

-I-

EL ARBITRAJE DE INVERSIÓN Y LA DEFENSA DEL ESTADO

La liberalización de la economía mundial y la reducción de los obstáculos propios del sistema comercial de antaño, ha permitido que la inversión extranjera directa tenga mayor acceso a los distintos mercados, generando un movimiento de capitales que se ha convertido en uno de los principales objetivos de los Estados en su búsqueda por el desarrollo y el progreso. Así las cosas, es imprescindible que el inversionista extranjero cuente en el país receptor de la inversión, con las protecciones que garanticen el acceso, establecimiento y aprovechamiento efectivo de sus aportes, libre de discriminaciones y de trabas innecesarias.

En este contexto surge el arbitraje de inversión o arbitraje inversionista-Estado.

Pero, ¿de qué hablamos nosotros al referirnos a este método alternativo de resolución de conflictos? El mismo, permite al inversionista extranjero demandar al país ante el cual realiza su inversión, por violaciones o actuaciones de éste último, que entienda hayan causado un daño o afectado sus aportes. Supone una opción de foro para el inversionista, distinta de los tribunales locales u ordinarios del Estado y con las garantías, rapidez, especialización, libertad, confidencialidad e imparcialidad propias del arbitraje, convirtiéndole en un elemento indispensable para la seguridad jurídica que debe brindar todo país que quiera una mayor captación de flujos de capital.

La proliferación y desarrollo de los Acuerdos Internacionales de Inversión, ha jugado un papel de primer orden en la consagración y uso frecuente de este mecanismo, concebido a modo exclusivo para solucionar estas diferencias. Dichos acuerdos se pueden dividir en términos generales entre los destinados a la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (APPRIS), suscritos entre dos Estados con el fin de atraer y proteger recíprocamente las inversiones de sus nacionales en el otro país; y los acuerdos de libre comercio que contienen capítulos de inversión, con fines similares a los APPRIS, pero insertados en un esquema más amplio de apertura e integración, sin limitarse a la captación y resguardo de la inversión.

En el arbitraje inversionista-Estado la calidad de demandante es exclusiva del inversionista,



las reclamaciones se efectúan siempre en contra del Estado, desigualdad inherente que sirve de fundamento a los críticos del sistema.

Estas reclamaciones suelen centrarse en la violación de disposiciones sobre trato nacional, trato de nación más favorecida, expropiación, libre transferencia de capital, nivel mínimo de trato y el tan discutido trato justo y equitativo. Al hacer uso de este arbitraje, un tribunal compuesto por uno o varios árbitros, por lo general expertos en la materia sobre la cual versa la controversia, decide sobre las reclamaciones y peticiones presentadas por el inversionista, para comprobar si efectivamente éstas son válidas y el grado en que se ha producido el incumplimiento, o si por el contrario el Estado no ha fallado en brindar la protección que le es requerida.

La decisión del tribunal se expresa mediante un laudo o sentencia arbitral, el cual constituye una garantía adicional para el reconocimiento y ejecución de la decisión, toda vez que, al margen de la validez propia e inmediata que le conceden algunos sistemas, instrumentos jurídicos como la Convención de Nueva York de 1958 sobre Reconocimiento y Ejecución de

Sentencias Arbitrales Extranjeras, obliga a sus Estados signatarios a reconocer y dar ejecución en su territorio al laudo emitido en un país extranjero. La República Dominicana es signataria de dicha Convención desde el año 2002.

Son diversos los sistemas para este tipo de arbitraje, destacando entre estos el Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI), órgano del Banco Mundial que resuelve las controversias surgidas entre inversionistas y Estados nacionales de países partes del Convenio del CIADI*.

Asimismo, se encuentran las reglas de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) y el sistema de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, CCI.

El primero, es un conjunto de reglas a ser administrado mediante un arbitraje no institucional o ad-hoc, el segundo, aunque concebido en su origen para disputas comerciales, se utiliza cada vez más en los acuerdos bilaterales de inversión, tal como apuntara el pasado Presidente de dicha Corte. El control que ejerce la Corte de la CCI sobre el escrutinio de los laudos, la composición del tribunal y costos del arbitraje,

representa un sello único e inconfundible, que hace de éste uno de los sistemas de arbitraje más atractivos.

La Corte Internacional de Arbitraje de Londres y el Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo, forman igualmente parte de las mejores referencias.

Un punto de gran sensibilidad, por las implicaciones y consecuencias jurídicas que acarrea, es el referente a la composición del tribunal arbitral, la selección de la sede, idioma, y le y aplicable al arbitraje, los cuales son acordados por las partes. Es decir, éstas cuentan con la libertad de decidir qué árbitros resolverán la controversia, en qué lugar, mediante qué idioma y qué ley aplicará el tribunal para resolver el caso. Al designar un árbitro cada Parte debe considerar no sólo elementos como la nacionalidad, idioma, formación jurídica e identificación con la región y el país demandado que presentan los candidatos propuestos, sino también su tendencia en los fallos (a favor del Estado o del Inversionista), su conocimiento y experiencia de los distintos sistemas arbitrales, de la materia sobre la cual versa la controversia y del sistema jurídico de la ley y aplicable, llegando

inclusivo a discutirse el carácter de la persona, sus vínculos con cámaras y asociaciones y la tendencia en su perfil.

La selección de la sede o lugar del arbitraje es de gran importancia en relación al derecho procesal aplicable (el de dicho lugar), mientras que la ley aplicable al fondo, dirige los méritos del litigio.

Para finales del 2007 y principios del 2008, la UNCTAD daba cuenta de más de 2,593 APPRIS y más de 252 acuerdos de integración con capítulos de inversión. El aumento de éstos, produce el consecuente incremento de las demandas de inversión contra el Estado, por lo que el enfoque de negociación de estos acuerdos debe estar dirigido a alcanzar los estándares internacionales de protección, mientras se fortalece la estructura de defensa del Estado.

Asimismo, el arbitraje institucional juega un rol fundamental para suplir las deficiencias de las cortes locales. No compite con el sistema estatal, por el contrario, le complementa, contribuyendo así a suministrarle al Estado los elementos necesarios para una defensa efectiva y disminuir la vulnerabilidad que trae consigo cada demanda, independientemente de su resultado. Los acuerdos de inversión promueven protegiendo, pero es una protección dirigida al inversionista. Las armas del Estado se encuentran principalmente en su estrategia de negociación. La política debe ir dirigida a negociarlos para captar inversión, no conflictos.

* Para los casos en que sólo una de las partes (demandado o demandante) es signataria del Convenio, el Centro dispone de las Reglas del Mecanismo Complementario, aplicables para la administración del proceso arbitral.

Ver mañana segunda entrega

REFERENCIAS:
www.worldbank.org/icsid
www.uncitral.org/uncitral/es/about_us.html
www.iccwbo.org/court/arbitration/
www.sccinstitute.com/uk/Home
www.lcia-arbitration.com/

CRÉDITOS

Coordinación:
Pablo Espinal
Leidylin Contreras
Katrina Naut

Edición:
Cornelia Torres
Yahaira Sosa
Virginia Serulle
Wendy Adams

Redacción:
Leidylin Contreras

Diseño:
Pedro Escaño