICACIA DE LA SOLUCION DE CONTROVERSIAS EN MATERIA DE INVERSIONES A TRAVÉS DE SISTEMAS ARBITRALES COMERCIALES *

YOLANDA DUTREY GUANTES

Profesora Titular E.U. de Derecho Internacional Privado en la Universidad Rey Juan Carlos.

I.- La necesidad de la regulación jurídica y de su respeto para el desarrollo de las inversiones II.- La solución de controversias a través de arbitraje. Inadaptación del modelo de justicia privada a la materia de inversiones IV.- Conclusiones.

Cuando un país se aleja de compromisos internacionalmente adquiridos, pretender atajar el problema con soluciones de justicia privada, es decir con arbitrajes comerciales, puede presentar inconvenientes. Los arbitrajes comerciales están pensados para obligaciones contractuales entre empresas privadas, ámbito en el que resultan eficaces ya que la ejecución de los laudos no presenta problemas en la práctica generalidad de los Estados. Que sean intereses privados y entes privados asegura dicha ejecución. El traslado de este tipo de justicia privada al ámbito de las inversiones puede resultar flexible y ágil pero también puede plantear problemas de eficacia. Los últimos acontecimientos ocurridos en el continente latinoamericano ponen en tela de juicio la capacidad de compeler del sistema y con ello, la seguridad jurídica de los inversionistas españoles.

Palabras clave: inversión extranjera, CIADI, arbitraje de inversiones, inadaptación del arbitraje comercial, eficacia del laudo, ejecución forzosa, renuncia al sistema, ausencia de recursos, ejecución automática, repudio del fallo.

* El presente estudio ha sido elaborado en el marco de la actividad de investigación sobre el derecho internacional de inversiones, financiada por la cátedra Santander de Ciencias Sociales y Jurídicas de la Universidad Rey Juan Carlos y desarrollada por el grupo de investigación ILA&FILA.

I.- LA EXISTENCIA DE UN DERECHO INTERNACIONAL RELATIVO A INVERSIONES ACEPTADO POR LOS ESTADOS

Los beneficios de la inversión directa extranjera tanto para los Estados como para las empresas inversoras, al menos en abstracto, parecen fuera de duda. Por ello, los Estados se han comprometido a aceptar un sistema que promueva la recepción y el tratamiento adecuado de la inversión. La inversión extranjera necesita determinada seguridad jurídica para producirse. Los Estados han de dar a los inversores un trato que les asegure que la inversión no se verá perturbada por la intromisión estatal. En este orden de ideas, la creación de los Acuerdos de Promoción y Protección de la Inversión (APPRI) así como del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) constituyen un sistema de protección de la inversión creando un derecho, al margen del de cada uno de los Estados, de protección duradera en el tiempo así como un sistema de solución de conflictos que se base en la participación de un tribunal neutral. Muchos Estados latinoamericanos han aceptado este sistema como vehículo de atracción de inversión extranjera.

Respondiendo a estos objetivos protectores, los APPRI y otros tratados internacionales clásicos (TLCAN, MERCOSUR...) contienen obligación para los Estados de tratar a la inversión de una manera justa y equitativa que permita cumplir las expectativas por las cuales el inversor decidió su inversión y que incluya el derecho a una indemnización efectiva y adecuada en caso de expropiación o medida equivalente. Se crea así un derecho internacional que fija límites y consecuencias a las decisiones de los entes públicos.

Desde el punto de vista de la solución de controversias, y también respondiendo a estos objetivos de protección de la inversión, se crean sistemas de arbitraje internacional a los cuales se someten los Estados a través de los tratados internacionales, renunciando con ello a su jurisdicción nacional. Este sistema de solución de controversias pone fin a la doctrina Calvo tan extendida en Latinoamérica y deja sitio a un sistema arbitral neutral. El sistema más extendido es el creado a través del Convenio de Washington de 18 de marzo de 1965 que dio lugar al ya citado CIADI.

Se crea por tanto un derecho internacional al que los Estados se comprometen a través de instrumentos internacionales y que por tanto ha de ser cumplido en todos sus términos y un sistema de solución de controversias arbitral, cuyos laudos o resoluciones han de ser escrupulosamente cumplidos por los Estados, ya que a eso es a lo que se han comprometido a través de los convenios internacionales.

II.- LA SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS A TRAVÉS DE ARBITRAJE. ALGUNAS INADAPTACIONES DEL MODELO DE JUSTICIA PRIVADA A LA MATERIA DE INVERSIONES

A través de los Tratados internacionales los Estados han otorgado su consentimiento para el arbitraje. Muchos de los APPRI vigentes incorporan arbitrajes que pueden ser desarrollados por diferentes organismos como un tribunal de arbitraje *ad hoc* establecido de acuerdo con el Reglamento de arbitraje UNICITRAL, el tribunal de arbitraje de la CCI o el CIADI, cuyo convenio a día de hoy está ratificado por un número muy relevante de Estados.

Los dos primeros arbitrajes mencionados son arbitrajes comerciales, pensados para conocer de controversias entre entes privados y con objeto mercantil. La arbitrabilidad de la controversia es necesaria y los intereses gestionados habitualmente son los de los particulares en litigio. La autonomía de la voluntad es una fuente indiscutible en este sector. La elección de ley también tiene cabida y otro tipo de técnicas típicas del derecho privado encuentran aquí su medio natural. Los laudos que dicten estos tribunales arbitrales serán ejecutados tras un procedimiento de homologación recogido en el convenio de Nueva York o en otra norma vigente similar y no planteará problema alguno de eficacia. Examinado si cumple las condiciones de reconocimiento, la ejecución del mismo está, por lo general, garantizada. Parámetros similares son de aplicación cuando a través de estos organismos se juzga en materia de inversiones.

Por su parte, el sistema creado por el Convenio de Washington para las inversiones internacionales también reproduce este esquema. Un tribunal arbitral, que

no judicial, conoce de la controversia planteada por una empresa contra un Estado. También se mencionan como fuentes en el articulado del convenio para resolver las controversias la autonomía de la voluntad y las técnicas típicas de derecho internacional privado. En cuanto a la eficacia, el convenio recoge la ejecución automática del laudo CIADI, es decir, sin pasar por ningún procedimiento de homologación o reconocimiento estatal para llevar a cabo su ejecución, lo que significa que el juez de la ejecución ha de tratar el laudo como si de una sentencia nacional se tratara. El sistema se muestra por tanto muy eficaz; el inversor demanda, el CIADI conoce y la sentencia se ejecuta de manera automática.

Aunque la utilización del sistema arbitral comercial en inversiones dota a este ámbito de la flexibilidad y eficacia que caracteriza la solución de las controversias comerciales, la materia de inversiones no se adapta sin embargo, de manera completa a este sistema. Obviamente la validez no se discute; los Estados se someten al arbitraje que decida el inversor a través del convenio internacional asumiendo por tanto todo el abanico posible de arbitrajes contenidos en los convenios. No obstante ni la controversia que se arbitra ni los sujetos parte en la misma son de naturaleza privada, lo que puede conllevar alguna objeción a estos procedimientos.

La controversia no es un incumplimiento contractual o un incumplimiento del Estado en su faceta de gestor sino un incumplimiento de obligaciones internacionales adquiridas a través de tratado internacional como ente soberano. Aunque exista incumplimiento contractual, el objeto de la controversia es la ausencia de trato justo y protección que debió otorgar el Estado. Los intereses públicos, en caso de haber sido éstos la causa que empujara al Estado a no respetar las obligaciones asumidas, no tienen cauce de acceso concreto al proceso, lo que puede provocar que no sean tratados de manera satisfactoria. Por otro lado, el sistema de fuentes previsto para la solución de las controversias tampoco tiene cabida frente al objeto tratado. Ni la autonomía de la voluntad ni las normas de conflicto tienen presencia en estos arbitrajes donde lo que se ha de discutir es si el Estado ha incumplido un tratado internacional. La jurisprudencia carece de uniformidad y, en ocasiones, de publicidad y no existe tampoco un cauce idóneo para conseguir decisiones consolidadas. Como el sujeto de la controversia no es

un ente particular sino un Estado soberano, esto puede repercutir decisivamente en la eficacia del sistema, como señalamos en el epígrafe siguiente.

III.- LA EJECUCIÓN OBLIGATORIA DEL LAUDO Y PROBLEMAS QUE PLANTEA

Los Estados se comprometen tanto a proteger la inversión a través de un trato concreto como a acatar los laudos dictados por los tribunales arbitrales. El problema surge cuando el Estado no cumple voluntariamente el laudo y hay que acudir a los mecanismos de ejecución que dotan de eficacia al sistema.

Como ya hemos apuntado anteriormente, fuera del sistema CIADI, los laudos han de ser homologados por los jueces de los Estados donde se van a ejecutar, momento en el que el Estado puede alegar su oposición al mismo en base a determinadas causas, siendo la más probable la violación del orden público del Estado requerido. Hay que tener en cuenta que, en muchas ocasiones, la actuación de los Estados responde a leyes que regulan sus intereses públicos económicos, de salud, de medioambiente, de recursos naturales, etc. y que esas mismas leyes son las del juez del reconocimiento del laudo, que puede considerar, por tanto, no conveniente la ejecución del laudo.

El sistema CIADI culmina sin esta homologación, lo que implica que el laudo tiene reconocimiento automático, es decir, que sale del CIADI y es título ejecutivo. En este sentido de supresión de etapas hacia la eficacia se pueden hacer una serie de comentarios. En primer lugar, no existe recurso de apelación del laudo en el convenio de Washington; el sistema de recursos recogido en el convenio no permite su revisión, por lo que los Estados no tienen ninguna instancia donde manifestar su disconformidad con el fallo, si ésta existe. En segundo lugar, el laudo pasa por tanto directamente a la ejecución respecto de la cual el convenio de Washington contiene instrucciones claras: las partes lo acatarán y lo cumplirán en todos sus términos, reconociendo al laudo carácter obligatorio y haciendo ejecutar dentro de sus territorios las obligaciones pecuniarias impuestas como si se tratase de una sentencia firme dictada por un tribunal existente en dicho Estado. Esta eficacia puede verse sin embargo matizada por dos

cuestiones: la primera es que la autoridad que ha de ejecutar el laudo pertenece al Estado contra el que se ejecuta el laudo. La segunda es la naturaleza soberana del ejecutado que genera importantes trabas a una ejecución forzosa.

Estas dos premisas nos llevan a preguntarnos cuál es el desenlace jurídico –que no político- ante un eventual incumplimiento de una sentencia arbitral de inversiones dictada por el CIADI. Si se condena a un Estado a pagar una indemnización a un inversionista extranjero y éste no acata el laudo, el convenio permite la ejecución automática del mismo. En primer lugar, señalar la inembargabilidad de los bienes públicos con arreglo a la mayoría de los ordenamientos de los Estados. En segundo lugar, si la ejecución se insta ante los jueces nacionales de ese Estado, parece lógico suponer que los mismos motivos que hacen que el Estado incumpla un laudo, afectarán a esos jueces estatales, que, no olvidemos, van a ejecutar un laudo que condena a su Estado por aplicar sus leyes las cuales, en muchos casos, protegen sus intereses públicos. Por último, si se pretende la ejecución de los bienes del Estado en cualquier otro país, el propio convenio de Washington pone los límites, señalando el mantenimiento de la inmunidad en materia de ejecución con arreglo a las leyes vigentes en cualquier Estado Contratante.

IV.- CONCLUSIÓN

Algunos de los últimos acontecimientos corroboran que la eficacia del sistema de inversiones creado depende en gran medida de la voluntad de los Estados.

De entrada la cualidad de soberanos les permite entrar o no en el sistema. Países como Brasil, México, la República Dominicana, Haití y Cuba nunca firmaron su incorporación al CIADI, aunque en algún caso si han asumido obligaciones internacionales a través de diversos APPRIs. Otros países que si se comprometieron con el sistema, tanto a través de la firma de APPRIs como del Convenio CIADI se alejan de los compromisos internacionales adquiridos.

Por un lado, se han producido actuaciones contrarias a los tratados bilaterales; es conocida la política de Bolivia o Venezuela con las nacionalizaciones de las fuentes

naturales y las modificaciones de contratos. Por otro lado, es también conocido el abandono por algunos de estos países del sistema CIADI; Bolivia, Nicaragua y Venezuela anunciaron a principios de mayo su retirada. Esto conlleva que estos Estados puedan no reconocer el sistema y poner en tela de juicio los laudos dictados. En Bolivia, por ejemplo, la multinacional Euro Telecom International NV presentó el 12 de octubre ante el CIADI una demanda de arbitraje contra el Estado boliviano. Bolivia ratificó que no acepta la demanda porque el 2 de mayo de 2007 se retiró de esa organización, aunque jurídicamente la retirada produzca efecto seis meses después de la recepción de la notificación, es decir, el 3 de noviembre de 2007. Dejando al margen la estricta jurisdicción del asunto, cabe preguntarse por la eficacia de una futura sentencia condenando al Estado boliviano a indemnizar a la compañía multinacional. Argentina vive una situación de rechazo parecida; La Cámara de los Diputados de la Nación ha realizado un proyecto de resolución según el cual declara su repudio al fallo CIADI de fecha 20 de agosto de 2007, que ordena al Gobierno Nacional pagar ciento cinco millones de dólares estadounidenses al grupo francés Vivendi y su subsidiaria Aguas del Aconquija, ex concesionaria del servicio de agua potable en la provincia de Tucumán. La concesión fue retirada, según Argentina, porque la empresa suministraba agua no apta para el consumo humano. Recordemos que este procedimiento se inició el año 1997 cuando el gobierno rescindió el contrato de concesión.

La situación descrita, al menos en Latinoamérica, genera una amplia inseguridad jurídica para nuestros inversores. Los inversores confían en un sistema al que los Estados se han comprometido y que les permite calcular unos resultados más o menos certeros que pueden verse frustrados a pesar de los instrumentos jurídicos existentes. La seguridad jurídica que les ofrecen las normas pende de un hilo, al final del cual se encuentra un Estado soberano, con las restricciones de eficacia que esto supone. La ejecución de los laudos, que es el cierre que dota de eficacia al arbitraje comercial, no parece tener las mismas posibilidades de éxito en materia mercantil que en materia de inversiones. En unos procedimientos donde los sujetos y los intereses no son estrictamente privados la aplicación de sistemas de justicia privada puede acarrear resultados imprevisibles y excesivamente dependientes de la voluntad de los Estados. Los resultados, finalmente, pueden no resultar buenos para ninguna de las dos partes.