

Necesidad de que el Perú suscriba la convención de Washington (CIADI)*

Fernando Cantuarias Salaverry
Abogado.
Master Yale Law School.
Profesor de Derecho Civil PUC.

I.- INTRODUCCION:

El Perú acaba de aprobar dos Convenios Internacionales relacionados con el Arbitraje Comercial Internacional: La Convención sobre reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros, más conocida como la Convención de Nueva York⁽¹⁾, y la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional, conocida como la Convención de Panamá.⁽²⁾ La primera tiene prácticamente ámbito mundial⁽³⁾, mientras que la segunda ha sido ratificada por doce Estados Americanos.⁽⁴⁾

La adhesión por parte del Perú a dichas Convenciones no es más que el reconocimiento de que el arbitraje es hoy por hoy un medio idóneo para la solución de los conflictos internacionales.⁽⁵⁾

Por otro lado, si bien es pertinente afirmar que

ambas Convenciones constituyen un mecanismo importante para el desarrollo del arbitraje privado,⁽⁶⁾ las mismas no resuelven satisfactoriamente el problema que podría surgir respecto a un laudo arbitral derivado de un contrato celebrado entre un Estado, o una subdivisión de aquel, y un inversionista de otro Estado.⁽⁷⁾

A la inconveniente aplicación de los Tratados de Nueva York y de Panamá a los acuerdos arbitrales celebrados entre Estados e inversionistas, se agrega el agravante que, por lo general, ambas partes de la relación desconfían de la posibilidad que algún problema sea resuelto por los Tribunales Jurisdiccionales del Estado receptor de la inversión o del Estado nacional del inversionista.⁽⁸⁾

Por otro lado, hay que reconocer que la inver-

* Convención sobre arreglo de diferencias relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, celebrada en Washington D.C., el 18 de Marzo de 1965, bajo los auspicios del Banco Mundial.

(1) Resolución Legislativa No. 24810 del 4 de Mayo de 1988.

(2) Resolución Legislativa No. 24924 del 7 de Noviembre de 1988.

(3) Hacia fines de 1989, 83 países eran signatarios de la Convención. Entre ellos tenemos los siguientes Estados Latinoamericanos: Argentina, Chile, Colombia, Costa Rica, Cuba, República Dominicana, Ecuador, Guatemala, Haití, México, Antillas Holandesas, Panamá, Perú, Trinidad y Tobago y Uruguay.

(4) Los siguientes países son miembros de la convención: Chile, Colombia, Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Panamá, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela.

(5) Grigera Naón, Horacio. Arbitration in Latin America: Overcoming Traditional Hostility. En: Arbitration International, V. 5, No. 2, 1989, p. 293 y ss. Señala el autor que en los últimos 10 años, América Latina ha modificado su visión hostil hacia el arbitraje, reconociendo que el mismo es una opción válida. Muestra de ello es la suscripción por un gran número de Estados Latinoamericanos de las Convenciones de Nueva York y Panamá. En conclusión, el Perú no ha hecho más que alinearse a esa nueva corriente.

(6) Van Den Berg, Albert Jan. Recent Enforcement Problems under the New York and ICSID Conventions. En: Arbitration International, V.5, N° 1, 1989, p. 11. Dicho autor llama la atención con respecto al hecho que la Convención de Nueva York (y también debemos decir la de Panamá), guarda silencio sobre su aplicación contra Estados. Sin embargo, líneas después, este importante autor señala que las cortes

han interpretado en favor de su utilización también para dicho supuesto.

(7) Entre las razones que nos permiten afirmarlo tenemos el hecho que en ambas Convenciones se establece que el trámite de reconocimiento y ejecución del laudo arbitral se hará ante los tribunales jurisdiccionales del Estado en el que se pide el mismo. Ello implica, obviamente, que el poder político de un Estado puede impedir la ejecución de un laudo arbitral que le es contrario. También existe el problema de las dos causales de desconocimiento de los laudos arbitrales, aplicables de oficio, establecidas en ambas Convenciones en el Artículo V (2), que son: "Que, según la Ley de ese país, el objeto de la diferencia no es susceptible de solución por vía de arbitraje" y "que el reconocimiento o la ejecución de la sentencia serían contrarios al orden público de ese país". Como puede apreciarse, es posible que un Estado pueda aducir en su defensa, para desconocer la fuerza vinculante de un laudo arbitral, la imposibilidad que un contrato de estas características pueda ser objeto de arbitraje o que su reconocimiento sea contrario a su orden público. Asimismo existen problemas vinculados a normas (1) constitucionales que limitarían la posibilidad de un Estado para acceder al arbitraje como particular, así como situaciones donde, en aplicación de la teoría de Inmunidad de los Estados, los fallos arbitrales no podrían ser ejecutados. El CIADI resuelve estos y otros problemas mediante un sistema único en el mundo hasta este momento, el cual será explicado en el presente artículo.

(8) La desconfianza es mutua. Por un lado el inversionista puede temer, algunas veces con fundamento, que los tribunales del Estado que recibe la inversión pueda discriminar en su contra. Por otro lado, el

sión extranjera en países pobres como el nuestro es nuevamente una alternativa⁽⁹⁾ que debe ser considerada seriamente. Desgraciadamente, si el procedimiento ante las cortes nacionales no es aceptable para este tipo de contratos y el arbitraje internacional regido por las Convenciones de Nueva York y Panamá no es adecuado, la inversión extranjera se vería seriamente limitada.

Es ante este problema, el de reconocer que es necesario crear un sistema adecuado de solución de conflictos entre inversionistas y Estados con el fin que se incentive la inversión extranjera en países en desarrollo, que el Banco Mundial propició la creación del CIADI.⁽¹⁰⁾

II.- EL CIADI:

El CIADI se creó para un fin muy concreto e importante: ser el foro adecuado para resolver los conflictos entre Estados y particulares de otros Estados, para, con ello, incentivar la inversión extranjera en países en desarrollo.⁽¹¹⁾

Aún cuando el CIADI buscaba promover la inversión extranjera en los países en desarrollo, no llegó a ser suscrito en 1965 por ningún país Latinoamericano.⁽¹²⁾ Esta negativa por parte de nuestros países se dió durante la reunión anual de los Gobernadores del Banco Mundial en la ciudad de Tokio en 1964 y ha pasado a la historia como "El No de Tokio".⁽¹³⁾

Según Mr. Broches, Secretario General del

Banco Mundial durante los años en que se discutió la presente Convención, los países Latinoamericanos basaron su disconformidad con la suscripción del mismo por los siguientes fundamentos:

- 1) La Convención es inaceptable por cuanto hace compulsivo el arbitraje.
- 2) La sumisión a arbitraje de contratos suscritos entre Estados e inversionistas extranjeros está prohibida por la Constitución de los países Latinoamericanos.
- 3) La Convención viola el principio constitucional de igualdad entre nacionales y extranjeros.
- 4) La creación de una corte arbitral internacional demuestra un inaceptable rechazo a las cortes nacionales.
- 5) La historia de arbitraje en Latinoamérica no ha sido muy afortunada.⁽¹⁴⁾

Creemos que todos y cada uno de estos argumentos pueden ser fácilmente rebatidos. El CIADI no crea un sistema compulsivo de arbitraje, sino que permite su uso cuando las partes lo hallan pactado previamente. Con respecto a la prohibición constitucional de pactar el arbitraje, Broches⁽¹⁵⁾ encontró que solamente una Constitución —la venezolana— podía limitar su incorporación. En cuanto a la tercera objeción, es claro que lo único que se establece es un sistema alternativo de solución de conflictos. Al cuar-

Estado que recibe la inversión no sólo puede pensar lo mismo, sino que además se encuentra con el problema de poder justificar internamente el hecho que haya rendido su "soberanía" en manos de la jurisdicción de otro Estado. También tenemos el problema de la protección diplomática como medio de presión. Para mayor información leer: McLaughlin, Joseph. Arbitration and Developing Countries, En: The International Lawyer, American bar Association, V. 13 No. 2, 1979, p. 211 y ss.

(9) Decimos que la inversión extranjera es nuevamente una alternativa toda vez que, luego de una etapa de aceptación, durante las décadas de los 60 y 70 ella fue vista como un medio de colonialismo o intervención por parte de los países desarrollados en la soberanía de los países pobres, siendo hoy otra vez uno de los medios idóneos para el desarrollo y la lucha contra la deuda externa. Sloan, Robert. *The Third World Debt Crisis: Where we have been and where we are going*. En: Helawell, Robert y Don Wallace Jr. *Negotiating Foreign Investments: A Manual for the Third World*, V. I. The International Law Institute, Georgetown University Law Center, Washington D.C., 1982, pp. I.2.1 y ss. El citado autor hace un estudio de los diferentes sistemas alternativos que se han ideado para atacar el problema de la deuda externa, llegando a la conclusión que los mismos por sí solos no bastan.

(10) El CIADI fue sometido a consideración de los miembros del Banco Mundial el 18 de Marzo de 1965 y entró en vigencia el 14 de Octubre de 1966.

(11) En tal sentido se expresa el reporte de la Institución cuando se indica que: "The creation of an institution designed to facilitate the settlement of disputes between States and foreign investors can be a major step toward promoting an atmosphere of mutual confidence and

thus stimulating a larger flow of private international capital into those countries which wish to attract it". Citado por: Amerasinghe, C.f. The International Centre for Settlement of Investment disputes and development through the Multinational Corporation. En: Vanderbilt Journal of Transnational Law, V. 19, 1976, p. 794. Para un estudio más profundo sobre el nacimiento del CIADI ver: Szasz, Paul. The Investment Disputes Convention and Latin America. En: Virginia Journal of International Law. V. 11, No. 2, University of Virginia Law School, Virginia, 1971.

(12) Hoy más de noventa Estados son miembros del CIADI. A Diciembre de 1989 eran los siguientes: Afghanistan, Austria, Bangladesh, Barbados, Bélgica, Benin, Botswana, Burkina Faso, Burundi, Camerún, República del Africa Central, Chad, Congo, Costa de Marfil, Chipre, Dinamarca, Ecuador, Egipto, El Salvador, Fiji, Finlandia, Francia, Gabón, Gambia, Alemania, Ghana, Grecia, Guinea, Guyana, Hungría, Islandia, Indonesia, Irlanda, Israel, Italia, Jamaica, Japón, Jordania, Kenya, Korea del Sur, Kuwait, Lesotho, Liberia, Luxemburgo, Madagascar, Malawi, Malasia, Mali, Mauritania, Mauricio, Marruecos, Nepal, Holanda, Nueva Zelanda, Niger, Nigeria, Noruega, Pakistan, Papua Nueva Guinea, Paraguay, Filipinas, Portugal, Rumanía, Ruanda, Arabia Saudita, Senegal, Sierra Leona, Singapur, Islas Salomón, Somalia, Sri Lanka, Santa Lucía, Sudan, Swazilandia, Suecia, Suiza, Tailandia, Togo, Trinidad y Tobago, Tunisia, Turquía, Uganda, Emiratos Arabes Unidos, Inglaterra, Estados Unidos de Norteamérica, Samoa, Yugoslavia, Zaire, Zambia.

(13) Szasz, Paul. Op. Cit. p. 256.

(14) Szasz, Paul. Op. Cit. p. 258.

(15) *Ibid.*, p. 258

to argumento se le puede responder en el sentido que el temor no es a los jueces sino a la intervención política. Y por último, respecto a la quinta objeción, lo único que se puede decir es que es lamentable su sola argumentación.

Lo que verdaderamente estuvo detrás de las objeciones por parte de los países de América Latina a la suscripción del CIADI no es otra cosa que la aplicación de la Doctrina Calvo.⁽¹⁶⁾ Esta doctrina reconocía el derecho de los Estados Latinoamericanos a evitar toda intervención diplomática por parte de cualquier Estado en favor de su inversionista, así como a impedir la figura de la subrogación en la deuda. El mecanismo legal que se utilizó para implementar dicha doctrina fue la obligación por parte del inversionista de renunciar a la protección diplomática y asimismo reconocer la competencia exclusiva de las cortes jurisdiccionales del país en donde se invirtiera. La Decisión 24 del Pacto Andino contiene justamente este precepto.⁽¹⁷⁾

Felizmente, hoy la realidad está llevando a que la Doctrina Calvo pierda adeptos y poco a poco nuestros países están entendiendo que el pactar un arbitraje internacional, bajo los auspicios de una institución tan importante como el Banco Mundial, no implica bajo ningún punto de vista una pérdida de soberanía, máxime si tenemos en cuenta que el artículo 27 del CIADI prescribe que "ningún Estado Contratante concederá protección diplomática ni promoverá reclamación internacional respecto de cualquier diferencia que uno de sus nacionales y otro Estado contratante hayan consentido en someter o hayan sometido a arbitraje conforme a este Convenio, salvo que este último Estado Contratante no haya acatado el laudo dictado en tal diferencia o haya dejado de cumplirlo".

Con respecto al Perú existen dos normas impor-

tantes: En primer lugar el último párrafo del artículo 136 de nuestra Constitución que establece que "el Estado y las personas de derecho público pueden someter las controversias derivadas de contratos con extranjeros a tribunales judiciales o arbitrales constituidos en virtud de convenios internacionales de los cuales es parte el Perú". Y en segundo lugar tenemos la Decisión 220 del Pacto Andino, la cual deroga los criterios limitativos sobre jurisdicción que se encontraban en la Decisión 24, permitiendo que cada Estado Contratante determine lo que considere pertinente. Es decir, el Perú puede constitucionalmente suscribir el CIADI.

III. VENTAJAS DEL CIADI:

Lo primero que queremos resaltar, antes de analizar la reglamentación del CIADI, es que hoy en día la participación de los Estados en arbitrajes internacionales es muy grande.⁽¹⁸⁾ Por otro lado, es importante señalar que las estadísticas demuestran que muchos de los Estados pobres han dejado de mirar el arbitraje como una forma de sumisión hacia los países desarrollados y prueba de ello es la gran cantidad de demandas en los que dichos Estados participan como demandantes.⁽¹⁹⁾

Ahora bien, revisemos la mecánica del CIADI.⁽²⁰⁾ Los requisitos de admisibilidad de una demanda son los siguientes: En primer lugar, tanto el Estado que recibe la inversión como el Estado del inversionista deben ser miembros de la Convención.⁽²¹⁾ En segundo lugar, las partes tienen que pactar el arbitraje por escrito y la controversia debe versar sobre diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión.⁽²²⁾ Y, por último, se deberá cumplir con la obligación de agotamiento de la vía judicial, en caso que así se hubiere pactado.⁽²³⁾

(16) Para un mejor análisis de dicha doctrina leer: Sprague, Michael. *A courageous course for Latin America: Urging the ratification of the ICSID*. En: *Houston Journal of International Law*, V. 5 No. 1, University of Houston, Texas, 1982. pp. 157 y ss. Szasz, Paul, *Ob. Cit.*, p. 261 y ss. Garro, Alejandro. *Enforcement of Arbitration agreements and Jurisdiction of Arbitral Tribunals in Latin America*, En: *Journal of International Arbitration*, A. Quarterly, V. 1, No. 4, Suiza, 1989. pp. 293 y ss.

(17) Golbert, Albert y Yenny Nun Gingold. *Latin America Economic Intergration: An overview of trade and investment developments in ANCOM, CACM, and LAFTA*. En: *Syracuse Journal of International Law and Commerce*. Syracuse University College of Law, New York, V. 7, No. 2, 1979-80, pp. 183 y ss. Rinker, Bruce. *The future of Arbitration in Latin America; A study of its Regional Development*, En: *Case Western Reserve Journal of International Law*, Case Western Reserve University School of Law, Cleveland, Ohio, V. 8, No. 2, 1976, pp. 487 y ss.

(18) Bockstiegel, Karl-Heinz. *States in the International Arbitral Process*. En: *Arbitration International*, V. 2, No. 1, 1986, p. 22. Dicho autor señala que un análisis estadístico ha demostrado que en una tercera parte de los casos sometidos a la Cámara de Comercio Inter-

nacional de París (CCI) intervienen Estados.

(19) Paulsson, Jan. *Third World Participation in International Investment Arbitration*. En: *ICSID Review, Foreign Investment Law Journal*, V. 2, No. 1, International Centre for Settlement of Investment Disputes, Washington D.C., 1987, p. 21. Dicho autor hace referencia a un análisis estadístico de las demandas arbitrales presentadas ante la CCI de París durante el año de 1986. En él se demuestra que en el 41% de los casos, Estados pobres participaron como demandantes.

(20) En el presente artículo sólo vamos a estudiar el Reglamento del CIADI con respecto al arbitraje, dejando el tema de la Conciliación para un posterior análisis.

(21) Artículo 25 (1). El mismo artículo establece los criterios para determinar la nacionalidad del inversionista, así como las pautas que definen cuando estamos ante sub-divisiones de los Estados.

(22) Artículo 25. En la práctica el problema de determinar si la materia controvertida puede o no ser arbitrable carece de importancia por cuanto las partes han acordado que lo es y el CIADI ha optado por una definición amplia del término inversión. Asimismo, debemos tener presente el inciso 4 del artículo 25, el cual permite a los Estados, al momento de ratificar la Convención, determinar qué clase o clases de disputas podrán ser sometidas a consideración de la Institución.

Una vez presentada la solicitud para que se arbitre la controversia, el procedimiento arbitral, en todas sus etapas, suele basarse en el común acuerdo de las partes y en lo no previsto en un Reglamento flexible. Tal vez es importante hacer mención de dos artículos: El art. 39 determina que la mayoría de los árbitros no pueden ser nacionales de ninguno de los Estados participantes, con lo que se asegura la imparcialidad del procedimiento; y por otro lado, tenemos el art. 42 (1) el cual establece que los árbitros decidirán la controversia de acuerdo al derecho pactado por las partes y a falta de acuerdo aplicarán el derecho del Estado miembro, incluyendo sus normas de derecho internacional privado, así como aquellas normas de derecho internacional que resulten aplicables. Es decir, el CIADI reconoce la libertad de elección de la ley aplicable y a falta de ella determina la aplicación de la ley del Estado donde se lleva a cabo la inversión, unida a las normas de derecho internacional.⁽²⁴⁾

Una vez que termina el procedimiento se dicta el laudo, y es aquí donde se ve claramente las ventajas del sistema. Si una de las partes no está conforme con el laudo arbitral, sólo queda hacer uso de las causales de nulidad taxativamente determinadas por el artículo 52 y solicitar al CIADI la constitución de un tribunal especial que revise el laudo.⁽²⁵⁾

Si el laudo arbitral no es atacado de la manera

indicada en el párrafo anterior o el tribunal ad-hoc resuelve que el mismo es válido, el laudo arbitral debe ser reconocido por cualquiera de los Estados Contratantes⁽²⁶⁾, no procediendo en consecuencia ninguna posible revisión del mismo por los tribunales jurisdiccionales de los Estados.⁽²⁷⁾ Asimismo, si el Tribunal ad-hoc considera que el laudo es nulo, a diferencia de lo que pasa comúnmente, el CIADI nombrará un nuevo tribunal arbitral que fallará nuevamente, evitando con ello que tribunales jurisdiccionales de los Estados conozcan de la controversia.⁽²⁸⁾

Como hemos visto, el sistema ideado por el CIADI sí garantiza los legítimos intereses tanto de los Estados, como de los inversionistas.⁽²⁹⁾ siendo por ello un elemento muy importante a tener en consideración en toda política que busque atraer la inversión extranjera.

IV.- A MODO DE CONCLUSION:

Latinoamérica enfrenta hoy un problema que parece no tener salida. Por un lado necesita crecer y para ello requiere de inversión, y por otro lado, tiene que pagar una deuda externa fabulosa. ¿Cómo podemos crecer y pagar al mismo tiempo? La respuesta que han dado los países desarrollados a esta proble-

(23) Artículo 26.

(24) Kahn, Phillipe. *The law applicable to Foreign Investments: The contribution of the World Bank Convention on the settlement of investment disputes*. En: *Indiana Law Journal*, Indiana University School of Law, V. 44, No. 1, Indiana, 1968, pp. 1 y ss.

(25) Para ello se nombra una Comisión ad-hoc compuesta por tres árbitros que determinarán si el laudo arbitral es válido o no. Como vemos, a diferencia del sistema que se sigue aplicando las Convenciones de Nueva York y Panamá, aquí no son los jueces de un país, sino la propia institución, la que revisa la validez de un fallo arbitral.

(26) Artículos 53 y 54.

(27) Para un estudio más profundo del procedimiento que se sigue ante el CIADI leer: Delaume, George. *Experience with ICSID*. En: Aksen, Gerald y Robert von Mehren, *International Arbitration between private parties and governments*. *Corporate Law and Practice course Handbook Series No. 399*, U.S.A., 1982, pp. 223 y ss. Broches, Aron. *Awards rendered pursuant to the ICSID Convention: Binding force, finality, recognition, enforcement, execution*. En: *ICSID Review*, Op. Cit., V. 2 No. 2, 1987, pp. 288 y ss.

(28) Normalmente si ya se dictó un laudo arbitral y éste es luego declarado nulo por los tribunales nacionales, las partes no tendrán otro camino, salvo pacto en contrario, que ventilar sus controversias fuera del área arbitral. Mediante el CIADI se garantiza que no sucederá esta situación no querida por las partes.

(29) Por un lado, el sistema resuelve satisfactoriamente todas las objeciones indicadas anteriormente (Ver cita número 6). Por otro lado, el CIADI es beneficioso para los Estados, entre otras razones, por cuanto su jurisdicción no es compulsiva sino voluntaria; impide toda intervención diplomática por parte de cualquier Estado miembro; se reconoce la aplicación de su ley salvo pacto en contrario; permite que el caso sea previamente visto por las cortes nacionales, y, no implica bajo ningún concepto una declinación de "soberanía" en favor de la jurisdicción de otro Estado. El CIADI también favorece al inversionista ya que le permite prever que en caso de conflicto la controversia no será resuelta por los tribunales del país en donde ha invertido y que a su vez el fallo, en caso de ser favorable, será cumplido. McLaughlin, Joseph, Op. Cit., p. 223. Amerasinghe C.F., Op. Cit., pp. 801 y ss.

mática se ha limitado a tratar de flexibilizar el pago de la deuda externa,⁽³⁰⁾ lo cual, si bien permite un cierto respiro, no resuelve directamente el problema que nuestros países necesitan de una fuerte inversión para poder desarrollarse.

Si partimos del hecho que la época en la cual nuestros países gozaron de un amplio crédito ha terminado, y entendemos que el caño no sólo se ha cerrado, sino que además cargamos con el compromiso de pagar nuestras deudas; entonces queda claro que si queremos contar con recursos suficientes para crecer a un ritmo adecuado, que cubra las expectativas de los ciudadanos y que a su vez nos permita cumplir con nuestras obligaciones internacionales, el mirar la inversión extranjera como un elemento

importante de apoyo a nuestro desarrollo es absolutamente coherente.

Es en este momento, una vez tomada la decisión política de crecer apoyados por la inversión extranjera, donde el CIADI aparece como una "ventaja comparativa" de máxima importancia, que ayudará a los pueblos Latinoamericanos a captar la inversión que se necesita y que hoy por hoy es recibida por otros países del orbe. Muchos países pobres han entendido la necesidad de fomentar la inversión extranjera en sus territorios y por ello han dado un paso importante suscribiendo el CIADI.⁽³¹⁾ Esperemos que nuestros políticos, sobre todo los peruanos, no reaccionen tardíamente a esta nueva realidad.

(30) Sobre este tema leer: Buchheit, Lee. *The changing tactics of Sovereign Debt Restructuring*. En: *International Financial Law Review*, 1987, pp. 35 y ss. El autor describe en primer lugar los métodos tradicionales que se han aplicado en el tema de la deuda externa, para luego analizar y recomendar alternativas.

(31) Moran, Theodore. *Shaping a future for Foreign Direct Investment in the Third World*. En: Hellawell y Wallace, *Op. Cit.*, V. I, p. 1.3.1

y ss. Dicho autor reconoce que no es suficiente para atraer la inversión extranjera, el hecho de crear un clima adecuado, por cuanto ello no protege al potencial inversionista de los cambios futuros, los cuales pueden acabar en los tribunales nacionales. Este temor tiende a desaparecer si el contrato de inversión viene acompañado de una cláusula arbitral bajo los auspicios del CIADI.