

Consideraciones sobre un propuesto Tribunal Permanente como alternativa a Arbitraje Internacional de Inversiones

Judd L. Kessler [1]

Hace aproximadamente un año se conoció públicamente el borrador del texto del Capítulo X del Tratado de Libre Comercio entre la República de México y la Unión Europea.

La parte que más me ha llamado la atención en ese borrador es la idea de someter las disputas internacionales de inversiones a un nuevo Tribunal de Inversiones, en lugar de someterlas al CIADI o a arbitraje bajo las reglas de CNMUDI (UNCITRAL).

El Tribunal propuesto sería similar al tribunal que habrá de formarse bajo el tratado recientemente firmado entre la Unión Europea y Canadá, denominado Acuerdo Integral sobre Economía y Comercio o Acuerdo Económico y Comercial Global (AECG), más conocido por sus siglas en inglés CETA (Comprehensive Economic and Trade Agreement), y bajo el tratado de Libre Comercio entre la Unión Europea y Singapur. En ambos casos, se proyecta reemplazar el sistema de arbitraje de inversiones de CIADI o CNMUDI con un tribunal de dos niveles: uno de primera instancia, y un tribunal de apelaciones.

El borrador del tratado con México propone, para integrar el tribunal, el nombramiento de nueve (9) jueces: tres de nacionalidad mexicana, tres de nacionalidad de uno o más de los países de la Unión Europea, y tres de otra nacionalidad. Estas personas, según el texto propuesto, deben tener manifiesta experiencia en derecho internacional público y con credenciales del nivel esperado para que un candidato sea nombrado a la Corte Internacional de Justicia de La Haya o “juristas de competencia reconocida.”

No pretendo entender las razones por las cuales Canadá o Singapur habrán firmado un acuerdo parecido, pero me parece que si yo fuera el líder de un gobierno de América Latina o de otro país que involucrado en una disputa internacional de inversiones, no aceptaría el propuesto Tribunal de Inversiones por una serie de razones. Las razones principales son las siguientes:

1. La idea del Tribunal parece haber surgido de una muy injusta evaluación del sistema existente bajo la Convención y la Reglas de Arbitraje de CIADI, un sistema que tiene sus faltas, pero que en general ha funcionado bastante bien.[2]
2. Es curioso que la idea del Tribunal parece haber surgido justamente cuando varios países que son generalmente exportadores de capital, se dieron cuenta de que ellos mismos podrían ser demandados bajo el sistema existente, en situaciones, por ejemplo, del caso “Vattenfall”, donde una empresa sueca que construyó una planta nuclear de generación de electricidad inició un caso en CIADI en contra de la República de Alemania por US\$ 5.000 millones.
3. Por bien intencionados que sean los impresionantes requisitos pensados para nombrar jueces a este Tribunal, tengo serias dudas sobre el nivel de personas que van a presentarse para estos puestos. Primero, porque el número de casos será muy limitado; segundo, porque los sueldos que se piensa ofrecer a los candidatos no parecen ser atractivos para profesionales de muy alta categoría (especialmente si tienen que aceptar limitaciones sobre cómo y cuándo pudieran ejercer en otros

aspectos de la profesión). Y sería realmente sorprendente si tales candidatos tuvieran la amplitud de experiencia en el mundo de negocios que se ve comúnmente encontrados en los buenos árbitros comerciales o de inversiones.

4. Finalmente, bajo un Tribunal de Inversiones, se piensa que los gobiernos participarán en el nombramiento de los miembros del Tribunal, pero, según el proyecto, las partes de una disputa específica no tendrán derecho alguno de elegir a los jueces que considerarán su caso específico. Este es un cambio muy importante y que merece mucha consideración. Bajo los sistemas de CIADI o CNMUDI, cada parte tiene el derecho de nombrar a un árbitro del tribunal. Ese árbitro es generalmente un profesional de confianza de la parte que lo nombra, y usualmente tiene bastante experiencia en la utilización de las reglas de procedimiento de arbitraje y conocimiento suficiente sobre la industria o servicio a que se refiere el caso específico. Se entiende que tanto los árbitros nombrados por las partes como el presidente del tribunal se obligan a juzgar con imparcialidad y con completa independencia de las partes, una obligación que, en mi experiencia, se toma muy en serio. Pero aun considerando estas obligaciones, la parte, cuando nombra a un árbitro, puede tener la confianza de que “su” arbitro (1) es capaz de entender muy bien la naturaleza del caso, y (2) que tomará la responsabilidad de asegurar, si encuentra puntos válidos o argumentos importantes en la presentación de la parte que lo nombró, que esos puntos serán considerados y entendidos por los otros miembros del Tribunal. Tal actuación del árbitro no garantiza absolutamente nada en cuanto a lo que vaya a decidir finalmente en el laudo, pero constituye un elemento relevante para la parte que lo nombró. Y, por supuesto, los dos árbitros nombrados por las partes son quienes seleccionan el presidente del Tribunal, otro derecho significativo que desaparece con el propuesto Tribunal de Inversiones.

Creo que, sin entrar más en los detalles, el sistema de arbitraje de inversiones existente tiene importantes ventajas sobre el propuesto Tribunal. Entiendo que la Unión Europea representa una zona económica fuerte en el mundo y que en negociaciones con un solo país pueda ejercer presión considerable. Pero para enfrentar a esta situación, probablemente sería beneficioso que los gobiernos de América Latina se anclen consulten con anticipación para intentar presentar un frente unido. Una decisión tan importante como cambiar el régimen de solución de controversias existente exige considerar cuidadosamente los argumentos mencionados y mirar con un escepticismo saludable al proyecto de reemplazarlo con un tribunal nuevo que, en mi opinión, tiene pocas ventajas y bastantes riesgos.

Notas

[1] Ex socio de Porter Wright Morris & Arthur desde 1982; ex Consejero en el Servicio Exterior de Asuntos Superiores de los EE.UU y abogado principal de diversos programas de USAID.

[2] Un conciso resumen de los argumentos erróneos y las respuestas de un organismo profesional de alta categoría, puede verse en un documento de la International Bar Association, “Investor -State Dispute Settlement: the importance of an informed, fact-based debate”, publicado el 20 de abril 2015, accesible en www.ibanet.org/Article/Detailed.aspx?ArticleId=1dfff628-4e074-40ea-bf0c-f19949340b2f.

