

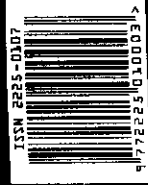
**“SISTEMA DE ANULACIÓN DE
LOS LAUDOS CIADI”****CARLOS A. SOTO COAGUILA**

Director

CONSEJO CONSULTIVO

José María Alonso •
 José J. Astigarraga •
 George A. Bermann •
 R. Doak Bishop •
 César Coronel Jones •
 Bernardo M. Cremades •
 Fernando de Trazegnies-Grandh •
 Yves Derains •
 José Carlos Fernández Rozas •
 Martín Hunter •
 Gabrielle Kaufmann-Kohler •
 Fernando Mancilla-Serrano •
 Pedro J. Martínez-Fraga •
 Fabiola Medina •

• Andrés Mezgrnis Hatgi
 • Alexis Mourre
 • Felipe Osteling Parodi
 • Rodrigo Orcamano
 • Francisco Orrego Vicuña
 • Jan Paulsson
 • Fernando Peláez-Pier
 • Jorge Sánchez Cordero Davila
 • Erik Schäfer
 • Eduardo Silva Romero
 • Albert Jan van den Berg
 • Claus von Wobeser
 • Arnoldo Wald
 • Eduardo Zúñiga Jaramillo



LA PROLIFERACIÓN DE LA NULIDAD DE LOS LAUDOS: UNA FALLA DEL CIADI QUE SÍ PUEDE SER CORREGIDA

ANDRÉS A. MEZGRAVIS (*)
CAROLINA GONZÁLEZ (**)

SUMARIO: 1. *Introducción.* 2. *Evolución y distintas generaciones de laudos.* 3. *¿De regreso a la primera generación?* 4. *Los jueces parecerían comprender mejor la distinción entre apelación y nulidad.* 5. *Criticas al sistema y soluciones sugeridas.* 6. *Conclusiones.*

1. INTRODUCCIÓN

Se sostiene que por razones psicológicas y hasta sociales, los recursos han existido en casi todas la épocas de la humanidad. La necesidad de sentir confianza en que una injusticia podría ser reparada, es lo que en definitiva pareciera justificar la consagración de los recursos. Esta necesidad a su vez plantea discusiones doctrinales desde muy antiguo respecto a si debe haber una, dos o más instancias¹.

Sin embargo, una de las principales ventajas que más se ha resaltado del Convenio CIADI, es que la eficacia y ejecución de los laudos arbitrales que se dictan conforme a éste es mucho más efectiva que cualquier otra convención internacional. Bajo el Con-

venio CIADI, no existe causal alguna que se pueda alegar para denegar el reconocimiento y ejecución de un laudo. Adicionalmente, el cumplimiento forzoso del laudo se puede solicitar en cualquiera de los 146 Estados que hasta ahora lo han ratificado como si se tratase de una sentencia judicial dictada por un tribunal judicial perteneciente al Estado en que se solicita dicho cumplimiento².

Un laudo arbitral CIADI no puede ser revisado ni anulado por tribunal judicial alguno. De manera que aunque la sede principal del CIADI está en Washington, ni las cortes judiciales estadounidenses ni ninguna otra, tienen injerencia en el arbitraje CIADI.

Conforme al artículo 53 del Convenio CIADI, el laudo no puede ser objeto de ape-

(*) Socio Coordinador de Mezgravis & Asociados, Profesor de Pregado y Postgrado de la Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, Venezuela, en el curso de Mecanismos Alternativos de Resolución de Conflictos.

(**) Asociada Senior de Mezgravis & Asociados LL.M en Estudios Generales de la Universidad de Nueva York.

1. Mezgravis, Andrés, *Recursos contra el Laudo Arbitral Comercial. Seminario sobre la Ley de Arbitraje Comercial*, Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie Eventos 13, Caracas, pp 205-272.

2. De acuerdo a la página oficial del CIADI, al 27 de diciembre de 2010, 157 Estados han firmado el Convenio, pero solo 146 lo han ratificado.

lación³. Y el recurso de nulidad solamente puede ser conocido por Comités o Comisiones *ad hoc*⁴, designadas por el CIADI. Son estas Comisiones las únicas que pueden suspender temporalmente la ejecución del laudo mientras resuelven dicho recurso⁵.

El recurso de nulidad previsto en el artículo 52 del Convenio establece causas taxativas muy restringidas. Esto obedece a que dicho recurso fue diseñado por sus redactores como un mecanismo de carácter extraordinario a ser utilizado solamente en casos de vicios inusuales y muy significativos⁶.

Ahora bien, no a todo arbitraje de inversiones le resultan aplicables las mencionadas reglas. Por ejemplo, a los arbitrajes de inversiones administrados bajo las reglas de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) o aquellos administrados bajo las reglas del Mecanismo Complementario del CIADI (denominados arbitrajes no CIADI), le son

aplicables las reglas domésticas de procedimiento de impugnación de la sede del arbitraje. En consecuencia, será la *lex arbitri* la que determine los lapsos para intentar el recurso de nulidad, las distintas causas, los efectos en caso de que se declare la nulidad e incluso si cabe recurso de apelación de la decisión de nulidad dictada por un tribunal de primera instancia⁷.

Siempre ha existido cierta reserva, y hasta se ha visto como una debilidad frente al arbitraje CIADI, que en los arbitrajes de inversiones no CIADI intervienen los tribunales judiciales locales. Ello fundamentalmente porque las causales para intentar el recurso de nulidad de un laudo no CIADI pueden ser, no solamente más numerosas sino también más amplias. Generalmente la *lex arbitri*, a diferencia del Convenio CIADI, casi siempre contempla al "orden público" como causal de nulidad, lo cual configura una especie de caja de pandora puesto que podría abarcar distintas materias de acuerdo al país de que se trate⁸. Todo esto

3. Artículo 53(1) del Convenio señala: "El laudo será obligatorio para las partes y no podrá ser objeto de apelación ni de cualquier otro recurso, excepto en los casos previstos en este Convenio...". Mezgrabis, Andrés, "El amparo constitucional y el arbitraje". En: *Revista Derecho Administrativo*, N° 6, Mayo-Agosto, Editorial Sherwood, Caracas, 1989, p. 255 y ss. El Convenio establece la posibilidad de interponer los siguientes recursos: (i) recurso de interpretación o aclaración, previsto en el artículo 50; (ii) recurso de revisión previsto en el artículo 51 y (iii) recurso de nulidad previsto en el artículo 52. En el caso de los dos primeros, deben ser conocidos, en la medida de lo posible, por los propios Tribunales que dictaron el laudo o unos Tribunales disjuntos conformados para tales efectos. En el caso del recurso de nulidad lo conocen Comisiones *ad hoc*.

4. El Convenio, en su artículo 52 emplea el término "Comisión" mientras que las Reglas 52, 53, 54 y 55 de las Reglas de Arbitraje utilizan "Comité *ad hoc*". En la práctica se utiliza Comité y pensamos que es así, porque deriva de la traducción de la palabra inglesa "committee". No obstante, en vista de que el Convenio, en sus disposiciones finales, señala que ha sido realizado en los idiomas "español, francés e inglés, cuyos tres textos son igualmente auténticos", y en vista de la prevalencia del Convenio sobre las Reglas, emplearemos el vocablo "Comisión".

5. Ver artículo 52(5) del Convenio. Adicionalmente, los Tribunales Arbitrales, en el caso de los recursos de interpretación o aclaración y recurso de revisión también ostentan la facultad de suspensión del laudo. Véanse artículos 50(2) y 51(4) del Convenio, respectivamente.

6. SCHREUER, Christoph, "Three Generations of ICSID Annulment Proceedings". En: *Annulment of ICSID Awards. IAI Series on international arbitration n° 1*, Julio de 2004, p. 17.

7. BERNARDINI, Pietro, "ICSID versus Non-ICSID Investment Treaty Arbitration". En: *Liber Amicorum Bernardo Cremades*, Roma, 2011, p. 26.

8. Generalmente, la *lex arbitri* resulta ser la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, mejor conocida como Convención de Nueva York o la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional. Ambos instrumentos prevén el orden público como causal para denegar el reconocimiento o ejecución de un laudo en el caso de la Convención y como causal de nulidad en el caso de la Ley Modelo. Véanse artículos V(2)(b) y 34, respectivamente. La Convención de Nueva York entró en vigor el 7 de junio de 1959 y ha sido ratificada por 145 países mientras que la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional

hace pensar que un laudo no CIADI, en teoría, correría más riesgos de ser anulado que un laudo CIADI.

Sorprendentemente, y como explicaremos más adelante, han sido precisamente los arbitrajes administrados bajo mecanismos no CIADI los que parecieran estar dando mayor firmeza y solidez a los laudos arbitrales en materia de inversiones.

A pesar de las grandes ventajas del arbitraje CIADI, recientes declaraciones de nulidad decretadas por Comisiones *ad hoc* designadas por el propio CIADI parecieran estar dando al traste con las ideas visionarias de sus redactores. Interpretaciones extensivas de las causales de nulidad previstas en el Convenio parecieran estar haciendo del recurso de nulidad una especie de recurso de apelación, al punto que algunos se plantean la conveniencia de consagrar este último recurso ante un órgano permanente del propio CIADI⁹.

Todo esto conlleva a que surja la interrogante de si estamos en presencia de una falla del sistema. Si el Convenio amerita algún tipo de reforma, o simplemente se está en presencia de otra generación de laudos minoritarios de nulidad que, no por razones de fallas del sistema, sino por simple casualidad se han acumulado en un momento determinado. Pareciera que llegó el momento de poner los pies sobre la tierra. Cuatro

oleadas de nulidades a lo largo de la historia del CIADI, y dos de ellas en los últimos 10 años luce como mucha "casualidad".

2. EVOLUCIÓN Y DISTINTAS GENERACIONES DE LAUDOS

El profesor SCHREUER¹⁰ en un análisis exhaustivo de las decisiones de las Comisiones *ad hoc* CIADI en materia de nulidad distingue tres generaciones de laudos. Recientemente, hay quienes piensan que podríamos estar en presencia de una cuarta generación¹¹.

La primera generación (1985-1986) estaría representada por los primeros dos casos en que fue declarada la nulidad de laudos CIADI. Nos referimos a los laudos dictados en *Klockner c. Cameroon* y *Amco Asia c. Indonesia* a mediados de los ochenta¹².

En *Klockner* la solicitud de nulidad fue intentada por el inversionista mientras que en *Amco* fue intentada por el Estado demandado. En el primer caso, el laudo fue anulado en su totalidad mientras que en el segundo la nulidad fue parcial. En ambos casos, las Comisiones *ad hoc* basaron su decisión en la extralimitación manifiesta de las facultades conferidas a los Tribunales, vale decir, en el artículo 52 (1) (b) de la Convención.

En *Klockner*, la Comisión *ad hoc* en un análisis preliminar estableció una presunción de validez de los laudos. Estableció

fue aprobada en 1985 y enmendada en 2006 y sobre la cual más de 65 países han basado su legislación interna. Ver igualmente, MEZGRABIS, Andrés, "El Orden Público y la Arbitralidad como Causales de Denegación del Laudo". En: *Arbitraje Comercial y Arbitraje de Inversión*, "Convención de Nueva York de 1958: Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras", Instituto Peruano de Arbitraje, Perú, 2009, pp. 1-35.

9. Ver capítulo cinco en donde se discute los exponentes a favor y en contra de tal propuesta.

10. SCHREUER, Christoph, "Three Generations of ICSID Annulment Proceedings", *ob. cit. supra*, nota 6 pp. 17-20. Schreuer at p. 17.

11. Véase NAIR, Promod y LUBWIC, Claudia, "ICSID Annulment Awards: the fourth generation?". En: *Global Arbitration Review*, Vol 5, Issue 5, Octubre de 2010.

12. *Klockner Industrie-Anlagen GmbH c. República Unida de Camerún*, Caso CIADI No. ARB/81/2, Decisión sobre Solicitud de Anulación, 3 de mayo de 1985 y *Amco Asia Corporation y otros c. República de Indonesia*, Caso CIADI No. ARB/81/1, Decisión de Anulación, 16 de mayo de 1986.

que en caso de duda aplicaría el principio "in *favorem validitatis sententiae*"¹³. Semejante principio estaría acorde con la naturaleza del recurso de nulidad como mecanismo de carácter extraordinario dentro del marco de la Convención.

No obstante lo anterior, la Comisión, al interpretar el lenguaje del artículo 52(3) de la Convención¹⁴, concluyó que las Comisiones *ad hoc* están "obligadas" a anular un laudo cuando se detecte cualquier vicio de nulidad. Con ello, la Comisión parte de una "regla" de aplicación automática o "hair trigger" que no toma en cuenta los hechos específicos del caso y, menos aún, si tal "discrepancia técnica" ha causado algún perjuicio a alguna de las partes, o si ha sido determinante en la decisión del Tribunal Arbitral¹⁵. Posteriormente, al examinar las causales de nulidad previstas en el artículo 52(1) de la Convención, la Comisión estableció que no solamente estaba facultada para revisar el laudo única y exclusivamente de cara a éstas sino que su facultad de revisión también se extendía al cumplimiento por parte del laudo objeto de revisión de todas las demás normas previstas por la Convención¹⁶.

Finalmente, y a pesar de resaltar que su misión era la revisión particular de las causales específicas establecidas en el artículo 52(1), y no la "corrección" del laudo, la Comisión revisó el mérito o fondo de la nulidad.

¹³ *Klockner Industrie-Anlagen GmbH c. República Unida de Camerún*, *supra*, parás. 113 y 119-120.
¹⁴ Señala el artículo 52(3) de la Convención en su versión en inglés: "The Committee shall have the authority to annul the award ... mientras que en castellano reza "Esta Comisión tendrá facultad para resolver sobre la anulación total o parcial del laudo...". Resaltado nuestro.
¹⁵ *Klockner Industrie-Anlagen GmbH c. República Unida de Camerún*, *supra*, nota 12, par. 179.
¹⁶ *Idem*, parás. 58-59.
¹⁷ *Id.*, par. 82.
¹⁸ *Amco Asia Corporation y otros c. República de Indonesia*, *supra*, nota 12, parás. 104, 114, 118 y 120.
¹⁹ *Reisman, W. Michael*: "The Breakdown of the Control Mechanism in ICSID Arbitration". En: *Duke Law Journal*, Volumen 1989, Número 4, 1989, pp. 776-778.

raza del recurso de nulidad con una apelación no prevista en la Convención²⁰.

La segunda generación (1989-1992), estaría representada por tres casos: *MINE c. Guinea*²¹, *Klockner c. Camerún II* y *Amco Asia c. Indonesia II*²². En estos casos se pudo observar que las Comisiones fueron más cautelosas a la hora de revisar los laudos. En el primero de los casos el laudo fue anulado parcialmente, mientras que en los dos últimos la solicitud de nulidad fue desestimada.

En *MINE c. Guinea*, el Estado solicitó la nulidad parcial del laudo en base a su supuesta falta de motivación (artículo 52(1)(e)). La Comisión *ad hoc* comenzó por aclarar que el propio artículo 52(1) resalta el carácter "limitado" del recurso de nulidad y concluyó que la "suficiencia" del razonamiento utilizado por el Tribunal Arbitral no es el "estándar" apropiado para revisar un laudo, ya que "inevitablemente" conduciría

a un examen de las razones esenciales o fundamentales que llevaron al Tribunal a tomar la decisión, lo cual transformaría el recurso de nulidad en una apelación²³. No obstante lo anterior, la Comisión anuló la parte del laudo referente a los daños. A criterio de la Comisión, el Tribunal Arbitral había omitido pronunciar respecto de algunos argumentos propuestos por Guinea y tal omisión habría afectado la sección del laudo atinente a los daños²⁴.

Estas tres decisiones sirvieron para aliviar por casi una década las inquietudes y preocupaciones generadas por las decisiones de nulidad de la primera generación de laudos.

La tercera generación (2002 y hasta septiembre de 2009), si bien comprende once decisiones sobre solicitudes de nulidad²⁵, estaría representada por tres casos emblemáticos: *Wena Hotels c.*

²⁰ *Schreuer, Christoph, Malintoppi, Loretta, Remisch, August y Sinclair, Anthony*: *The ICSID Convention: A Commentary*, Cambridge University Press, Segunda Edición, 2009, p. 912, parás. 29-30, particularmente, notas 63 y 70 en donde se mencionan algunos autores en contra y otros a favor. En contra, ver, entre otros, *Michael Reisman, ob cit, supra*, *Christopher Curtis, International Investment Disputes - res judicata Effect of Partially Annulled ICSID Award*, pp. 110 y ss.; *Emmanuel Gaillard, Amco v. Indonesia: Introductory Note*, pp. 1439-1440 y *Jan Paulsson, ICSID's Achievements and Prospects*, pp. 368 y ss. A favor, ver, entre otros, *David Caron, Reputation and Reality in the ICSID Arbitration Process* y *Ahmed Sadek El-Kosheri, ICSID Arbitration and Developing Countries*.

²¹ *Meritime International Nominees Establishment c. República de Guinea*, Caso CIADI No. ARB/84/4, Decisión sobre Solicitud de Anulación, 22 de diciembre de 1989.

²² *Klockner Industrie-Anlagen GmbH v. República Unida de Camerún*, Caso CIADI No. ARB/81/2, Decisión sobre Solicitud de Anulación, 17 de mayo de 1990 y *Amco Asia Corporation y otros v. República de Indonesia*, Caso CIADI No. ARB/81/1, Decisión de Anulación, 17 de diciembre de 1992. Ambos casos, luego de ser anulados, fueron sometidos nuevamente a arbitraje tal y como permite el artículo 52(6) del Convenio y los laudos posteriores también fueron sometidos a recursos de nulidad. Ambas decisiones habían permanecido confidenciales hasta hace poco. Ver *Schreuer, Christoph, Malintoppi, Loretta, Remisch, August y Sinclair, Anthony*: *The ICSID Convention: A Commentary*, *ob cit supra*, nota 20, p. 907, par. 26.

²³ *Meritime International Nominees Establishment c. República de Guinea*, *supra*, nota 21, parás. 4.04 y 5.09.

²⁴ En dicho caso el inversionista sometió nuevamente a arbitraje la porción del laudo anulada y las partes alcanzaron un acuerdo antes de que fuese dictada una decisión. Ver *González De Cossio*: *Francisco*. *Arbitraje de Inversión*. Editorial Porrúa, 2009, p. 61

²⁵ Excluyendo los tres casos emblemáticos citados *infra* serían: (1) *CDC Group plc c. República Seychelles*, Caso CIADI No. ARB/02/14, 17 de diciembre de 2003. Decisión sobre Solicitud de Anulación, 29 de junio de 2005; (2) *Consortium R.F.C. c. Reino de Marruecos*, Caso CIADI No. ARB/00/6, 22 de diciembre de 2003. Decisión sobre Solicitud de Anulación, 18 de enero de 2006 que no ha sido publicada; (3) *Empresas Lucchetti, S.A. y Lucchetti Perú, S.A. c. Perú*, también conocido como *Industria Nacional de Alimentos, A.S. e Industria Perú, S.A. c. Perú*, Caso CIADI No. ARB/03/4, 7 de febrero de 2005. Decisión sobre Solicitud de Anulación y Opinión Disidente, 5 de septiembre de 2007; (4) *Malaysian Historical Salvors, SDN, BDH c. Malasia*, Caso CIADI No. ARB/05/10. Decisión sobre Jurisdicción, 17 de mayo de 2007. Decisión sobre Solicitud de Anulación y Opinión Disidente, 16 de abril de 2009; (5) *MTD Equity Sdn. Bhd. & MTD c. República de Chile*, Caso CIADI No. ARB/01/7, 25 de mayo de 2004.

Egipto²⁶, *Vivendi c. Argentina F1* y *CMS c. Argentina*²⁸ siendo la solicitud de nulidad desestimada en el primero y parcialmente acogida en el segundo y tercer caso.

En *Wena c. Egipto*, el Estado solicitó la nulidad por extralimitación en las facultades del Tribunal, quebrantamiento grave de una norma de procedimiento y omisión en la expresión de los motivos. La Comisión *ad hoc* desestimó todas las peticiones de Egipto. Respecto de la supuesta extralimitación en las facultades del Tribunal Arbitral, la Comisión citó los casos dictados en *Klockner I, Amco I* y *MINE* y aclaró que la falta de aplicación del Derecho aplicable puede constituir una extralimitación en las facultades del Tribunal en cuyo caso el laudo sería susceptible de anulación, pero que tal falta debe distinguirse de los "errores *in iudicando*" que implican un reevaluación del mérito de la controversia lo cual convertiría a la nulidad en una apelación²⁹.

Posteriormente, al examinar la supuesta omisión en la expresión de los motivos, la Comisión, citando el caso *MINE* fue enfática al señalar que tal causal no permite la revisión de las razones que fundamentaron las decisiones del Tribunal de cara a determinar

si fueron "apropiadas o no", "convincientes o no"³⁰. Adicionalmente, la Comisión aclaró que, incluso en el caso de identificarse algún tipo de inmotivación en el laudo, la consecuencia automática no sería la nulidad de éste (contrario a lo establecido en *Klockner I*). A criterio de dicha Comisión, la Convención le confiere cierto nivel de discreción a las Comisiones *ad hoc* en la decisión de anular o no un laudo, concluyendo que no existe falta de motivación si las razones del Tribunal se pueden explicar o inferir³¹. Como puede observarse, esta decisión parece adoptar un enfoque más conservador que las anteriores.

En *Vivendi I*, el inversionista solicitó la nulidad parcial del laudo en base a tres causales: extralimitación en las facultades del Tribunal, quebrantamiento grave de una norma de procedimiento y omisión en la expresión de los motivos. La Comisión *ad hoc* anuló parcialmente el laudo declarando con lugar la extralimitación manifiesta del Tribunal en sus atribuciones al no examinar en cuanto al fondo las reclamaciones provinciales bajo el TBI entre Argentina y EE.UU.³². Al examinar la función del recurso de nulidad dentro del Convenio, la Comisión reiteró el carácter "discrecional" que le

Decisión sobre Solicitud de Anulación, 21 de marzo de 2007; (6) *Patrick Mitchell c. República Democrática del Congo*, Caso CIADI No. ARB/997, 9 de febrero de 2004 el cual no está publicado. Decisión sobre Solicitud de Anulación, 1° de noviembre de 2006; (7) *Soufraki c. Emiratos Árabes Unidos*, Caso CIADI No. ARB/27, Decisión sobre Jurisdicción, 7 de julio de 2004. Decisión sobre Solicitud de Nulidad de Nulidad, 5 de junio de 2007 y (8) *Repsol YPF Ecuador, S.A. c. Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (Petroecuador)*, Caso CIADI No. ARB/01/10, 20 de febrero de 2004. Decisión sobre Solicitud de Anulación, 8 de enero de 2007.

²⁶ *Wena Hotels Ltd. c. República Árabe de Egipto*, Caso CIADI No. ARB/98/4, 8 de diciembre de 2000. Decisión sobre Solicitud de Anulación, 5 de febrero de 2002.

²⁷ *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal v. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/97/3, 21 de noviembre de 2000. Decisión sobre Solicitud de Anulación, 3 de julio de 2002.

²⁸ *CMS Gas Transmission Company v. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/01/8, 12 de mayo de 2005. Decisión sobre Solicitud de Anulación, 25 de septiembre de 2007.

²⁹ *Wena Hotels Ltd. c. República Árabe de Egipto*, *supra*, nota 26, par. 22.

³⁰ *Id.*, par. 79.

³¹ *Id.*, par. 81-83.

³² *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal c. República Argentina*, *supra*, nota 27, par. 119. En este caso el inversionista alegó la violación de ciertas disposiciones del TBI entre Argentina y EE.UU. tanto por autoridades federales como por autoridades provinciales.

confiere el artículo 52(3) del Convenio a las Comisiones *ad hoc* y la necesidad de examinar lo significativo del error respecto a los derechos de las partes³³.

En *CMS c. Argentina*, el Estado solicitó la nulidad del laudo en base a dos causales: extralimitación manifiesta en las atribuciones del Tribunal y en la omisión en la expresión de los motivos. La Comisión anuló parcialmente el laudo, al considerar que el Tribunal omitió expresar los motivos por los cuales arribó a la conclusión de que *CMS* podía exigir las obligaciones de Argentina para con la compañía a la que le había sido otorgada la licencia de la cual *CMS* era accionista³⁴. Sin embargo, la Comisión *ad hoc* mantuvo intacto las otras disposiciones del laudo reiterando el criterio sostenido en *Vivendi I* respecto del carácter discrecional de la facultad conferida por el artículo 52(3) a las Comisiones *ad hoc* y del rechazo a la nulidad automática en caso de detección de errores³⁵.

Aparte de los casos emblemáticos, las decisiones en general de esta tercera generación fueron aplaudidas por muchos. Representarían el alcance de un supuesto "equilibrio"³⁶ y el establecimiento de una serie de principios que pueden resumirse de la siguiente manera:

- (i) El carácter limitado de las facultades conferidas a las Comisiones *ad hoc* en la revisión de los laudos;
- (ii) la discrecionalidad y no obligada

³³ *Id.*, par. 66 citando *Maritime International Nominees Establishment c. República de Guinea*, *supra* nota 21, entre otros.

³⁴ *CMS Gas Transmission Company v. República Argentina*, *supra* nota 28, par. 96-97.

³⁵ *Id.*, par. 158.

³⁶ Ver SCHUEER, Christoph, "Three Generations of ICSID Annulment Proceedings", *supra* nota 6, pp. 18-20.

³⁷ *Id.*, p. 19.

³⁸ Mayo de 2007, y julio de 2008 respectivamente. A estas denuncias también se unen en esa misma época las amenazas de Venezuela de denunciar el Convenio CIADI.

toriedad que confiere el artículo 52(3) del Convenio en caso de que la Comisión *ad hoc* advierta la existencia de una causal de nulidad;

(iii) la imposibilidad de las Comisiones *ad hoc* de corregir los errores de Derecho;

(iv) en el contexto de la omisión de la expresión de los motivos, las Comisiones *ad hoc* pueden inferir o reconstruir las razones de que fundamentan las decisiones de los Tribunales incluso si éstos han cometido algún tipo de omisión, y (v) la importancia de examinar la trascendencia del error en relación con los derechos de las partes involucradas.

En fin, la tercera generación de casos aboga por la nulidad únicamente en casos de vicios "serios e importantes"³⁷.

3. ¿DE REGRESO A LA PRIMERA GENERACIÓN?

Lamentablemente, la madurez alcanzada con la tercera generación de laudos, pareciera haberse desvanecido en los últimos dos años (a partir de septiembre 2009-2010). En efecto, en este corto periodo, que también estuvo precedido por las denuncias del Convenio CIADI por parte de Bolivia y Ecuador³⁸, se dictaron diez decisiones sobre nulidad de laudos CIADI. Esto representa un número bastante significativo si se considera que antes del año 2009 y desde la

vigencia del Convenio (1966)³⁹ tan solo se habían dictado en total dieciséis decisiones sobre nulidad⁴⁰.

Las diez decisiones dictadas en orden cronológico ascendente serían: *Azurix c. Argentina*⁴¹, *MCI c. Ecuador*⁴², *Rumeli Telekom c. Kazakstán*⁴³, *Compagnie d'Exploitation du Chemin de Fer Transgabonais* se evidencia que en cinco ha sido el Estado

*c. República Gabonesa*⁴⁴, *Helnan International Hotels c. Egipto*⁴⁵, *Sempre c. Argentina*⁴⁶, *Enron c. Argentina*⁴⁷, *Vivendi c. Argentina*⁴⁸, *Sociedad Anónima Eduardo Vieira c. Chile*⁴⁹ y *Fraport c. Filipinas*⁵⁰. Sólo una de ellas no ha sido publicada⁵¹.

De las nueve decisiones publicadas se evidencia que en cinco ha sido el Estado

³⁹ El Convenio entró en vigor el 14 de octubre de 1966, cuando fue ratificado por 20 países.

⁴⁰ Estas cifras están basadas en información disponible de la página oficial del CIADI y de una revisión de las distintas decisiones sobre nulidad. No incluyen aquellos casos en los cuales se registraron solicitudes de nulidad, pero se desistió de las mismas antes de que las Comisiones tomaran una decisión lo que representaría, de acuerdo a cifras oficiales, cinco casos. Las dieciséis decisiones, de las cuales no todas han sido publicadas, serían las siguientes: (1) *Klockner Industrie-Anlagen GmbH c. República Unida de Camerún*, Caso CIADI No. ARB/81/2, Decisión sobre Solicitud de Anulación, 3 de mayo de 1985; (2) *Klockner Industrie-Anlagen GmbH c. República Unida de Camerún*, Caso CIADI No. ARB/81/2, Decisión sobre Solicitud de Anulación, 17 de mayo de 1990; (3) *Amco Asia Corporation y otros c. República de Indonesia*, Caso CIADI Case No. ARB/81/1, Decisión de Anulación, 16 de mayo de 1986; (4) *Meritime International Nominees Establishment c. República de Guinea*, Caso CIADI No. ARB/84/4, Decisión sobre Solicitud de Anulación, 22 de diciembre de 1989; (5) *Amco Asia Corporation y otros c. República de Indonesia*, Caso CIADI No. ARB/81/1, Decisión de Anulación, 17 de diciembre de 1992; (6) *Wena Hotels Ltd. c. República Árabe de Egipto*, Caso CIADI No. ARB/98/4, Decisión sobre Solicitud de Anulación, 5 de febrero de 2002; (7) *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/97/3, Decisión sobre Solicitud de Anulación, 3 de julio de 2002; (8) *CDC Group plc c. República de Seychelles*, Caso CIADI No. ARB/02/14, Decisión de Anulación, 29 de junio de 2005; (9) *Patrick Mitchell c. República Democrática del Congo*, Caso CIADI No. ARB/99/7, Decisión sobre Solicitud de Anulación, 1° de noviembre de 2006; (10) *Consorzium RFOCC c. Reino de Marruecos*, Caso CIADI No. ARB/00/6, Decisión sobre Solicitud de Anulación, 18 de enero de 2006 (no está publicada); (11) *Repsol YPF Ecuador S.A. c. Empresa Estatal Petróleos del Ecuador*, Caso CIADI No. ARB/01/10, Decisión sobre Solicitud de Anulación, 8 de enero de 2007; (12) *MTD Equity Sdn. Bhd. & MTD Chile S.A. c. Chile*, Caso CIADI No. ARB/01/7, Decisión de Anulación, 21 de marzo de 2007; (13) *Hussein Neuman Soufrawi c. Emiratos Árabes Unidos*, Caso CIADI No. ARB/02/7, Decisión sobre Solicitud de Anulación, 5 de junio de 2007; (14) *Industria Nacional de Alimentos e Inalca Perú S.A. c. República del Perú*, Caso CIADI No. ARB/03/4, Decisión sobre Solicitud de Anulación y Opinión Disidente, 5 de septiembre de 2007; (15) *CMS Gas Transmission Company c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/01/8, Decisión sobre Solicitud de Anulación, 25 de septiembre de 2007; (16) *Malaysian Historical Salvors, SDN, BHD c. Malaysia*, Caso CIADI No. ARB/05/10, Decisión sobre Solicitud de Anulación y Opinión Disidente, 16 de abril de 2009.

⁴¹ *Azurix Corp. c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/01/12, Decisión sobre Solicitud de Anulación, 1° de septiembre de 2009.

⁴² *MCI Power Group LC and New Turbine Inc. c. República del Ecuador*, Caso CIADI No. ARB/03/6, Decisión de Anulación, 19 de octubre de 2009.

⁴³ *Rumeli Telekom A.S. and Telsim Mobil Telekomunikasyon Hizmetleri A.S. c. Kazakstán*, Caso CIADI No. ARB/05/16, Decisión de Anulación, 25 de marzo de 2010.

⁴⁴ *Compagnie d'Exploitation du Chemin de Fer Transgabonais c. República Gabonesa*, Caso CIADI No. ARB/04/5, Decisión sobre Solicitud de Anulación, 11 de mayo de 2010.

⁴⁵ *Helnan International Hotels A/S c. República Árabe de Egipto*, Caso CIADI No. ARB/05/19, Decisión sobre Solicitud de Anulación, 14 de junio de 2010.

⁴⁶ *Sempre Energy International c. República Argentina*, Caso CIADI Case No. ARB/02/16, 29 de junio de 2010.

⁴⁷ *Enron Creditors Recovery Corp. & Ponderosa Assets, L.P. c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/01/3, 30 de julio de 2010.

⁴⁸ *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. & Vivendi Universal c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/97/3, 10 de agosto de 2010.

⁴⁹ *Sociedad Anónima Eduardo Vieira v. Chile*, Caso CIADI No. ARB/04/7, Decisión sobre Solicitud de Anulación, 10 de diciembre de 2010.

⁵⁰ *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide v. República de Filipinas*, Caso CIADI No. ARB/03/25, Decisión sobre Solicitud de Anulación, 23 de diciembre de 2010.

⁵¹ *Compagnie d'Exploitation du Chemin de Fer Transgabonais c. República Gabonesa*, supra nota 44.

demandado quien ha solicitado la nulidad⁵².

Ahora bien, han sido cuatro de estas nueve decisiones las que han generado diversos comentarios respecto de la posible existencia de una cuarta generación de laudos⁵³. Un quinto caso, *Fraport c. Filipinas*, decidido recientemente, también podría incluirse dentro de ese grupo⁵⁴. Por nuestra parte, pensamos que más que estar entrando a una cuarta generación de laudos, estamos de regreso a la primera. En efecto, nuevamente, se observa una tendencia de interpretar extensivamente las causales de nulidad al punto que las Comisiones *ad hoc* parecerían estar cruzando nuevamente el umbral entre nulidad y apelación declarando la nulidad de laudos que parecerían ser más "injustos" que "inválidos"⁵⁵.

En *Helnan*, la Comisión *ad hoc* anuló parcialmente la parte del laudo que le exigía al inversionista agotar primero todos los recursos locales. La Comisión consideró que dicha exigencia era una extralimitación

En los cuatro casos que involucraban a Argentina y en *Rumeli*. En *MCI*, *Helnan*, *Sociedad Anónima Eduardo Vieira* y *Fraport* fue el inversionista quien hizo lo propio. En *Azurix* y *Vivendi*, las Comisiones *ad hoc* rechazaron la petición de Argentina mientras que en *Sempre* y *Enron* los laudos fueron anulados totalmente o en su mayoría y, por último, en *Rumeli*, la solicitud de *Kazakstán* fue rechazada. En *MCI* y *Sociedad Anónima Eduardo Vieira* las Comisiones *ad hoc* rechazaron las peticiones mientras que en *Helnan* fueron acogidas parcialmente y en *Fraport* totalmente.

⁵² *Helnan International Hotels A/S c. República Árabe de Egipto*, supra nota 45; *Sempre Energy International c. República Argentina*, supra nota 46; *Enron Creditors Recovery Corp. & Ponderosa Assets, L.P. c. República Argentina*, supra nota 47 y *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. & Vivendi Universal c. República Argentina*, supra nota 48.

⁵³ *Nar, Promod y Luowu*, Claudia, "ICSID Annulment Awards: the fourth generation? Ob. Cit., supra nota 11; *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide v. República de Filipinas*, supra nota 50 fue decidido el 23 de diciembre de 2010 luego de la publicación mencionada.

⁵⁴ Ese pareciera ser el caso en *Helnan*, *Sempre* y *Enron*. Por el contrario, en *Vivendi*, la Comisión no anuló el laudo a pesar de haber encontrado graves irregularidades en lo que respecta a la constitución del Tribunal, particularmente, criticó la actitud de uno de los árbitros por no haber revelado que formaba parte de la Junta Directiva de un banco suizo quien resultó ser el principal accionista del demandante.

⁵⁵ *Nar, Promod y Luowu*, Claudia, "ICSID Annulment Awards: the fourth generation? Ob. Cit., supra nota 11.

⁵⁷ *Helnan International Hotels A/S v. República Árabe de Egipto*, supra nota 45, paras. 41-57. A pesar de que la Comisión cita los documentos concernientes a la preparación del Convenio para señalar que solo la "falta de aplicación del derecho aplicable" más no así su "errónea aplicación" fue aceptado por los Estados Contratantes como extralimitación manifiesta de las facultades, la Comisión termina por aplicar un principio opuesto al desestimar los razonamientos del Tribunal por considerados erróneos e incluso crítica que el mismo se haya basado en el caso *Generation Ukraine, Inc. c. Ucrania*, Caso CIADI No. ARB/00/9, 16 de septiembre de 2003, e incluso procede a distinguir el caso bajo estudio.

⁵⁸ Resulta pertinente resaltar que conforme al artículo 52(6) del Convenio, en caso de nulidad de un laudo, cualquiera de las partes puede solicitar que un nuevo Tribunal Arbitral decida sobre la controversia y esta decisión también

de las atribuciones de los Tribunales Arbitrales.⁶⁹ Lo particular de estos casos es que revisten gran similitud.⁷⁰ De hecho, en ambos casos los Tribunales condenaron a Argentina en base a los mismos razonamientos.⁷¹

Incluso, ambos comparten el haber sido anulados, ya que ambas Comisiones *ad hoc* consideraron que se trataba de errores de Derecho tan graves que constituían una verdadera falta de aplicación de éste. Lo relevante es que los razonamientos de ambas Comisiones son opuestos.⁷²

Lo criticable de *Sempra* y *Enron* es el alto grado con que ambas Comisiones *ad hoc* se involucraron en el análisis del mérito de los laudos impugnados y las revelaciones de los hechos que realizaron.⁷³ Estas Comisiones llegan al extremo de pretender "educar" a reconocidos árbitros internacionales acerca de cómo debe aplicarse el Derecho a los hechos concretos. Esta conducta, sin duda alguna, y con independencia de los errores de juzgamiento que la Comisión pudo ciertamente haber advertido, traspasa las fronteras del recurso de nulidad y constituye una violación del Convenio CIADI

que prohíbe expresamente el recurso de apelación (artículo 53(1)). Se olvida que ese tipo de posturas, más que enriquecer la jurisprudencia, lo que hace es alentar a la parte perdedora a solicitar la nulidad como otra instancia más del proceso.

En *Vivendi*, por el contrario, la Comisión *ad hoc*, a pesar de haber advertido una causal de nulidad, vale decir, la constitución incorrecta del Tribunal, decidió no anular. En criterio de la Comisión el hecho de que uno de los árbitros no reveló un posible conflicto de interés, no afectó la imparcialidad del Tribunal Arbitral. Concluyó la Comisión que no habiendo sido afectada la imparcialidad del Tribunal Arbitral sería injusto para los demandantes declarar la nulidad del laudo.⁷⁴

En *Fraport*, caso complicado, de reciente decisión y muy polémico al punto que incluso contó con un voto salvado del Tribunal⁷⁵, la Comisión *ad hoc* decidió anular el laudo al haber advertido un quebrantamiento grave de una norma de procedimiento.⁷⁶ En criterio de la Comisión el Tribunal debió reabrir el procedimiento y permitir la presentación de comentarios de ambas par-

tes susceptible de recurso de nulidad. Este ha sido precisamente el caso, ya que de acuerdo a la página oficial del CIADI, la solicitud de nueva presentación de arbitraje fue registrada el 18 de octubre de 2010 para el caso *Enron* y en fecha 12 de noviembre de 2010 en el caso de *Sempra*.

⁶⁹ *Sempra Energy International c. República Argentina*, supra nota 46, par. 207-219 y *Enron Creditors Recovery Corp. & Ponderosa Assets, L.P. c. República Argentina*, supra nota 47, par. 228 y ss.

⁷⁰ Al menos por cuatro razones: (i) en ambos se trata de los efectos que tuvieron sobre las inversiones de los demandantes las medidas de emergencia tomadas por Argentina durante la crisis; (ii) que tales medidas representaban violaciones del TBI con E.E.U.U. (iii) en ambos la defensa postulada por Argentina fue la misma, vale decir, estado de necesidad y (iv) que tales medidas estaban permitidas por el artículo XI del TBI.

⁷¹ Ambos tribunales concluyeron que el artículo XI del TBI no definía el estado de necesidad y aplicaron por lo tanto el Derecho consuetudinario internacional.

⁷² Mientras que en *Sempra*, la Comisión consideró un error grave el haber equiparado las disposiciones del artículo XI con las disposiciones del Derecho consuetudinario internacional, en *Enron*, la Comisión no se opuso a tal equiparación, pero consideró un error grave la manera en como el Tribunal había valorado ciertas pruebas. Véanse par. 194-204 y 355-373, respectivamente.

⁷³ En *Enron*, la Comisión incluso criticó abiertamente la valoración de ciertas pruebas por parte del Tribunal. *Enron Creditors Recovery Corp. & Ponderosa Assets, L.P. c. República Argentina*, par. 374-376.

⁷⁴ *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. & Vivendi Universal c. República Argentina*, supra nota 48, par. 238-241.

⁷⁵ *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide v. República de Filipinas*, Caso CIADI No. ARB/03/25, 16 de agosto de 2007. Voto Disidente de Bernardo Cremades.

⁷⁶ *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide v. República de Filipinas*, supra nota 50, par. 235-247.

4. LOS JUECES PARCIERAN COMPRENDER MEJOR LA DISTRIBUCIÓN ENTRE APELACIÓN Y NULIDAD

Tanto en el arbitraje de inversiones como en el arbitraje comercial, el recurso de nulidad se prevé no para atacar una decisión arbitral *injusta*, sino *nula*.⁷⁷ Tal y como han reconocido algunas Comisiones *ad hoc*, su función no consiste en establecer si el criterio utilizado por el Tribunal Arbitral, y el peso dado por éste a diversos elementos probatorios, fueron "correctos" o "incorrectos".⁷⁸

Además, se sabe que la interpretación de los tratados no es una ciencia exacta, y es frecuente que una norma en disputa admita más de una interpretación y en algunos casos varias interpretaciones. No forma parte de las funciones de la Comisión tratar de sustituir el criterio adoptado por el Tribunal por su propia opinión. A las Comisiones *ad hoc* no se les encomienda la tarea de establecer si una interpretación es "mejor" que otra, ni, en realidad, cuál de varias interpretaciones posibles puede considerarse "la mejor".⁷⁹

Muchas Comisiones *ad hoc* olvidan que el requisito previsto en el artículo 52(1) (b) del Convenio CIADI no consiste exclusivamente en que el Tribunal se haya excedido en sus poderes, sino en que esa extralimitación sea "manifiesta."

A pesar de que casi la totalidad de las Comisiones *ad hoc* han resaltado la diferencia entre el recurso de nulidad y el

después de la introducción de cierta prueba complementaria por parte del demandado. Según la Comisión, dicha "nueva" prueba constituyó el basamento de la decisión del Tribunal en el sentido de negar su jurisdicción *ratione materiae* lo que a su juicio configuró una violación del Derecho a ser escuchado que tenía el demandante.⁸⁰ Pensamos que esta conducta raspa las fronteras del recurso de nulidad, ya que no basta con que exista una violación del Derecho a la defensa, sino que tal violación ha de ser "grave", es decir, ha de tratarse de un *grave breach* o *grave del procedimiento*. De lo contrario toda infracción de una norma, incluso de mero trámite, implicaría la violación del derecho de defensa y con ello un motivo de nulidad.

Independientemente de lo injusta que pueda parecer la decisión del Tribunal, y de que puedan compartirse algunos criterios expresados en el voto disidente, tales vicios podrían lucir suficientes para revocar en una apelación un laudo injusto. Pero mal se puede convenir en la utilización del recurso de nulidad por parte de la Comisión como si se tratase de un recurso de apelación.

Desde nuestra perspectiva, consideramos que más que estar frente a una cuarta generación de laudos, podríamos estar en presencia de un retroceso a la primera. Si la tendencia expresada en los casos *Sempra* y *Enron* se mantiene, ello, en nuestro criterio, podría poner en tela de juicio la efectividad del CIADI como medio eficiente y efectivo de resolución de disputas y quizás la progresiva migración de sus usuarios hacia otros mecanismos.⁸¹

⁷⁷ *Idem*, par. 244 y 246.

⁷⁸ Debemos tener presente, que a diferencia de los Estados Contratantes, los inversionistas no necesitan denunciar la Convención de manera que su retiro puede ser silencioso.

⁷⁹ Mezgrabis, Andrés, *Recursos contra el Laudo Arbitral Comercial*, supra nota 1.

⁸⁰ *Empresas Lucchetti, S.A. y Lucchetti Perú, S.A. c. Perú*, también conocido como *Industria Nacional de Alimentos, A.S. e Indalsa Perú, S.A. c. Perú*, supra nota 40, par. 112.

⁸¹ *Idem*.

de apelación⁷², la práctica pareciera indicar en los últimos años que muchas Comisiones reconocen esa distinción mas no lo aplican.

Paradójicamente los arbitraje de inversiones no CIADI parecieran estar arrojando mejores resultados. Tal y como expresamos en la parte introductoria, el recurso de nulidad contra los laudos arbitrales dictados en los arbitrajes de inversiones no CIADI deben ser conocidos por los tribunales judiciales de la sede del arbitraje. Generalmente, estos recursos de nulidad suelen estar regulados por la Convención de Nueva York⁷³ o por legislaciones internas que han adoptado la Ley Modelo CNUDMI⁷⁴. Las causas de nulidad en estos casos son más numerosas, y lo que es más grave, tanto la Convención de NY como las legislaciones que siguen la Ley Modelo CNUDMI, contemplan al *orden público* como causal de nulidad.

De manera que, a primera vista, podría pensarse que los laudos dictados en arbitrajes de inversiones no CIADI tienen más riesgos de ser anulados. Aunado a todo esto se suma el hecho de que en algunas jurisdicciones los tribunales judiciales son percibidos como instancias hostiles hacia el arbitraje.

Sorprendentemente, los jueces parecieran estar entendiendo mejor que muchas Comisiones *ad hoc* la diferencia entre nulidad y apelación. Al menos así lo demuestran los resultados actuales. Para arribar a esta conclusión hemos analizado un universo de veinticuatro decisiones judiciales sobre solicitudes de nulidad emanadas de arbitrajes de inversiones realizados en los últimos diez años bajo mecanismos distintos del CIA-DI⁷⁵.

De las veinticuatro decisiones⁷⁶, dos

se encuentran aún pendiente de decisión⁷⁷ decididas. De las veintium solicitudes sobre nulidad anuladas, trece fueron rechazadas, y de las veintidós restantes, sólo en un caso fue anulado parcialmente el laudo⁷⁸. Esto representaría un 5% si se excluyen dos decisiones en donde el recurso de nulidad fue desestimado por extemporáneo. Representa apenas un 4.5% si incluimos estos dos últimos casos⁷⁹.

En cambio, si tomamos en cuenta las cifras oficiales del CIADI⁸⁰, en los últimos diez años, se han registrado veintiséis solicitudes de nulidad de las cuales cinco fueron descontinuadas y veintium fueron

Desde nuestra perspectiva, estas cifras

2005. Decisión sobre Solicitud de Anulación por el Tribunal Federal de Suiza, 10 de noviembre de 2005; (11) *Sa-luka Investments BV v. República Checa*, CNUDMI, Laudo Parcial, 17 de marzo de 2006. Decisión sobre Solicitud de Anulación del Tribunal Federal de Suiza, 7 de septiembre de 2006; (12) *Eurok B.V. v. República de Polonia*, Ad Hoc, 19 de agosto de 2005. Decisión sobre Solicitud de Anulación por la Corte de Primera Instancia de Bruselas, 23 de noviembre de 2006; (13) *Petrobar Limited v. República de Kirguistán*, Arb. No. 126/2003, Cámara de Comercio de Estocolmo, 29 de marzo de 2005. Decisión sobre Solicitud de Anulación por la Corte de Apelaciones de Suecia, 19 de enero de 2007; (14) *International Thunderbird Gaming Corporation v. Estados Unidos Mexicanos*, CNUDMI, 26 de enero de 2006. Decisión sobre Solicitud de Anulación por la Corte de Distrito de los Estados Unidos, 14 de febrero de 2007; (15) *Occidental Exploration and Production Company v. República del Ecuador*, Corte Internacional de Arbitraje de Londres Caso No. UN3467, 1° de julio de 2004. Decisión sobre Solicitud de Anulación por el Alto Tribunal de Justicia, 9 de septiembre de 2005. Decisión sobre Solicitud de Anulación de la Corte de Apelaciones, 4 de julio de 2007; (16) *European Media Ventures SA v. República Checa*, CNUDMI, Laudo sobre Jurisdicción, 15 de mayo de 2007 que permanece confidencial. Decisión sobre Solicitud de Anulación por la Bancada de la Reina de Inglaterra, 5 de diciembre de 2007. Laudo, 8 de julio de 2007 y permanece confidencial; (17) *Bayview Irrigation District et al. v. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/05/1, Decisión sobre Anulación de la Corte de Ontario, 5 de mayo de 2008; (18) *Pren Nreka v. República Checa*, CNUDMI, febrero de 2007, pero permanece confidencial. Decisión sobre Recurso de Anulación de la Corte de Apelaciones de París, 25 de septiembre de 2008; (19) *Cargill, Incorporated v. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/05/2, 18 de septiembre de 2008. Decisión sobre Solicitud de Anulación de la Corte Superior de Ontario, 26 de agosto de 2010; (20) *Región de Kaliningrado v. Lituania*, CCI, 28 de enero de 2009 y permanece confidencial. Decisión sobre Recurso de Anulación de la Corte de Apelaciones de París, 18 de noviembre de 2010; (21) *RosInvestCo UK Ltd. v. Federación Rusa*, 34877, Laudo Parcial, 30 de marzo de 2010. Solicitud de Nulidad presentada por Ecuador ante la Corte de Distrito de Comercio de Estocolmo Caso No. Arb. V079/2005, 12 de noviembre de 2010; (22) *Chevron Corporation (USA) and Texaco Petroleum Company (USA) v. República del Ecuador*, CNUDMI, Corte Permanente de Arbitraje Caso No. 34877, Laudo Parcial, 30 de marzo de 2010. Solicitud de Nulidad presentada por Ecuador ante la Corte de Distrito de La Haya, 2010, pendiente de decisión; (23) *BG Group Plc v. República Argentina*, CNUDMI, 24 de diciembre de 2007. Memorando de Opinión de la Corte de Distrito, 7 de junio de 2010. Memorando de Opinión de la Corte de Distrito de los Estados Unidos, 21 de enero de 2011; y (24) *National Grid plc v. República Argentina*, CNUDMI, 3 de noviembre de 2008. Decisión de la Corte de Distrito de los Estados Unidos, 7 de junio de 2010. Decisión de la Corte de Apelaciones de los Estados Unidos, 11 de marzo de 2011.

⁷⁷ *Chevron Corporation (USA) and Texaco Petroleum Company (USA) v. República del Ecuador*, *supra* y *RosInvestCo UK Ltd. v. Federación Rusa*, *supra*.

⁷⁸ *Metaloid Corporation v. Estados Unidos Mexicanos*, *supra* nota 76. En este caso la corte consideró que el tribunal arbitral se extralimitó en sus facultades al fundamentar la violación del trato justo y equitativo prevista en el artículo 1105 del TLCAN en exigencias de transparencia, ya que a criterio de la corte, tales requisitos no forman parte de dicho artículo ni del Capítulo 11 y se encuentran más bien regulados por el Capítulo 18 del Tratado. Adicionalmente, la corte consideró que tal determinación había incidido en la estimación de los daños por lo que invitó a las partes a un recalcido de los mismos.

⁷⁹ *Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen v. Estados Unidos de América*, *supra* nota 76 y *National Grid plc v. República Argentina*, *supra* nota 76.

⁸⁰ Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones. Cargas de Casos del Ciadi - Estadísticas. Edición 2011-1, p. 15.

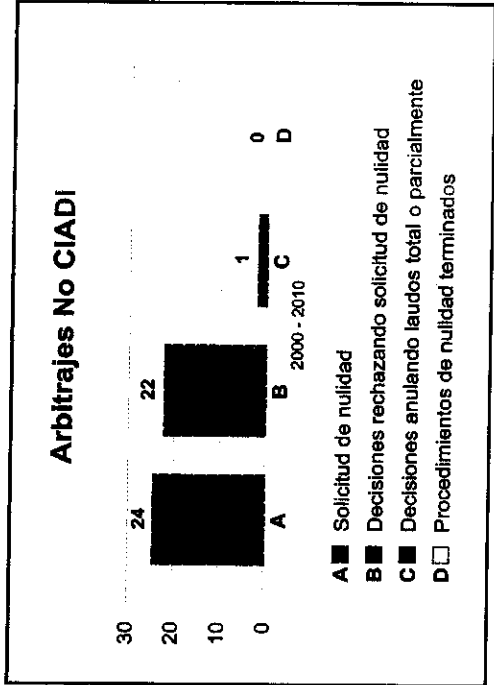
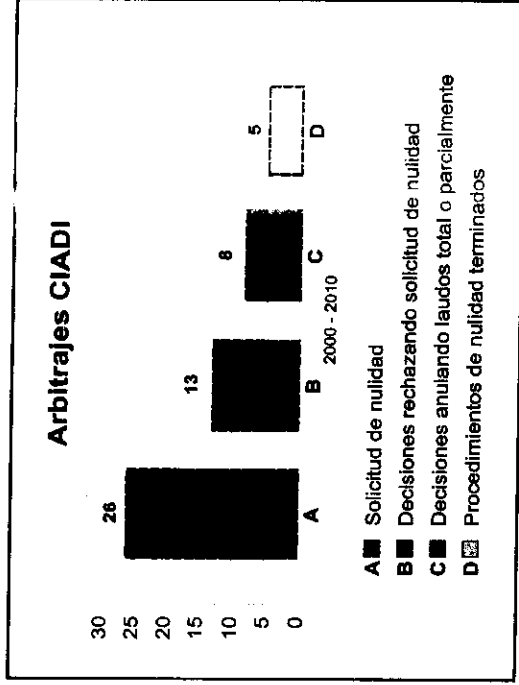
⁷² Entre otras, *MTD Equity Sdn. Bhd. & MTD Chile S.A. v. Chile*, *supra* nota 40, para. 54; *Sempre Energia Internacional v. República Argentina*, *supra* nota 46, para. 73 y *Rumeli Telekom A.S. and Telsim Mobil Telekomunikasyon Hizmetleri A.S. v. Kazakstán*, *supra* nota 43, para. 70 y 72. Para un análisis exhaustivo de la diferencia entre nulidad y apelación en el marco del Convenio véase Caron, David, *Reputation and Reality in the ICSID Annulment Process*, 7 *ICSID Review, FILJ* 21, 1992.

⁷³ Actualmente, 145 países son parte de este tratado. Ver *supra* nota 6.

⁷⁴ Actualmente, aproximadamente 65 países han basado su legislación interna en este instrumento. Ver *supra* nota 8.

⁷⁵ Reglas de Arbitraje del Mecanismo Complementario del CIADI, Reglas de Arbitraje de la CNUDMI, Reglas de la Cámara de Comercio de Estocolmo, Reglas de la Cámara de Comercio Internacional e incluso arbitrajes *ad hoc*.

⁷⁶ En orden cronológico ascendente: (1) *Metaloid Corporation v. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/07/1, 30 de agosto de 2000. Decisión sobre Solicitud de Anulación por la Corte Suprema de Colombia Británica, 2 de mayo de 2001, Decisión Suplementaria, 31 de octubre de 2001; (2) *Saar-Papier Vertriebs GmbH v. República de Polonia*, CNUDMI, Laudo dictado en 1996, pero no publicado, Decisión sobre Solicitud de Anulación por el Tribunal Federal de Suiza, 20 de septiembre de 2000, Segunda Decisión sobre Solicitud de Anulación, 1° de marzo de 2002; (3) *Swembell AB, Sweden v. Letonia*, CNUDMI, 23 de octubre de 2000. Decisión sobre Solicitud de Anulación por la Corte Marítima y Comercial de Copenhague, 7 de enero de 2003; (4) *CME Czech Republic B.V. v. República Checa*, CNUDMI, 14 de marzo de 2003. Decisión sobre Solicitud de Anulación por la Corte de Apelaciones de Suecia, 15 de mayo de 2003; (5) *S.D. Myers, Inc. v. Canadá*, CNUDMI, 30 de diciembre de 2002. Decisión sobre Solicitud de Anulación por la Corte Federal de Canadá, 13 de enero de 2004; (6) *Feldman v. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/99/1, 16 de diciembre de 2002. Decisión acerca de la Solicitud de Rectificación e Interpretación, 13 de junio de 2003. Decisión sobre Solicitud de Anulación por la Corte Suprema de Ontario, 3 de diciembre de 2003. Decisión sobre Solicitud de Anulación por la Corte de Apelaciones de Ontario, 11 de enero de 2005; (7) *Sedeilmayer v. Federación Rusa*, Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo, 7 de julio de 1996. Decisión sobre Solicitud de Anulación por la Corte de la Ciudad de Estocolmo, 18 de diciembre de 2002. Decisión por la Corte de Apelaciones de Suecia, 15 de junio de 2005; (8) *Nigel v. República Checa*, Cámara de Comercio de Estocolmo Caso 49/2002, 9 de septiembre de 2003. Decisión sobre Solicitud de Anulación por la Corte de Apelaciones de Suecia, 26 de agosto de 2005; (9) *Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen v. Estados Unidos de América*, Caso CIADI No. ARB(AF)/98/3, Memorando de Opinión de la Corte de Distrito de los Estados Unidos, 31 de octubre de 2005; (10) *Franco Telecom v. Libano*, CNUDMI, 22 de febrero de



evidenciarían que los jueces parecen comprender mejor que los propios árbitros que integran las Comisiones *ad hoc* el propósito y sentido del recurso de nulidad.

A pesar de que casi la totalidad de las Comisiones *ad hoc* han resaltado la diferencia entre el recurso de nulidad y el de apelación, la práctica pareciera indicar que algunas Comisiones lo reconocen mas no lo aplican mientras que los jueces, parecerían no sólo reconocerlo sino también aplicarlo.

5. CRÍTICAS AL SISTEMA Y SOLUCIONES SUGERIDAS

A finales del año 2004, el Secretario del CIADI circuló un ensayo con propuestas de reformas al sistema donde se discutía la posibilidad de establecer un mecanismo

de apelación. Dicho ensayo esbozaba las posibles características que tal mecanismo de apelación tendría en caso de implementarse⁸¹.

Entre las razones aducidas para su establecimiento, se citaron las siguientes:

- i. Para mediados de 2005, (sic)⁸² aproximadamente veinte países⁸³, la mayoría de ellos parte de la Convención, habían suscrito distintos TBI en donde se estableció un mecanismo de apelación⁸⁴;
- ii. Ayudaría a promover "coherencia y consistencia" aunque se aclaró que las inconsistencias significativas no parecen ser una característica general de la jurisprudencia CIADI⁸⁵;

iii. La potencialidad de inconsisten-

cias en la jurisprudencia aun entraría dado el incremento de casos⁸⁶; y

- iv. La creación de un sólo mecanismo administrado por el CIADI que abarque los distintos mecanismos de arbitraje aumentaría la eficacia y eficiencia en aras a preservar la coherencia y consistencia⁸⁷.

Quienes apoyan esta propuesta reiteran la necesidad de asegurar la consistencia en la jurisprudencia CIADI, citan distintos casos como ejemplos de inconsistencias y sostienen que la apelación permitiría lograr la exactitud en las decisiones y dotar al sistema de una mayor legitimidad⁸⁸.

Ahora bien, semejante propuesta requeriría la enmienda de la Convención, puesto que su artículo 53 prohíbe expresamente el recurso de apelación. Esa aspira-

⁸¹ Secretariado del CIADI, *Possible Improvements of the Framework for ICSID Arbitration*, 22 de octubre de 2004, pp. 14-16, paras. 20-23 y su Anexo pp. 1 y ss.

⁸² Asumimos que la referencia al año 2005 es un error material, puesto que la fecha del ensayo es de Octubre de 2004.

⁸³ Aunque el ensayo del CIADI no lo menciona, uno de esos países sería EE.UU., quien de acuerdo a algunos autores, lo ha introducido en los TBI celebrados con Chile y Singapur y en el Tratado de Libre Comercio para América Central y República Dominicana. En este sentido, véase Bisnor, Doak, "The Case for an Appellate Panel and its Scope of Review", En: TDM, Volume 2, Issue N° 2, April 2005, pp.8-9.

⁸⁴ Secretariado del CIADI, *Possible Improvements of the Framework for ICSID Arbitration*, supra nota 80, p. 14, para. 20.

⁸⁵ *Id.*, pp. 14-15, para. 21.

⁸⁶ *Id.*, p. 15, para. 22.

⁸⁷ *Id.*, pp. 15-16, para. 23.

⁸⁸ Ver entre otros, Bisnor, Doak, "The Case for an Appellate Panel and its Scope of Review", ob. cit. supra nota 83. Para un análisis exhaustivo respecto del debate acerca del establecimiento de un mecanismo de apelaciones dentro del marco de la Convención, ver TAMS, Christian J., *An Appealing Option? The Debate about an ICSID Appellate Structure*, *Essays in Transnational Economic Law* N° 57, junio de 2006.

⁸⁹ TAMS, Christian J., ob. cit. supra, pp. 20-22.

⁹⁰ A favor de la creación de un mecanismo de apelaciones, véanse, Bisnor, Doak, ob. cit. supra nota 83 quien a pesar de afirmar categóricamente que el sistema no se encuentra "roto" y funciona "bien", afirma que hay indicios de una "falta de confianza" en la "sostenibilidad" del sistema y que por eso se necesitaría tal mecanismo, pero en todo caso, rechaza la idea de que sirva para sustituir la visión de los Tribunales respecto de la fijación de los hechos y Lesum, Barton, "Visualizing an Appellate System", ob. cit. supra nota 83, p.67, quien propone un órgano de apelaciones no permanente basado en una lista como la que posee el CIADI actualmente, rechazando la idea del carácter permanente de sus miembros. Por su parte, Backus, Nigel, "Testing the Procedural Limits of the Treaty System: The Argentinian Experience", ob. cit. supra nota 83, p.19 señala que para evitar las inconsistencias en el actual sistema podría conferirse al CIADI un poder de acumulación de procesos que no implicaría crear un meca-

ción resulta poco viable y es casi una ilusión si se considera que las enmiendas requieren de la aceptación o ratificación de todos los Estados Contratantes⁸¹. Adicionalmente, la propuesta del Secretario no fue acogida por la mayoría de los miembros del Consejo Administrativo quienes la calificaron de "prematura"⁸².

Desde nuestra perspectiva, el sistema de nulidad del CIADI está muy bien concebido. Somos de la opinión que el establecimiento del mecanismo de apelación lejos de mejorar el sistema, agravaría el problema. Aumentaría no sólo el tiempo en la resolución de las controversias sino también los costos. Esto último porque se pasaría de un mecanismo de impugnación extraordinario y excepcional, a un mecanismo de uso ordi-

nario en el que la tentación de revisar nuevamente los hechos y revalorizar las pruebas sería una tentación muy grande⁸³.

En fin, se estaría atentando contra uno de los rasgos característicos y naturales del arbitraje como lo es ser un proceso de única instancia. Por más diferencias que existan entre el arbitraje de inversión y el comercial, algo que sí tienen en común es que ambos son arbitrajes. Los redactores del Convenio CIADI quisieron prohibir expresamente la posibilidad de apelación para conservar ese rasgo natural y común del arbitraje⁸⁴. Además qué garantías hay de que un Comité de Apelaciones no se equivoque.

Los posibles correctivos, en nuestra opinión, apuntan hacia otra dirección.

nismo de apelaciones. Otra solución más radical, según este autor, sería la creación de un órgano de apelación permanente cuyos miembros estén integrados por eminentes jueces y que exista un balance entre la cantidad de miembros de países exportadores e importadores de capital. En contra de consagrar el recurso de apelación, véase, Giul. Judith, "Inconsistent Decisions: An Issue to be Addressed or a Fact of Life?" *ob. cit. supra* nota 83, pp. 12-15 quien señala que las decisiones inconsistentes forman parte del sistema y son una "realidad" y se opone a la creación de un mecanismo de apelaciones pues considera que las disputas relativas a las inversiones es un área de reciente creación y debe dejarse que el sistema evolucione; Tawil, Guido, "An International Appellate System: Progress or Pitfall?" *ob. cit. supra* nota 83, p. 71 señala que una de las mayores preocupaciones es que el mecanismo le reste atractivo al CIADI, ya que aumentaría el tiempo de resolución de los casos y los costos y podría convertirse en un obstáculo para países e inversionistas de pocos recursos. Igualmente en contra WALDE, Thomas, "Alternatives for Obtaining Greater Consistency in Investment Arbitration: An Appellate Institution after the WTO Authoritative Treaty Interpretation or Mandatory Consolidation?" *ob. cit. supra* nota 83, p. 74, señala que tal mecanismo contribuiría a la creación de un desequilibrio a favor de inversionistas y Estados con grandes recursos en desmedro de sus pares de menos recursos y advierte que nadie hasta el momento ha realizado una evaluación seria de estos riesgos.

⁸¹ Conforme a los artículos 65 y 66(1) de la Convención, para que tenga lugar una enmienda se requiere (i) que sea propuesta por algún Estado Contratante, (ii) su aprobación por las 2/3 partes de los miembros que integran el Consejo Administrativo y (iii) ratificación, aceptación o aprobación de todos los Estados Contratantes. Ahora bien, respecto de la discusión acerca de la posible efectividad y vigencia de las enmiendas entre Estados que hayan manifestado su ratificación, aceptación o aprobación, la doctrina autorizada pareciera descartarlo. Ahora bien, ver SCHREUER, Christoph H., MALINTOPFI, Loretta, REINISCH, August y SIMICLAR, Anthony, *The ICSID Convention: A Commentary*, p. 1265, para. 4, particularmente, nota 2 en donde se señala que el artículo 40 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados prevé la eficacia de las enmiendas sólo entre los Estados que las hayan adoptado. Pero esta regla no se aplicaría si el tratado de que se trate dispone otra cosa y este pareciera ser el caso del artículo 66(1) de la Convención.

⁸² Secretario del CIADI, *Suggested Changes to the ICSID Rules and Regulations*, 12 de mayo de 2005, p. 4, para. 4. Resulta importante señalar que los miembros del Consejo Administrativo lo conforman los Estados Contratantes del Convenio.

⁸³ Ver TAWIL, Guido, "An International Appellate System: Progress or Pitfall?", *ob. cit. supra* nota 83, pp. 70-71, quien señala que para la realización de inversiones se requiere de decisiones "rápidas" y de "confianza". En lo que respecta al riesgo de un incremento de las solicitudes si se establece un mecanismo de apelaciones, ver TAWIL, Christian J., *ob. cit. supra*, nota 88, p. 16, particularmente nota 66.

⁸⁴ Tawil, *id.*, p. 70 quien, al hablar del artículo 53 del Convenio y de su exclusión de la apelación, señala que "el arbitraje de inversiones está entre el derecho internacional público y el derecho comercial" citando a Broccius, quien fue el promotor del Convenio y se desempeñaba como Consejero General del Banco Mundial en el momento de su redacción.

que a cambio obtienen como escogencia del tribunal, imparcialidad, celeridad, atracción de inversiones, etc. Al inclinarse por estos beneficios, las partes implícitamente están aceptando tolerar cierto margen de error propio de cualquier proceso legal de única o última instancia. Esas son las reglas de juego. Aunque no son perfectas, si libre y soberanamente fueron pactadas, entonces obligatoriamente deben ser respetadas. Y aunque el resultado sea adverso o incluso equivocado, no se debe olvidar que las propias partes tienen un grado de contribución en ese resultado. Tienen cierta responsabilidad porque han participado, o han tenido el derecho de participar, en la selección del Tribunal Arbitral (cuestión que no ocurre en la vía judicial), han escogido a los abogados encargados de persuadir al Tribunal Arbitral y hasta han escogido someterse a determinada instancia arbitral en lugar de alguna otra jurisdicción. De manera que una parte del arbitraje mal puede pretender despojarse de esa responsabilidad *in eligendo* al conocer un resultado que le es adverso⁸⁵.

Pensamos que lo que requiere el sistema son unos pequeños, pero profundos ajustes que perfectamente pueden realizar quienes lo utilizan, vale decir, (i) las partes, (ii) las Comisiones *ad hoc* y (iii) el Presidente del Consejo Administrativo a la hora de designar los integrantes de las Comisiones. Lo más interesante es que los ajustes a los que nos referimos, incluyendo el último que quizá es el más importante, pueden ser realizados sin necesidad de reformar el Convenio CIADI.

(i) En lo que respecta a las partes y a sus abogados, resulta de vital importancia comprender a cabalidad que por encima del laudo justo y perfecto (aspiración un tanto utópica) está el respeto de las reglas de juego pactadas. Y los pactos que realizan los Estados, por más intereses públicos que involucren, deben ser tan vinculantes como los que realizan los inversores. Todos sabemos que la conducta humana, incluyendo la administración de justicia, no es infalible. Tenemos la impresión que poco se ha destacado que las partes cuando se someten a un arbitraje saben que están asumiendo cierto riesgo al pactar un proceso, que por su propia naturaleza, es generalmente de una sola instancia. Pero ese riesgo no lo asumen las partes en vano. Lo asumen en función de otros beneficios

Especial atención nos merece la actitud de ciertos funcionarios públicos que representan los intereses de los Estados de mandados. Hemos tenido la oportunidad de escuchar a algunos de ellos en el marco de conferencias internacionales sobre la materia y nos resulta muy curiosa su manera de concebir la defensa de sus representados.

Para muchos de ellos, la defensa de los intereses del Estado pasa por el agotamiento de "todos los recursos legales", entre ellos,

⁸⁵ Al igual que ocurre cuando se lanza una moneda para disminuir una divergencia, lo importante es que se cumplan las reglas de juego. Mal puede decir alguien después de lanzar la moneda que el resultado no es justo. Y aunque no sea, el respeto de las reglas de juego debe estar por encima de la mayor o menor justicia alcanzada. Si se cumplieron las reglas acordadas para disminuir la disputa entonces el resultado debe respetarse. Una Comisión *ad hoc* en este caso debería limitarse a examinar si hubo o no algún tipo de irregularidad en el lanzamiento de la moneda, pero no a determinar cuál de las pretensiones de las partes es más justa y a quién le asiste la razón. Cuando la Comisión asume este último rol, desvirtúa lo más esencial del mecanismo pactado, y por ende a la justicia misma, aunque en su nombre se pretenda justificar semejante proceder.

la nulidad. Parecieran estar convencidos que de esa forma se liberan de toda sospecha y responsabilidad administrativa o incluso criminal.

Tal conducta, aunque claramente comprensible, nos parece sumamente criticable. Estamos convencidos que el papel de un funcionario público debe ser la preservación de los intereses patrimoniales del Estado. De manera que los recursos temerarios intentados con el propósito de protección personal del funcionario público suponen, a nuestro juicio, una malversación de fondos del Estado. Comprendemos el riesgo de quienes suponen que es un "deber" agotar todos los recursos, pero creemos que ese riesgo fácilmente puede evitarse con dictámenes previos de reconocidas firmas de abogados (nacionales o internacionales) respecto de la viabilidad o no, en el caso concreto, del recurso de nulidad⁹⁶.

(ii) Respecto de las Comisiones *ad hoc*, las recomendaciones ya están más que dichas y analizadas por reconocidos autores y árbitros, pero el reto es cómo lograr que los árbitros que integran las Comisiones comprendan que deben:

- i. Interpretar con carácter taxativo las causales previstas en el artículo 52(1) del Convenio y desechar toda forma de interpretación extensiva;
- ii. No sólo reconocer sino también aplicar las diferencias existentes entre la nulidad y la apelación;

⁹⁶ Un claro ejemplo de malversación de fondos del Estado sería el caso de arbitraje ante el CIADI en donde el inversionista reclama US\$ 100 millones en daños y el Estado es condenado al pago sólo de US\$ 2 millones, vale decir, el 2% de lo reclamado. Aunque el Procurador General del Estado está satisfecho con el resultado se ve forzado, para cuidar las apariencias de haber agotado todos los recursos, de intentar la nulidad del laudo. Este recurso no solamente será declarado sin lugar sino que adicionalmente implicará el pago de los honorarios de sus propios abogados (que podrían superar o estar muy cerca de la cifra de la propia la condena sobre todo si ha sido convalidada un Firma Internacional) más una muy posible condenatoria en costas. Al final parecería que poco importa duplicar lo que tendrá que pagar el Estado con tal de preservar las apariencias. ¿Acaso no sería más beneficioso para el Estado obtener distintos dictámenes de Firmas especializadas y con base a ellos decidir qué es lo más conveniente para el Estado sin que ello suponga algún tipo de sospecha?

- iii. Comprender que el recurso de nulidad es un mecanismo de carácter extraordinario que sólo debe aplicarse en casos que necesariamente así lo ameriten;
- iv. Entender que la nulidad no fue concebida para examinar los méritos de la controversia;
- v. Estar conscientes que no son tribunales superiores infalibles que deben educar a tribunales inferiores en la aplicación del Derecho internacional; y
- vi. Evaluar el impacto que sus decisiones tendrán, incentivando o no, los recursos de nulidad y por ende afectando la confianza del sistema.

La respuesta pareciera ser obvia: si se cuenta con mejores árbitros que integren las Comisiones, tendremos mejores laudos que resuelvan los recursos de nulidad.

(iii) En nuestro criterio, si algo merece una profunda revisión es la *conformación* y uso de la lista de árbitros que utiliza el Presidente del Consejo. Dos cambios serían necesarios, pero ninguno de ellos implicaría una reforma del Convenio CIADI, que como antes indicamos resulta casi imposible de realizar: 1) Establecer un mejor control de quienes conforman la lista, y 2) Reglamentar el uso de la lista por parte del Presidente del Consejo.

Aunque la conformación de la lista es algo que debe ser revisado, no somos muy optimistas en cuanto a que ello pueda

ser fácilmente logrado. Sin embargo, la reglamentación del uso de la lista por parte del Presidente del Consejo Administrativo sería un cambio sustancial, de muy alto impacto y relativamente muy fácil de implementar. Veamos a continuación ambos cambios.

- 1) Conformación de la lista: Como se sabe la lista de árbitros está conformada sólo por diez (10) candidatos que designa el Presidente del Consejo Administrativo y el resto de sus integrantes son escogidos discrecionalmente por los Estados, quienes tienen derecho a nombrar hasta cuatro miembros⁹⁷. A nuestro parecer, no todos sus integrantes son reconocidos árbitros internacionales, ni están en dicha lista todos aquéllos que sí lo son. Precisamente, esa discrecionalidad, mal o irresponsablemente utilizada por algunos Estados, es lo que trae como resultado una lista nada homogénea⁹⁸.

2) Reglamentación del uso de la lista: En la construcción de las Comisiones *ad hoc* la responsabilidad no recae en las partes, ni siquiera en los Estados, sino en el propio CIADI, concretamente en el Presidente del Consejo Administrativo⁹⁹.

Es por ello que pensamos que quizás la mejor solución sea un cambio en la metodología que actualmente se utiliza en la designación de los miembros de las Comisiones *ad hoc* por un sistema de listas que reúna las siguientes condiciones:

- i. El Presidente del Consejo será el director del proceso de elección, pero las propias partes asumen el rol protagónico.
- ii. El Presidente del Consejo le otorga a las partes un derecho de reducción de candidatos de la lista original.

Lo anterior, supone recomendar el

⁹⁷ Dispone la Convención en su artículo 13: "(1) Cada Estado Contratante podrá designar cuatro personas para cada Lista quienes podrán ser, o no, nacionales de ese Estado. (2) El Presidente podrá designar diez personas para cada Lista, cuidando que las personas así designadas sean de diferente nacionalidad" y en lo que respecta a las credenciales de los integrantes de la Lista, el artículo 14 señala: "(1) Las personas designadas para figurar en las Listas deberán gozar de amplia consideración moral, tener reconocida competencia en el campo del Derecho, del comercio, de la industria o de las finanzas e inspirar plena confianza en su imparcialidad de juicio. La competencia en el campo del Derecho será circunstancia particularmente relevante para las personas designadas en la Lista de Árbitros. (2) Al hacer la designación de las personas que han de figurar en las Listas, el Presidente deberá además tener presente la importancia de que en dichas Listas estén representados los principales sistemas jurídicos del mundo y los ramos más importantes de la actividad económica". (Resaltado nuestro).

⁹⁸ TAMI, Guido. "An International Appellate System: Progress or Pitfall?", ob. cit. supra nota 83, p. 71. El artículo 13(1) del Convenio confiere la potestad a los Estados Contratantes de designar hasta cuatro personas para la Lista de Árbitros.

⁹⁹ Señale el artículo 52(3) de la Convención: "(3) Al recibir de la petición, el Presidente procederá a la inmediata constitución de una Comisión *ad hoc* integrada por tres personas, seleccionadas de la Lista de *Ad-hocs*". El Presidente del Consejo Administrativo es el Presidente del Banco Mundial.

nal del CIADI para que sea de esta lista reducida de donde se elijan o designen los miembros de las Comisiones.

iii. Los árbitros serán nombrados con el concurso de la voluntad de ambas partes y no de manera individual con el interés de una sola de ellas.

Las bondades del sistema de listas en la elección de los Tribunales Arbitrales han sido destacadas por la doctrina más calificada¹⁰⁰. Hay autores que creen que tomará algo de tiempo y que requiere de un enorme esfuerzo educativo implementar dicho sistema, porque las partes siguen teniendo la percepción de que les asiste el derecho de nombrar a "su" árbitro¹⁰¹. Sin embargo, esta dificultad no estaría presente en los supuestos del recurso de nulidad ante el CIADI, porque las partes no estarían renunciando a derecho, idea o percepción alguna, porque en realidad le corresponde al Presidente del Consejo designar a los miembros de la Comisión.

La metodología que proponemos, y que no dudamos que puede ser mejorada, funcionaría de la siguiente manera:

a) El Presidente del Consejo Administrativo enviaría a cada parte, a través del Secretario General¹⁰², la lista general de árbitros del CIADI y las invitaría a realizar una reducción discrecional de hasta un 45%

de sus integrantes¹⁰³.

b) Las partes enviarían al Presidente, a través del Secretario General, sus respectivas listas reducidas. El Presidente procedería entonces a fusionar ambas listas en una sola y enviaría a cada parte, lo antes posible, la nueva lista reducida.

c) Una vez recibida la lista reducida, cada parte procedería a elaborar una lista contentiva de hasta un máximo de diez posibles árbitros que no tengan la nacionalidad de alguna de las partes, que sean independientes e imparciales y que tengan experiencia previa como árbitros en arbitrajes CIADI.

d) Las partes enviarían sus listas de hasta diez candidatos al Secretario General, quien las comunicaría inmediatamente al Presidente.

e) Considerando la previa reducción realizada por las partes, varios resultados podrían producirse: i) que haya más de tres coincidencias; ii) que haya tres coincidencias; iii) que haya menos de tres coincidencias; iv) que no haya coincidencia alguna y v) que las partes no designen candidatos.

i) Si hay más de tres coincidencias, las partes en un plazo muy corto podrían escoger, entre las

coincidencias, los tres miembros de la Comisión, y en su defecto, dicha selección la haría el Presidente del Consejo. Nótese que cualquier candidato que escoja el Presidente del Consejo contará con el respaldo previo de las partes.

ii) Si hay tres coincidencias, lo que configuraría el escenario ideal, los tres árbitros conformarían la Comisión, y entre ellos mismos designarían cuál de ellos sería el Presidente del Tribunal, y en su defecto, lo designaría el Presidente del Consejo.

iii) Si hay dos coincidencias dichos árbitros integrarían la Comisión, y el Presidente del Tribunal será aquel candidato que obtenga mayor número de puntos conforme a la siguiente votación: Se fusionan en una sola las dos listas de diez candidatos escogidos por las partes. Éstas por separado asignarán una puntuación a cada uno de los candidatos y el de mayor votación será el Presidente. De existir una sola coincidencia, dicho árbitro sería el Presidente de la Comisión *ad hoc* y los otros dos árbitros podrían ser designados así: cada parte escogerá un árbitro de la lista de diez postulados por la parte contraria. Nótese que en este caso los árbitros son designados con el concurso de la voluntad de ambas partes, pues un árbitro no resultaría electo si no es primero incluido en la lista de los diez candidatos por

una de las partes, pero tampoco resultaría electo si la parte contraria no lo escoge de dicha lista. En definitiva, el árbitro se sentiría escogido por ambas partes.

iv) Si no hay coincidencias los primeros dos árbitros serán nombrados conforme al procedimiento indicado anteriormente donde cada parte escoge un candidato de la lista de candidatos de la parte contraria, y el Presidente sería designado conforme a lo indicado en el numeral (iii). Nuevamente cada uno de los árbitros es designado con el concurso de la voluntad de ambas partes.

v) En caso de que una parte no designe a sus candidatos o haya empate en el número de postulados de uno o varios candidatos para ocupar el cargo de Presidente del Tribunal, el Presidente del Consejo Administrativo procedería entonces a su designación. Nótese que estos casos serían excepcionales y por ende también la participación directa del Presidente del Consejo sería muy limitada.

Estamos convencidos que esta metodología permite una lista depurada en donde las partes tienen control casi total. Lo más importante, cada árbitro será designado por ambas partes y no por la voluntad o interés de una sola de ellas, ni unilateralmente por el Presidente del Consejo. Y precisamente por ello, esta metodología liberaría al Presidente del Consejo, y por ende al CIADI, de una pesada responsabilidad¹⁰⁴.

¹⁰⁴ Como coordinador de la Comisión redactora del Reglamento tuvimos oportunidad de incluir una metodología similar a la aquí propuesta en el Reglamento del Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje de Caracas y hasta la fecha ha arrojado resultados muy positivos. Ver artículo 22.3 y ss. de dicho Reglamento.

6. CONCLUSIONES

- A. El recurso de nulidad previsto en el Convenio CIADI fue concebido por sus redactores como un mecanismo de carácter extraordinario para atacar decisiones arbitrales *in iustas*, no decisiones arbitrales *in iustas*.
- B. La justicia arbitral, como toda justicia humana, no es infalible. Pretender laudos perfectos a través del recurso de apelación más que una utopía es una ilusión que parte de una premisa errada al suponer que las decisiones de nulidad sí serán infalibles.
- C. La Comisiones *ad hoc* no fueron concebidas para actuar como tribunales superiores que eduquen a tribunales inferiores acerca de la correcta aplicación del Derecho internacional.
- D. Los jueces parecieran estar entendiendo mejor que algunas Comisiones la distinción entre la apelación y la nulidad. Al menos así pareciera evidenciarlo la práctica.
- E. Las partes que se someten a un arbitraje que por naturaleza es de una sola instancia saben o deben saber que están asumiendo un riesgo. El que estén dispuestas a tolerar cierto margen de error propio de la justicia "humana" no lo hacen en vano sino en función de otros beneficios tales como, imparcialidad, independencia, celeridad,
- F. Las partes también aumen cierta responsabilidad *in eligendo* al escoger a los árbitros, abogados y hasta el propio proceso arbitral. Mal pueden pretender despojarse de esa responsabilidad al conocer un resultado adverso.
- G. Los funcionarios públicos no están obligados a agotar todos los recursos legales sino a preservar los intereses de los Estados demandados. En consecuencia, los recursos temerarios interpuestos para protección personal del funcionario suponen una malveración de fondos que puede ser evitada con dictámenes previos de reconocidas firmas de abogados.
- H. Es necesario un rol más activo de parte del Secretariado en la vigilancia y cumplimiento de las distintas credenciales que exige la Convención para las personas designadas a la lista de árbitros por parte de los Estados Contratantes.
- I. El establecimiento de un sistema de lista con derecho a reducción de las partes en la designación de los miembros de las Comisiones *ad hoc* aumentaría las probabilidades de designación de las personas más idóneas. Además, le daría a las partes un rol protagónico reduciéndole esta pesada carga al Presidente del Consejo. Y lo más importante, no se requiere reformar el Convenio CIADI. 