

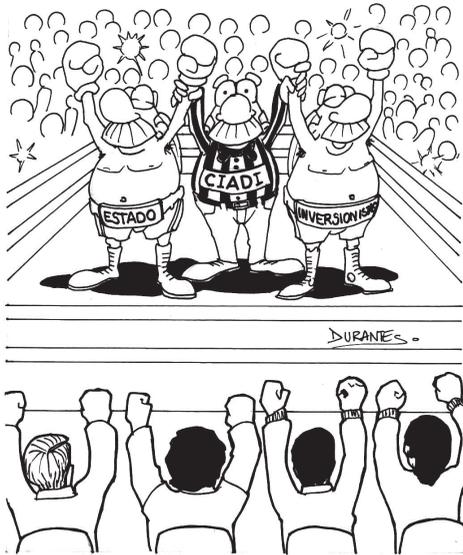
Fernando Cantuarias Salaverry^(*)

El CIADI: los **cambios producidos** y que deben producirse para hacer más transparente la **práctica del arbitraje** sobre inversiones

«EL CONVENIO SOBRE ARREGLO DE DIFERENCIAS RELATIVAS A INVERSIONES ENTRE ESTADOS Y NACIONALES DE OTROS ESTADOS... FUE APROBADO POR EL BANCO MUNDIAL EN 1965 CON LA EXPRESA FINALIDAD DE DESPOLITIZAR LA SOLUCIÓN DE LOS CONFLICTOS SOBRE INVERSIONES MEDIANTE LA UTILIZACIÓN DE LA VÍA ARBITRAL».

El Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados (CIADI o ICSID en sus siglas en inglés⁽¹⁾) fue aprobado por el Banco Mundial en 1965 con la

-
- (*) Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú y Máster en Derecho (LL.M.) por la Universidad de Yale. Árbitro nacional e internacional. En el año 2006, ha sido reconocido por la prestigiosa revista *Latinlawyer* como uno de los 34 principales árbitros de América Latina. Además, la reputada revista *Who's Who Legal - Commercial Arbitration 2007* y *Commercial Arbitration 2008* lo considera entre los 450 expertos líderes en este campo en 60 jurisdicciones. Es miembro del Board of Reporters del Institute of Transnational Arbitration (ITA), del Grupo Latinoamericano de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI), del Comité Editor de la Revista Peruana de Arbitraje y del Comité Argentino de Arbitraje Nacional y Transnacional. Es miembro de la lista de árbitros de los principales Centros de Arbitraje del Perú y del Energy Arbitrator's List (ICDR). Es autor del libro *Arbitraje Comercial y de las Inversiones* (UPC, Lima, 2007) y de más de 50 artículos sobre su especialidad.
- (1) El texto del tratado se ubica en: http://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/baiscdoc-spa/CRR_Spanish-final.pdf. Al 04 de noviembre de 2007, 143 estados forman parte de este tratado, a saber, Afganistán, Albania, Alemania, Arabia Saudita, Argelia, Argentina, Armenia, Australia, Austria, Azerbaiyán, Bahamas, Bahrein, Bangladesh, Barbados, Belarús, Bélgica, Benin, Bosnia y Herzegovina, Botswana, Brunei Darussalam, Bulgaria, Burkina Faso, Burundi, Camboya, Camerún, Colombia, Comoras, Congo, Corea del Sur, Costa de Marfil, Costa Rica, Croacia, Chad, Chile, China, Chipre, Dinamarca, Ecuador, Egipto, El Salvador, Emiratos Árabes Unidos, Eslovenia, España, Estados Unidos de América, Estonia, Fiji, Filipinas, Finlandia, Francia, Gabón, Gambia, Georgia, Ghana, Granada, Grecia, Guatemala, Guinea, Guyana, Honduras, Hungría, Indonesia, Irlanda, Islandia, Islas Salomón, Israel, Italia, Jamaica, Japón, Jordania, Kazajistán, Kenya, Kuwait, Lesotho, Letonia, Líbano, Liberia, Lituania, Luxemburgo, Macedonia, Madagascar, Malasia, Malawi, Mali, Malta, Marruecos, Mauricio, Mauritania, Micronesia, Mongolia, Mozambique, Nepal, Nicaragua, Níger, Nigeria, Noruega, Nueva Zelanda, Omán, Países Bajos, Pakistán, Panamá, Papua Nueva Guinea, Paraguay, el Perú, Portugal, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, República Centroafricana, República Checa, República Democrática de Congo, República del Yemen, República Eslovaca, Rumania, Rwanda, Saint Kitts y Nevis, San Vicente y las Granadinas, Samoa, Santa Lucía, Senegal, Serbia, Seychelles, Sierra Leona, Singapur, Siria, Somalia, Sri Lanka, Sudán, Suecia, Suiza, Swazilandia, Tanzania, Timor-Leste, Togo, Tonga, Trinidad y Tobago, Túnez, Turkmenistán, Turquía, Ucrania, Uganda, Uruguay, Uzbekistán, Venezuela, Zambia y Zimbabwe. Fuente: ICSID-List of Contracting States (www.worldbank.org/icsid). Bolivia denunció el Tratado en el año 2007. Sobre este particular, véase MANTILLA-SERRANO, Fernando. *La denuncia*



expresa finalidad de despolitizar la solución de los conflictos sobre inversiones mediante la utilización de la vía arbitral. Este acuerdo internacional entró en vigencia el 14 de octubre de 1966⁽²⁾.

El 26 de octubre de 2004, el CIADI hizo público un documento de trabajo denominado *Possible Improvements of the Framework for ICSID Arbitration*⁽³⁾, en el que se proponía varios cambios a la regulación del arbitraje que, como bien apunta Kundmuller, «(...) tienen que ver con la transparencia en CIADI»⁽⁴⁾.

Es así que, luego de meses de debate, el 10 de abril de 2006, entraron en vigencia las modificaciones dispuestas

«LA OBLIGACIÓN DE QUE LOS ESTADOS PONGAN A DISPOSICIÓN DEL PÚBLICO EN GENERAL INFORMACIÓN RELEVANTE DEL EXPEDIENTE ARBITRAL AFECTA LA CONFIDENCIALIDAD DEL ARBITRAJE. SIN EMBARGO, NUEVAMENTE ESTE PRINCIPIO CEDE ANTE LA NECESIDAD DE GENERAR TRANSPARENCIA EN ESTE TIPO DE CONTROVERSIAS»

por el CIADI⁽⁵⁾, varias de las cuales analizaremos seguidamente.

1. Acceso público al expediente y las audiencias e intervención de *amicus curiae*

Con la finalidad de elevar los niveles de transparencia en los arbitrajes entre

de la Convención de Washington, ¿impide el recurso al CIADI? En: *Revista Peruana de Arbitraje*. Número 6, 2008. pp. 205-216.

- (2) Sobre los antecedentes de este tratado, véase BROCHES, Aron. *The Convention on the Settlement of Investment Disputes: Some Observations on Jurisdiction*. En: *Columbia Journal of Transnational Law*. Volumen V. Número 2, 1966. pp. 263-280; AMERASINGHE, C.F. *The International Centre for Settlement of Investment Disputes and Development through the Multinational Corporation*. En: *Vanderbilt Journal of Transnational Law*. Volumen IX, 1976. pp. 793-816; y SCHREUER, Christoph. *The ICSID Convention: A Commentary*. Cambridge: Cambridge University Press, 2001. pp. 1-30.
- (3) Disponible en: www.worldbank.org/icsid/improve-arb.htm.
- (4) KUNDMULLER CAMINITI, Franz. *El arbitraje y los tratados de libre comercio*. En: *Revista Peruana de Arbitraje*. Número 1. Lima, 2005. p. 168. «Las propuestas de modificación que tienen que ver con la transparencia en CIADI, se refieren en general a (...) la necesidad de regular con mayor detalle los temas relativos a la participación de terceros, incluidos los *amicus curiae* (...)».
- (5) Las reglas que regulan el arbitraje en el CIADI se encuentran disponibles en: http://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc-spa/CRR_Spanish-final.pdf.

Fernando Cantuarias Salaverry

inversionistas y estados⁽⁶⁾, diversos tratados relativos a inversiones están disponiendo el acceso público al expediente arbitral, la realización de audiencias abiertas al público y la intervención de *amicus curiae*⁽⁷⁾. Tal vez aquí sea el NAFTA el primero en haber regulado estos criterios de transparencia⁽⁸⁾, que luego han sido trasladados a los recientes tratados de libre comercio y BIT celebrados por los Estados Unidos de América con Singapur, Chile y el Perú, entre otros.

Así, por ejemplo, los artículos 10.20.3. y 10.21. del TLC Estados Unidos de América-Perú, disponen lo siguiente:

«Artículo 10.20.3. El tribunal estará facultado para aceptar y considerar comunicaciones *amicus curiae* que provengan de una persona o entidad que no sea una parte contendiente. Cada comunicación deberá identificar su titular y cualquier persona u organización que ha proveído o proveerá cualquier asistencia financiera o de otro tipo en la preparación de la comunicación»⁽⁹⁾.

«Artículo 10.21. Transparencia de las Actuaciones Arbitrales 1. Con sujeción a los párrafos 2 y 4, el demandado, después de recibir los siguientes documentos, los entregará con prontitud a las Partes no contendientes y los pondrá a disposición del público:

a) la notificación de intención;

«EL CIADI SOLO PODRÁ PUBLICAR «EXTRACTOS DEL RAZONAMIENTO JURÍDICO DEL TRIBUNAL», LO QUE CLARAMENTE RESTARÁ EFICACIA A LA PUBLICACIÓN, YA QUE GENERALMENTE ES MUY DIFÍCIL ENTENDER EL CONTENIDO DE UNA DECISIÓN LEGAL SI NO SE CONOCEN LOS HECHOS EN LOS QUE SE HA BASADO LA DECISIÓN»

b) la notificación de arbitraje;

c) los alegatos, escritos de demanda y notas explicativas presentados al tribunal por una parte contendiente y cualquier comunicación escrita presentada de conformidad con el Artículo 10.20.2 y 10.20.3 y el Artículo 10.25;

(6) Sobre los antecedentes de esta corriente que promueve una mayor transparencia en los arbitrajes entre inversionistas y Estados, véase TWEEDDALE, Andrew. *Confidentiality in Arbitration and the Public Interest Exception*. En: *Arbitration International*. Volumen XXI. Número 1, 2005. pp. 60 y 61.

(7) MISTELIS, Loukas A. *Confidentiality and Third Party Participation. UPS v. Canada and Methanex Corporation v. United States*. En: *Arbitration International*. Volumen XXI. Número 2, 2005. p. 211. «The issue of confidentiality has different dimensions in the context of international investment and trade disputes. The participation of states, state entities, subdivisions and agencies of states in international disputes can be a matter of general public interest and shift the emphasis from privacy and confidentiality to knowledge and accountability».

(8) Véase, por ejemplo, la Declaración Conjunta de la Comisión de Libre Comercio del NAFTA, sobre la participación de partes no contendientes, del 07 de octubre de 2003. En: www.economia.gob.mx/work/sneci/negociaciones/controversias/pdfs/participacion.pdf. Véase también los portales de Canadá (www.dfait-maeci.gc.ca/tna-nac/NAFTA-e.asp), de los Estados Unidos de América (www.state.gov/sl/c3439.htm) y de México (www.economia.gob.mx), en los que se ubicará toda la información acerca de los procedimientos arbitrales seguidos por inversionistas conforme a este tratado.

(9) Véase, además, el artículo 10.19.3 del TLC Estados Unidos de América-Chile, el artículo 15.19.3 del TLC Estados Unidos de América-Singapur, el artículo 10.20.3 del TLC Estados Unidos de América-América Central y República Dominicana (CAFTA), el artículo 11.20.3 del TLC Perú-Chile y el artículo 39 del BIT Perú-Canadá.

d) las actas o transcripciones de las audiencias del tribunal, cuando estén disponibles; y

e) las órdenes, laudos y decisiones del tribunal.

2. El tribunal realizará audiencias abiertas al público y determinará, en consulta con las partes contendientes, los arreglos logísticos pertinentes. Sin embargo, cualquier parte contendiente que pretenda usar en una audiencia información catalogada como información protegida deberá informarlo así al tribunal. El tribunal realizará los arreglos pertinentes para proteger la información de su divulgación (...)»⁽¹⁰⁾.

Obviamente, las disposiciones que obligan a que se realicen audiencias arbitrales públicas van en contra del principio de privacidad del arbitraje, el cual es plenamente aceptado en el ámbito del arbitraje privado⁽¹¹⁾. Sin embargo, como hemos comprobado líneas arriba, tratándose del arbitraje entre inversionistas y estados, son cada vez más

los tratados que, en razón de la transparencia, abren las audiencias arbitrales al público.

La misma situación se presenta con la autorización de que se puedan introducir comunicaciones *amicus curiae*⁽¹²⁾, ya que, como parte del principio de privacidad, se ha considerado que solo pueden participar en el arbitraje las partes del procedimiento. Sin embargo, como bien indicó el tribunal arbitral NAFTA en el caso *Methanex Corporation v. México* en su resolución de 15 de enero de 2001, el interés público en la materia sometida a arbitraje y la necesidad de hacer más transparente los procesos arbitrales justifican autorizar la presentación de comunicaciones *amicus curiae*⁽¹³⁾.

(10) Véase, además, el artículo 11.21 del TLC Perú-Chile, el artículo 10.20 del TLC Estados Unidos de América-Chile, el artículo 10.21 del TLC Estados Unidos de América-América Central y República Dominicana (CAFTA), el artículo 15.20 del TLC Estados Unidos de América-Singapur y el artículo 38 del BIT Perú-Canadá. Sobre este particular, véase JABLONSKI, Scott R. *¡Sí, Po! Foreign Investment Dispute Resolution does have a place in Trade Agreements in the Americas: A comparative look at Chapter 10 of the United States-Chile Free Trade Agreement*. En: *University of Miami Interamerican Law Review*. Volumen XXXV, 2004. pp. 653 y 654; y GANTZ, David A. *The Evolution of FTA Investment Provisions: From NAFTA to the United States-Chile Free Trade Agreement*. En: *American University International Law Review*. Volumen XIX, 2004. pp. 747-752.

(11) MISTELIS, Loukas A. *Op. cit.*; pp. 220 y 221. «A particular expression of privacy of international arbitration is that only directly involved parties, i.e. parties to the arbitration agreement and their legal representatives, are involved in the arbitration proceedings. No 'third party' can participate without the clear consent of the parties». ICC COMMISSION ON INTERNATIONAL ARBITRATION. *Report on Confidentiality as a Purported Obligation of the Parties in Arbitration*. Document 420/20-009 Rev. 2002, p. 10. «It is commonly provided in institutional arbitration rules that an arbitration conducted under those particular rules shall be held in private (...) Outsiders are generally not allowed to attend arbitral hearings and have no right of access to the written record of the proceedings».

(12) Como indicó el tribunal arbitral en la resolución de 19 de mayo de 2005, en el caso *Aguas Argentinas S.A., Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. y Vivendi Universal S.A. vs. República Argentina* (Caso ARB/03/19), «el papel de *amicus curiae* (...) es similar al de un amigo de la Corte, tal como ha sido reconocido en ciertos sistemas jurídicos y, recientemente, en un cierto número de procedimientos internacionales. En esos casos, una persona que no es parte en la diferencia ofrece, en calidad de 'amigo', proporcionar a la Corte o tribunal sus perspectivas especiales, argumentos, o conocimientos especializados sobre la controversia, usualmente en forma de un escrito o presentación *amicus curiae*».

(13) «49. There is an undoubtedly public interest in this arbitration. The substantive issues extend far beyond those raised by the usual transnational arbitration between commercial parties. This is not merely because one of the Disputing Parties is a State: there are of course disputes involving States which are of no greater general public importance than a dispute between private persons. The public interest in this arbitration arises from its subject-matter, as powerful suggested in the Petitions. There is also a broader argument, as suggested by the Respondent and Canada: the Chapter 11 arbitral process could benefit from being perceived as more open or transparent; or conversely be harmed if seen as unduly

Fernando Cantuarias Salaverry

Por su parte, la obligación de que los estados pongan a disposición del público en general información relevante del expediente arbitral afecta la confidencialidad del arbitraje⁽¹⁴⁾. Sin embargo, nuevamente este principio cede ante la necesidad de generar transparencia en este tipo de controversias⁽¹⁵⁾.

En el caso del arbitraje CIADI, observamos que los árbitros han tenido problemas para desarrollar reglas de transparencia como las identificadas, debido a ciertas limitaciones contenidas en el Convenio CIADI y más precisamente en las Reglas de Arbitraje. Así quedó demostrado en la comunicación de 29 de enero de 2003, que el presidente del tribunal arbitral del caso *Aguas del Tunari S.A. v. República de Bolivia* (Caso ARB/02/3) cursó a unos peticionarios que deseaban intervenir como *amicus curiae*, participar en las audiencias y acceder a los documentos, que sostenía lo siguiente: «Es opinión unánime del Tribunal que este no es competente para acceder a sus

solicitudes básicas. La interrelación de dos tratados en cuestión (el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones y el Acuerdo Bilateral sobre Promoción y Protección de Inversiones entre la República de Bolivia y el Reino de los Países Bajos, de 1992) y el carácter consensual del arbitraje hacen que las cuestiones que ustedes plantean deban ser resueltas por las partes, y no por el Tribunal. A este, en especial, le resulta manifiestamente claro que, a falta de consentimiento de las partes, carece de la potestad de admitir la intervención en los procedimientos de entidades que no sean partes; dar acceso a audiencias a tales entidades y, *a fortiori*, al público en general, o hacer públicos los documentos de los procedimientos»⁽¹⁶⁾.

secretive». La resolución se ubica en: www.economia.gob.mx/work/sneci/negociaciones/Controversias/Cases_eua/Methanex/laudos/Decision_Amicus.pdf; MISTELAS, Loukas A. *Op. cit.*; p. 221. «Where the public interest is compelling and the arbitration is public enough in nature, e.g. under NAFTA Chapter 11, amicus briefs have been admitted by arbitration tribunals constituted under UNCITRAL Arbitration Rules».

Véase también la decisión de 17 de octubre de 2001, del tribunal arbitral en el caso NAFTA *United Parcel Service of America Inc. vs. Canadá*, en la que se aceptó la intervención de *amicus curiae*. El fallo se ubica en: www.economia.gob.mx/work/sneci/negociaciones/Controversias/Casos_canada/Ups/laudo/Decision_on_Amicus.pdf. Sobre este particular, véase FRIEDLAND, Paul. *El papel de los escritos amicus curiae en el arbitraje internacional*. En: *Revista Internacional de Arbitraje*. Número 4. Bogotá, 2006. pp. 132-137; y KNAHR Christina, *Transparency, Third Party Participation and Access to Documents in International Investment Arbitration*. En: *Arbitration International*. Volumen XXIII. Número 2, 2007. pp. 327-333.

- (14) MISTELIS, Loukas A. *Op. cit.*; p. 212. «Confidentiality, in its purest form, means that the existence of the arbitration, the subject matter, the evidence, the documents that are prepared for and exchanged in the arbitration, and the arbitrators' awards and other decisions cannot be divulged to any third parties». ROSELL, Jose. *Confidentiality and Arbitration*. En: *Croatian Arbitration Yearbook*. Volumen IX, 2002. p. 19: «[c]onfidentiality has traditionally been considered as one of the intrinsic elements of arbitration».
- (15) BERTRAND, Édouard. *The Confidentiality of Arbitration: Evolution or Mutation Following Esso/BHP vs. Plowman*. En: *Revue de Droit des Affaires Internationales*. Número 2, 1996. pp. 172-176; BUYS, Cindy G. *The Tensions between Confidentiality and Transparency in International Arbitration*. En: *The American Review of International Arbitration*. Volumen XIV, 2003. pp. 122-137; y BROWN, Alexis C. *Presumption Meets Reality: An Exploration of the Confidentiality Obligation in International Commercial Arbitration*. En: *American University International Law Review*, 2001. pp. 970-1023.
- (16) Esta comunicación ha sido identificada por el tribunal arbitral en su decisión sobre jurisdicción del 21 de octubre de 2005, párrafos 15-18. La decisión se ubica en http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC629_Sp&caseId=C210. Sobre este particular, véase TWEEDDALE, Andrew. *Op. cit.*; pp. 64 y 65; FRIEDLAND, Paul. *Op. cit.*; pp. 137-139; y KNAHR, Christina. *Op. cit.*; pp. 337 y 338.

Si bien es cierto que, en dos decisiones posteriores en los seguidos por *Aguas Provinciales de Santa Fe S.A., Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. e InterAguas Servicios Integrales del Agua S.A. v. República Argentina* (Caso ARB/03/17) y *Aguas Argentinas S.A., Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. y Vivendi Universal S.A. v. República Argentina* (Caso ARB/03/19)⁽¹⁷⁾, los tribunales arbitrales compuestos por los mismos árbitros decidieron autorizar la participación de *amicus curiae*⁽¹⁸⁾, no es menos cierto que, en ambos casos, se identificó que las reglas del CIADI impedían que los terceros pudieran participar en las audiencias y acceder a información existente en el expediente arbitral⁽¹⁹⁾.

Estas limitaciones para poder introducir reglas de transparencia en los arbitrajes identificadas por diversos tribunales arbitrales, motivaron, como ya se indicó al inicio de este trabajo, la inmediata reacción de la Secretaría

General del CIADI, la cual luego de someter, en octubre de 2004, a consideración general diversas modificaciones a las Reglas de Arbitraje, propició, en abril de 2006, la adopción de nuevas disposiciones, como las contenidas en las nuevas reglas 32⁽²⁰⁾ y 37⁽²¹⁾ de las Reglas de Arbitraje, que habilitan la participación de terceros en las audiencias arbitrales y autorizan la intervención de *amicus curiae*⁽²²⁾.

2. Publicación de los laudos arbitrales

El artículo 48(5) del Convenio CIADI establece: «El Centro no publicará el laudo sin consentimiento de las partes». Sin embargo, aquí la regla 48(4) de las Reglas

(17) *Aguas Provinciales de Santa Fe S.A., Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. e InterAguas Servicios Integrales del Agua S.A. vs. República Argentina* (Caso ARB/03/17), resolución en respuesta a la petición de participación como *amicus curiae*, de 17 de marzo de 2006; y *Aguas Argentinas S.A., Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. y Vivendi Universal S.A. vs. República Argentina* (Caso ARB/03/19), resolución en respuesta a la petición de transparencia y participación en calidad de *amicus curiae*, de 19 de mayo de 2005. Véase KNAHR, Christina. *Op. cit.*; p. 334.

(18) En líneas generales, ambas decisiones siguieron la decisión en el caso NAFTA *Methanex Corporation v. México*. Véase *supra* cita 12. Véase también FRIEDLAND, Paul. *Op. cit.*; pp. 139-141.

(19) Así, por ejemplo, en el caso ARB/03/17, el tribunal arbitral fue de la opinión que la Regla 32(2) de las Reglas de Arbitraje condicionaba la presencia y la participación de terceros en las audiencias al previo consentimiento de las partes y, tratándose del acceso a los documentos del proceso, identificaron «ciertas limitaciones contenidas en el Convenio del CIADI y sus Reglas de Arbitraje».

(20) Regla 32(2) de las Reglas de Arbitraje. «Salvo objeción de alguna de las partes, el Tribunal, tras consultar con el secretario general, podrá permitir, sujeto a los arreglos logísticos pertinentes, que otras personas, además de las partes, sus apoderados, consejeros y abogados, testigos y peritos durante su testimonio, y funcionarios del Tribunal, asistan a la totalidad o parte de las audiencias, o las observen. En dichos casos el Tribunal deberá establecer procedimientos para la protección de información privilegiada o protegida».

(21) Regla 37(2) de las Reglas de Arbitraje. «(2) Después de consultar a ambas partes, el Tribunal puede permitir a una persona o entidad que no sea parte en la diferencia (en esta regla 'parte no contendiente') que efectúe una presentación escrita ante el Tribunal, relativa a cuestiones dentro del ámbito de la diferencia. Al determinar si permite dicha presentación, el Tribunal deberá considerar, entre otras cosas, en qué medida:

a) la presentación de la parte no contendiente ayudaría al Tribunal en la determinación de las cuestiones de hecho o de derecho relacionadas con el procedimiento al aportar una perspectiva, un conocimiento o una visión particulares distintos a aquellos de las partes en la diferencia;

b) la presentación de la parte no contendiente se referiría a una cuestión dentro del ámbito de la diferencia;

c) la parte no contendiente tiene un interés significativo en el procedimiento.

El Tribunal deberá asegurarse de que la presentación de la parte no contendiente no perturbe el procedimiento, o genere una carga indebida, o perjudique injustamente a cualquiera de las partes, y que ambas partes tengan la oportunidad de someter observaciones sobre la presentación de la parte no contendiente».

(22) KNAHR, Christina. *Op. cit.*; pp. 340 y 341.

Fernando Cantuarias Salaverry

de Arbitraje ha sido recientemente modificada, a efectos de autorizar que, si las partes no consienten en la publicación del laudo, igual se pueda publicar «extractos del razonamiento jurídico del Tribunal».

No cabe duda de que, como parte de la transparencia que debe primar en este tipo de arbitraje, deben hacerse públicos los laudos arbitrales. Además, como explica Mistelas⁽²³⁾, esto permite que se pueda ir generando precedentes y que se pueda estudiar este ámbito del derecho que se encuentra en permanente construcción.

Justamente, porque el derecho de las inversiones se encuentra en pleno desarrollo⁽²⁴⁾, Sánchez Bravo⁽²⁵⁾ afirma que debe destacarse «la importancia que ha venido siendo reconocida a la jurisprudencia arbitral internacional, formada por tendencias establecidas en distintas sentencias o decisiones recaídas en arbitrajes internacionales. En efecto, como se afirma en la decisión del 25 de setiembre de 1983 correspondiente al *affaire Amco Asia c/. Indonesia (ARB/81/1)*, estas sentencias o decisiones arbitrales ‘fomente progressivement une jurisprudence dont il échet de tenir compte, car elle déduit les conséquences de la réalité économique et est conforme aux besoins du commerce international auxquels doivent répondre les règles spécifiques (elles-mêmes progressivement élaborées) de l’arbitrage international’». De esta forma, los árbitros CIADI no dudan en citar en sus pronunciamientos diversas sentencias o decisiones rendidas en otros procesos arbitrales, principalmente, ante

el CIADI, como también ante otras instituciones, permitiendo de esta forma delinear un régimen jurídico de las inversiones internacionales que ha extendido las fronteras previamente delimitadas por los marcos jurídicos de derecho interno de los estados exportadores y receptores de inversión.

En este mismo sentido, se pronunció el tribunal arbitral del caso *El Paso Energy International Company v. República Argentina (Caso ARB/03/15)*, en su decisión sobre jurisdicción de 27 de abril de 2006⁽²⁶⁾: «39. Los tribunales arbitrales del CIADI se establecen *ad hoc*, para cada caso, en el marco del Convenio de Washington. El presente Tribunal no tiene conocimiento de la existencia de ninguna disposición, ya sea en dicho Convenio o en el TBI, por la que se establezca la obligación de *stare decisis*, sin embargo, es razonable suponer que los tribunales de arbitraje internacionales, sobre todo los creados dentro del sistema del CIADI, en general tendrán en cuenta los precedentes establecidos por otros órganos arbitrales y, en especial, por otros tribunales internacionales. El presente Tribunal seguirá la misma línea, sobre todo teniendo en cuenta que ambas partes, en

(23) MISTELIS, Loukas A. *Op. cit.*; pp. 212 y 213. «Confidentiality is often considered to be one of the main advantages of international commercial arbitration. Unlike court decisions, which are in the public domain and are regularly published and used as precedents, arbitration proceedings normally remain confidential. The rule is that no publication takes place if one party objects to it. However, publication of awards generally serves important purposes: published arbitration awards may be used as precedents and contribute directly or indirectly to the development of arbitration, may inspire confidence in the arbitration process and most certainly assists scholars and practitioners to study the topic by being a practical and influential source of information».

(24) ESCOBAR, Alejandro A. *The Use of ICSID Precedents by ICSID and ICSID Tribunals*. En: *BIICL Annual Meeting*. 2005. Disponible en: www.biicl.org/admin/files/Alejandro%20Escobar.pdf. p. 4. «[O]ne must not forget the general context of investment treaty arbitration, which is a relatively new phenomenon the procedural and substantive law for which is still being developed».

(25) SÁNCHEZ BRAVO, Guillermo. *El arbitraje internacional CIADI y la protección de las inversiones. Nuevas tendencias y alcances de los BIT*. En: *Revista Peruana de Arbitraje*. Número 2. Lima, 2006. pp. 333 y 334.

(26) La decisión se encuentra disponible en: [http://icsid.worldbank.org/ICSID/](http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC511_Sp&caselD=C17)

sus alegatos escritos y orales, se han basado de forma importante en los precedentes»⁽²⁷⁾.

Los precedentes que generalmente se consideran son no solo los emitidos por tribunales arbitrales CIADI⁽²⁸⁾, sino también los dictados por otros tribunales internacionales⁽²⁹⁾.

Si bien es cierto que, como expresamente señaló el tribunal arbitral en el caso *El Paso Energy International Company v. República Argentina* (Caso ARB/03/15) antes citado, los tribunales arbitrales del CIADI se establecen *ad hoc* para cada caso en concreto y que, además, como expresó el tribunal arbitral en el caso *SGS Société Générale de Surveillance S.A. vs. República de Filipinas* (Caso ARB/02/6), cuando un tribunal arbitral se enfrenta a un caso al amparo de un BIT, este debe ser interpretado según sus propios y particulares términos⁽³⁰⁾, no es menos cierto que, como ya hemos expresado, en este

ámbito del derecho en plena construcción, apelar a precedentes resulta particularmente importante⁽³¹⁾.

Sin embargo, como ya hemos informado, debido a que el artículo 48 del Convenio CIADI condiciona la publicación de los laudos arbitrales al consentimiento de las partes⁽³²⁾, lamentablemente cuando una de ellas no preste su aprobación, el CIADI solo podrá publicar «extractos del razonamiento jurídico del Tribunal», lo que claramente restará eficacia a la publicación, ya que generalmente es muy difícil entender el contenido de una decisión legal si no se conocen los hechos en los que se ha basado la decisión.

-
- (27) BROWN, Chester. *The Use of Precedents of other International Courts and Tribunals in Investment Treaty Arbitration*. En: *BIICL Annual Meeting*, 2005. Disponible en: www.biicl.org/admin/files/Chester%20Brown,%20Clifford%20Chance.pdf. p. 1. «[T]here is no doctrine of precedent in international law. But this doesn't mean that previous decisions are not relevant».
- (28) *Ibid.*; «[I]nternational courts are increasingly referring to international case law, not only their own previous decisions, but also the jurisprudence of other international courts».
- (29) DI PIETRO, Domenico. *The Use of Precedents in Investment Treaty Arbitration - Non Pecuniary remedies in ICSID arbitration after Enron v Argentina*. En: *BIICL Annual Meeting*, 2005. Disponible en: www.biicl.org/admin/files/Domenico%20di%20Pietro,%20Mayer%20Brown.pdf. p. 3. «There is (...) in the ICSID Convention a link to the powers and the decisions of the ICJ. The use of ICJ case law is expressly permitted to ICSID tribunals for the identification of the rules of international law to be applied in ICSID cases. Indeed, as explained by the Report of the Executive Directors, the reference to international law in Article 42 should be understood in the sense given to it by Article 38(1) of the Statute of the ICJ (...).
As a consequence of that, the case law of the ICJ is eminently relevant in the identification of the substantive rules of international law applicable in ICSID cases».
- (30) ESCOBAR, Alejandro A. *Op. cit.*; p. 3. «[T]he tribunal in *SGS v Philippines* alluded to the need to apply each investment treaty on its own terms». Es más, el autor identifica otras consideraciones adicionales que deben ser tomadas en cuenta al momento de decidir aplicar algún precedente a un caso BIT en concreto: «- A decision under the ICSID Convention will not be the same as a decision under the ICSID Additional Facility Rules, particularly as regards jurisdictional requirements.
- Is a decision on a bilateral investment treaty less relevant to disputes under detailed free trade agreements, particularly when these are multilateral (and vice versa)?
- Is a decision with a dissenting opinion less valuable than one without a dissenting opinion? Does it depend on who is dissenting and why?
- Is an earlier decision, or one that is made largely on first principles, less relevant than a recent decision that recites a string of investment treaty cases?».
- (31) *Ibid.*; p. 5. «This could allow parties and tribunals to enrich their dialogue and, indirectly, contribute to the informed development of international investment law».
- (32) Consentimiento que, sin embargo, claramente se encuentra presente en los tratados que vienen estableciendo principios de transparencia.

Fernando Cantuarias Salaverry

3. La creación de una instancia de apelación

En el documento de trabajo denominado *Possible Improvements of the Framework for ICSID Arbitration*, ya informado líneas arriba, el CIADI propuso la posibilidad de crear una instancia de apelación de laudos arbitrales con la finalidad de garantizar una mayor consistencia y coherencia en los fallos que emanan a partir de los BIT. Es cierto que desde el principio el principal problema con esta propuesta fue el artículo 66 del Convenio CIADI, que exige que cualquier modificación a ese tratado debe ser ratificada por todos los estados miembros, lo que hace prácticamente inviable que el Convenio CIADI pueda cambiar. También es verdad que este tipo de propuesta todavía requiere madurar debido a las dificultades técnicas y normativas que debe enfrentar⁽³³⁾, lo que explica que el propio CIADI, en un nuevo documento denominado

Suggested Changes to the ICSID Rules and Regulations, de 12 de mayo de 2005, haya reconocido que, luego de consultar con expertos en la materia, era aun prematuro introducir algún mecanismo de apelación⁽³⁴⁾.

Sin embargo, para todos aquellos que seguimos de cerca el desarrollo del derecho de las inversiones, sabemos que la propuesta bajo comentario se dio en un escenario de crítica debido a la percepción de que no existiría predictibilidad y consistencia en el arbitraje sobre inversiones⁽³⁵⁾, esencialmente debido a los casos *Ronald S. Lauder v. República Checa* y *CME Czech Republic B.V. v. República Checa*⁽³⁶⁾. Además, también

- (33) Obviamente la propuesta de establecer una instancia de apelación ha llamado la atención inmediata del mundo académico y profesional y de los expertos en Derecho Internacional. Así, por ejemplo, en mayo de 2004 la British Institute of International and Comparative Law llevó adelante un foro denominado *Appeals and Challenges to Investment Treaty Awards: Is it Time for an International Appellate System?*, en el que un grupo importante de expertos hizo saber sus puntos de vista contrapuestos acerca de la necesidad de crear una instancia de apelación e identificaron los principales problemas a enfrentar. Las reflexiones y conclusiones de cada uno de los expositores y panelistas se ubican en: *Transnational Dispute Management*. Volumen II. Número 2, 2005. pp. 3-79.
- (34) Disponible en: www.worldbank.org/icsid/sug-changes.htm. «[M]ost... considered that it would be premature to attempt to establish such an ICSID mechanism at this stage, particularly in view of the difficult technical and policy issues raised in the Discussion Paper».
- (35) KUNDMULLER CAMINITI, Franz. *Op. cit.*; pp. 173 y 174. «Franck grafica las motivaciones que podrían estar generando actualmente la necesidad de abrir la discusión respecto de la pertinencia de incorporar los mecanismos de apelación en el caso de los laudos producidos en los arbitrajes sobre inversiones, señalando que en este tipo de arbitraje se estaría produciendo una crisis de legitimidad, que necesariamente deberá ser superada: 'Before 1995, only a handful of arbitrations involved claims under investment treaties. During the last five years, however, the number of cases has exploded. There are now over sixty known arbitrations involving investment treaties, and these claims typically involve amounts ranging from US\$120 million to 'billions of billions' of dollars. The consequence of this growth is that decisions about public issues with economic and political consequences are resolved in private before different seats of individuals who can and do some to conflicting decisions on the same points of law –and no single body has the capacity to resolve these inconsistencies'».
- (36) En efecto, ambos fueron procedimientos arbitrales UNCITRAL con contenido casi idéntico iniciados al amparo de los BIT Estados Unidos de América-República Checa (Lauder demandó como nacional norteamericano) y Holanda-República Checa (aquí demandó una empresa local que era de propiedad de una empresa holandesa, que, a su vez, era de propiedad de Lauder), respectivamente, por la supuesta violación de los derechos del inversionista en un *joint venture* en una empresa de televisión. Ambos casos eran tan similares que, inclusive, en el primero de los arbitrajes (el iniciado por Lauder) se planteó la posibilidad de acumular ambos procedimientos, lo que no se pudo lograr por la negativa del gobierno de la República Checa. El 3 de setiembre de 2001 se dictó el laudo arbitral en el caso *Ronald S. Lauder vs. República Checa*, fallándose a favor del demandado en todos sus extremos (el fallo se ubica en: <http://ita.law.uvic.ca/documents/LauderAward.pdf>). Sin embargo, apenas diez días después, el tribunal arbitral, en un laudo parcial en el caso *CME Czech Republic B.V. v.*

existía desde el campo del NAFTA la preocupación de que los procesos arbitrales fueran poco transparentes⁽³⁷⁾.

Si bien, desde que se hicieron públicas las percepciones identificadas en el párrafo precedente, mucho se ha avanzado en materia de transparencia, especialmente en recientes tratados de libre comercio y BIT e, incluso, el CIADI ha reformado algunas de sus normas reglamentarias en ese sentido⁽³⁸⁾, lo cierto es que iniciativas como la de crear una instancia de apelación no van a desaparecer mientras se mantenga la percepción de que los

tribunales arbitrales no son capaces de garantizar predictibilidad y consistencia en sus fallos. Y, justamente, una forma de atacar este problema es autorizando el mayor acceso posible del público a información acerca de los laudos arbitrales CIADI. Sin embargo, como hemos apreciado en el punto precedente, este acceso seguirá limitado en muchos casos.

No queda, entonces, más que esperar que los nuevos BIT y tratados de libre comercio que se suscriban en el futuro autoricen expresamente la publicación de los antecedentes y fallos arbitrales CIADI⁽³⁹⁾. De lo contrario, probablemente, instancias de apelación que ya están previstas (aunque no implementadas) en diversos tratados de libre comercio y BIT⁽⁴⁰⁾ comiencen a entrar en operación próximamente⁽⁴¹⁾.

República Checa, encontró responsable al demandado por la violación de varias disposiciones del BIT Holanda-República Checa (el laudo parcial se ubica en: <http://ita.law.uvic.ca/documents/CME-2001PartialAward.pdf>) y el 14 de marzo de 2003, en un laudo final, condenó a la República Checa a pagar más de trescientos cincuenta millones de dólares (el laudo se ubica en: http://ita.law.uvic.ca/documents/CME-2003-Final_000.pdf). Sobre este particular, véase GARCÍA, Carlos G. *All the other dirty little secrets: Investment Treaties, Latin America, and the Necessary Evil of Investor-State Arbitration*. En: *Florida Journal of International Law*. Volumen XVI, 2004. pp. 340-352; y SACERDOTI, Giorgio. *Investment Arbitration under ICSID and UNCITRAL Rules: Prerequisites, Applicable Law, Review of awards*. En: *ICSID Review. Foreign Investment Law Journal*. Volumen XIX. Número 1, 2004. pp. 1-3.

(35) BROWER, Charles H. II. *Investor-State Disputes under NAFTA: The Empire Strikes Back*. En: *Columbia Journal of Transnational Law*. Volumen XL. 2001. pp. 44-46.

(36) Véase *supra* puntos 1 y 2.

(37) Al igual que ya lo vienen exigiendo algunos tratados recientes.

(38) KUNDMULLER CAMINITI, Franz. *El arbitraje en los AIs 2005-2006. Balance general e innovaciones*. En: *Revista Peruana de Arbitraje*. Número 3. Lima, 2006. p. 230: «[E]l CIADI ha informado que hacia mediados del año 2005, cerca de veinte países habían celebrado tratados que incluían disposiciones para la puesta en práctica de mecanismos procesales de apelación en los arbitrajes Inversionista-Estado».

(39) Por ejemplo, a la fecha, el artículo 15.19.10 del TLC Estados Unidos de América-Singapur, el artículo 10.19.10 del TLC Estados Unidos de América-Chile, el artículo 10.20.10 del TLC Estados Unidos de América-América Central y República Dominicana, el artículo 10.20.10 del TLC Estados Unidos de América-Perú y el artículo 11.20.10 del TLC Perú-Chile prevén la futura existencia de una instancia de apelación.