

EL CONVENIO SOBRE ARREGLO DE DIFERENCIAS RELATIVAS A INVERSIONES

Por A. BROCHES, Consejero Jurídico General del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (Banco Mundial).

El 18 de marzo de 1965, los Directores Ejecutivos del Banco Mundial aprobaron el texto de un "Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados" y lo sometieron a la firma y ratificación de los 102 gobiernos miembros del Banco.

El Convenio crea un Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, con el carácter de institución internacional autónoma, "para facilitar la sumisión de las diferencias relativas a inversiones a un procedimiento de conciliación y arbitraje". El Centro propiamente dicho no emprenderá actividades de conciliación o arbitraje. Esta tarea estará a cargo de las Comisiones de Conciliación y de los Tribunales de Arbitraje que han de constituirse de conformidad con las disposiciones del Convenio.

No todas las diferencias relativas a inversiones pueden ser sometidas al Centro. En primer lugar, la diferencia debe ser una "diferencia de naturaleza jurídica que surja directamente de una inversión". En segundo lugar, una de las partes ha de ser un Estado Contratante o una subdivisión u organismo público de dicho Estado, y la otra

parte ha de ser un nacional de otro Estado Contratante. En tercer lugar, lo que es de gran importancia, las partes tienen que haber dado su consentimiento a que se someta la diferencia al conocimiento del Centro; cuya disposición ha sido calificada por los Directores Ejecutivos en su informe como la "piedra angular de la jurisdicción del Centro". Sin embargo, una vez que las partes hayan prestado su consentimiento, lo que puede ocurrir antes o después de que haya surgido la diferencia, no puede ser revocado unilateralmente.

El uso de los servicios de conciliación y arbitraje del Centro es enteramente voluntario. Ningún gobierno ni inversionista alguno se verá obligado a acudir a la conciliación o al arbitraje sin su consentimiento. Pero, una vez que hayan prestado su consentimiento, están obligados a cumplir su compromiso y, en el caso del arbitraje, a cumplir el laudo.

Los procedimientos ante el Centro, sean de conciliación o de arbitraje, pueden ser promovidos por un Estado Contratante o por un inversionista. El Centro mantendrá una Lista de Conciliadores y una Lista de Arbitros. Cada Estado Contratante tendrá derecho

a designar cuatro miembros de cada lista. Las partes determinan el número (que debe ser impar) y el método de nombramiento de los miembros de la Comisión de Conciliación o del Tribunal de Arbitraje. De no llegar a un acuerdo las partes, se aplicarán las disposiciones del Convenio que determinan el número y forma de los nombramientos de conciliadores o árbitros a fin de que no se frustren los procedimientos. Si alguna de las partes rehusare comparecer en un procedimiento de arbitraje, el Tribunal puede dictar laudo en rebeldía. Las reglas procesales aplicables serán las que acuerden las partes, pero a falta de tal acuerdo, serán de aplicación las reglas adoptadas por el Consejo Administrativo del Centro. Los Tribunales de Arbitraje aplicarán la ley que hayan convenido las partes; y, a falta de acuerdo entre las mismas, el Tribunal aplicará la ley del Estado que sea parte en la controversia, así como cualquier norma aplicable de derecho internacional.

Respecto a la cuestión del agotamiento de los recursos de carácter interno, el Convenio dispone que, si ninguna de las partes del acuerdo de arbitraje se reserva expresamente el derecho de acudir a otros recursos o exige que se agoten previamente otras vías de amparo, se presumirá conclusivamente que la intención de las partes ha sido recurrir al arbitraje con exclusión de cualquier otro recurso.

Sin embargo, el Convenio reconoce expresamente el derecho de los gobiernos a exigir el agotamiento de los recursos de orden interno.

De conformidad con las disposiciones del Convenio, las partes vienen obligadas a cumplir los pronunciamientos del laudo arbitral. Este no puede ser objeto de apelación ni de ningún otro recurso, salvo que exista

alguna de las causas de revisión o anulación que establece el Convenio.

Desde el punto de vista del inversionista, el atributo principal del Convenio es que, una vez que el gobierno del país receptor de la inversión ha dado su consentimiento, el cual es irrevocable, el inversionista podrá acudir directamente al procedimiento de conciliación o arbitraje sin intervención de su gobierno nacional. Conjuntamente con ese principio, el Convenio dispone que, una vez que un inversionista y un gobierno anfitrión hayan acordado someter a arbitraje una diferencia, el gobierno del país del inversionista no tendrá derecho a hacerse cargo de la defensa de su reclamación. El desarrollo de este principio en el actual derecho internacional tiene, a mi juicio, la gran utilidad de ayudar a sacar las diferencias relativas a inversiones de la esfera política intergubernamental.

La negociación de un convenio internacional de esta clase es una empresa fascinante y de múltiple facetas. Hemos llevado adelante esta negociación no a través del medio de la conferencia diplomática tradicional, sino mediante la celebración de una serie de reuniones consultivas de carácter regional seguidas de una reunión mundial de representantes legales de países miembros. El resultado de todas estas reuniones fue comunicado a los órganos regentes del Banco. Como expresé al principio de este trabajo, la medida final en relación al Convenio fue adoptada por los Directores Ejecutivos del Banco Mundial, que aprobaron el texto para someterlo a la consideración de los 102 gobiernos miembros del Banco. El Convenio está actualmente abierto a la firma y entrará en vigor una vez que haya sido firmado y ratificado por veinte Estados. Al finalizar el mes de octu-

bre de 1965 el Convenio había sido firmado por veinticinco países: Camerún, República Centroafricana, Dahomey, Dinamarca, Etiopía, Gabón, Costa de Marfil, Jamaica, Japón, Liberia, Luxemburgo, Malasia, Mauretania, Marruecos, Nepal, Niger, Nigeria, Pakistán, Sierra Leona, Somalia, Suecia, Túnez, Reino Unido, Estados Unidos y Alto Volta. El proceso de ratificación está actualmente en marcha y un país, Nigeria, ya ha depositado su instrumento de ratificación.

He calificado el proceso de negociación de un Convenio como una empresa fascinante. Permítaseme mencionar algunos de los factores que contribuyen a eso.

La finalidad del Convenio es mejorar el ambiente de inversión y estimular, por tanto, una corriente mayor de capital internacional hacia las regiones del mundo que lo necesitan y desean atraerlo. Los intereses de los países exportadores e importadores de capital coinciden en este punto. Sin embargo, es indudable que el primero de estos grupos desearía llevar al máximo la protección a la inversión extranjera, en tanto que el segundo desearía reducir al mínimo las limitaciones a la libertad de acción de los gobiernos de los países receptores.

Por otra parte, la materia esencial del Convenio, la conciliación y el arbitraje, aún cuando resulta afectada por principios y consideraciones políticas del tipo antes mencionado, tiene un carácter esencialmente técnico y pertenece a un campo en que existen grandes diferencias entre los diversos sistemas jurídicos representados por los países miembros del Banco. Finalmente, hay una gran variedad de técnicas para regular las relaciones entre los inversionistas extranjeros y los Estados receptores de las inversiones. En algunas partes del mundo,

la mayor parte de las inversiones importantes se rigen por acuerdos celebrados entre el inversionista y el Estado receptor, mientras que en otras partes del mundo las inversiones foráneas se rigen por la legislación general, o por una legislación especial aprobada por los Estados receptores para la promoción de inversiones, destinada a proteger las inversiones comprendidas en la aprobación.

En consecuencia, es fácil comprender que es necesaria toda una serie de compromisos a fin de llegar a un convenio funcional y ampliamente aceptable. El Convenio tuvo que considerar las diversas formas en que los inversionistas extranjeros participan en las economías de los países receptores, tuvo que reconciliar las diferencias en los conceptos y tradiciones de orden jurídico y, finalmente, tuvo que lograr un equilibrio justo entre los intereses de los inversionistas extranjeros y los de los Estados receptores.

He estado tan profundamente involucrado en la negociación de esos compromisos que quizás no se sorprendan si expreso que estoy satisfecho con el resultado final. Pero también me doy perfecta cuenta de que tal o cual grupo de países, o de intereses jurídicos o comerciales, habrá de sentirse desilusionado o desdichado debido a no haberse adoptado algún precepto determinado al cual atribuían particular importancia, o debido a que no pudieron lograr acuerdo respecto a la supresión de algún precepto que estimaban objetable. Las limitaciones de este trabajo no me permiten analizar todas las cuestiones que se plantearon y las formas en que tratamos de resolverlas.

Pero, dado que este trabajo se dirige a abogados latinoamericanos, desearía decir algo acerca de la actitud

latinoamericana hacia el Convenio o, más bien, **lo que se dice** ser la actitud de la América Latina hacia el Convenio.

En septiembre de 1964, la prensa informó ampliamente que en la reunión del Banco Mundial en Tokio, los gobernadores latinoamericanos en conjunto habían hecho constar un alto y claro "NO" a la idea misma de un Convenio que contemplaba la decisión internacional de diferencias entre gobiernos e inversionistas extranjeros.

Esos informes eran enteramente correctos. No obstante, hay lugar a serias dudas acerca de que este "NO" (que se ha hecho conocido en Latinoamérica como "El No de Tokio") representase la opinión considerada de los países latinoamericanos en conjunto. Muchos de los gobiernos estaban poco informados o carecían de toda información respecto a las cuestiones propuestas y sé que en cierto número de países el punto de vista negativo original está siendo reconsiderado a la luz del texto final.

No sé cual ha de ser el resultado de esa reconsideración y no deseo expresar una opinión acerca de cual debe ser. Esto es una cuestión que corresponde a la determinación soberana de los países interesados. Pero sí deseo expresar la esperanza de que, cualesquiera que sean las conclusiones, se llegue a las mismas después de un estudio y análisis del Convenio; y, en este aspecto, considero que no sería impropio que yo discuta, haciéndolo con un sentido crítico, algunos de los argumentos que se han presentado **contra** el Convenio en la América Latina.

Argumento N° 1: El Convenio es inaceptable porque introduce el arbitraje obligatorio. No obstante la frecuencia con que se repita esta afirmación,

sigue siendo completamente incierta. El texto del Convenio expresa muy claramente que el mero hecho de la firma y ratificación del Convenio no impone obligación alguna a un Estado Contratante de someter a arbitraje ninguna diferencia en particular, y que, de hecho, ningún Estado ni inversionista puede ser jamás obligado a acudir al arbitraje a no ser que hayan previamente acordado por escrito hacerlo.

Argumento N° 2: La sumisión a arbitraje internacional de diferencias entre el Estado y el inversionista extranjero está prohibida por las constituciones latinoamericanas. En su generalidad, esta afirmación carece ciertamente de fundamento alguno. No soy un perito en derecho constitucional latinoamericano, pero se me ha dicho que sólo la Constitución de Venezuela contiene una prohibición contra la sumisión de contratos estatales a cualquier jurisdicción que no sea la de los tribunales de justicia venezolanos. Pero, aún esta Constitución, no prohíbe el arbitraje de diferencias con organismos paraestatales, ni tampoco prohíbe la conciliación.

Argumento N° 3: El Convenio infringe el principio constitucional de igualdad de nacionales y extranjeros. Aparte de que ese principio contempla especialmente la protección al extranjero contra un trato discriminatorio, más bien que la prohibición de un trato preferente para los extranjeros, el Convenio no establece discriminación alguna ya que no confiere ningún derecho a los extranjeros. De conformidad con el Convenio, los extranjeros no tienen derecho a promover procedimiento de arbitraje contra el Estado, a no ser con el consentimiento de dicho Estado.

Argumento N° 4: El establecimiento de procedimientos de conciliación y

arbitraje demuestra una desconfianza inaceptable en la integridad e independencia de los tribunales nacionales. Creo que esto es una distorsión de los motivos en que se apoya el Convenio. De existir desconfianza entre los inversionistas, no se refiere a la integridad de los tribunales nacionales, sino que es un temor de que los ramos ejecutivo y legislativo adopten medidas motivadas políticamente respecto a las cuales los tribunales se ven imposibilitados de actuar. Esta es una realidad con la que hay que enfrentarse y que, además, no resulta sorprendente en un mundo que se encuentra en un proceso de fermento político.

Argumento N° 5: La historia del arbitraje internacional en Latinoamérica ha sido infortunada. Nunca he escuchado alegato alguno en apoyo de este argumento, y los juristas latinoamericanos que han realizado estudios especiales sobre la materia me han expresado que no han encontrado fundamento alguno para esta afirmación tan repetida. A mi juicio, la explicación de las razones de esta afirmación está en que la historia de las inversiones extranjeras en Latinoamérica no ha sido siempre afortunada. Pero esto no sirve como argumento contra la creación de procedimientos de conciliación y arbitraje de diferencias relativas a inversiones, a los cuales sólo pueden acudir los inversionistas una vez que el Estado haya prestado su consentimiento.

Al ofrecerles esta muestra de los que considero argumentos **erróneos** contra el Convenio, deseo hacer la súplica de que se realice un examen cuidadoso y desapasionado de los méritos del documento; y en ese examen los abogados pueden desempeñar un papel importante.

En el Informe acompañado al Convenio, los Directores Ejecutivos expresan que les anima el propósito de fortalecer la integración de una sociedad entre los países para el desarrollo económico. A su juicio, la creación de una institución destinada a facilitar el arreglo de diferencias entre Estados e inversionistas extranjeros puede ser un paso importante hacia la promoción de un ambiente de confianza mutua que, a su vez, estimularía una corriente mayor de capital privado internacional hacia los países que deseen atraerlo.

El Convenio ofrece un servicio a aquellos países (sean exportadores o importadores de capital) que deseen disponer del mismo. Es indudable que mientras mayor sea el número de países participantes, mayor será el valor potencial del Convenio. Pero puede resultar valioso aún cuando inicialmente se adhiera al mismo sólo un número relativamente pequeño de países. El Convenio entrará en vigor una vez que haya sido firmado y ratificado por 20 países. Confiamos que esto se logrará dentro de un período de tiempo relativamente breve, y que entre los primeros veinte Estados Contratantes se encuentren representados tanto los países desarrollados como los que se encuentran en proceso de desarrollo. También esperamos que, una vez que esté en vigor el Convenio y que el Centro cuya creación establece haya demostrado su utilidad, aquellos países que se han mantenido inicialmente a un lado y los que han expresado reserva respecto a la idea misma de la decisión internacional de las diferencias, puedan llegar algún día a aceptarla como un instrumento útil de su política de desarrollo.