

LA NECESIDAD DE CREAR UN ÓRGANO DE APELACIÓN PARA ARBITRAJES INVERSIONISTA-ESTADO EN CIADI

*Luis Armando López Linaldi**

Resumen: Hoy en día, cuando se piensa en la creación de un Órgano de Apelación para arbitrajes Inversionista-Estado, es imposible no pensar inmediatamente en el Órgano de Apelación de la Organización Mundial del Comercio, debido al gran éxito que ha tenido en generar una línea coherente y consistente de jurisprudencia sobre los Acuerdos de la Organización Mundial del Comercio. Por esta razón, la introducción de un Órgano de Apelación dentro del marco del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados también podría ayudar a desarrollar una línea de precedentes de laudos arbitrales de una forma más coherente y consistente así como también ayudaría a reducir las costas del sistema de solución de diferencias al hacerlo más eficiente.

Palabras Clave: CIADI, Órgano de Apelación, OMC, inversión extranjera, arbitraje, solución de diferencias.

Abstract: Today, when you think about the creation of an Appellate Body to investor-state arbitrations, it is impossible not to think immediately of the Appellate Body of the World Trade Organization, mainly because of the great success it has had in generating a coherent and consistent line of jurisprudence within WTO law. For this reason, the introduction of an Appellate Body within the framework of the International Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States could also help develop a line of precedents of awards in a more coherent and consistent manner, and at the same time, also assist in the reduction of the costs of the dispute settlement system to make it more efficient.

Keywords: ICSID, Appellate Body, WTO, foreign investment, arbitration, dispute settlement.

I. Introducción

Hoy en día, cuando se piensa en la creación de un Órgano de Apelación para arbitrajes Inversionista-Estado, es imposible no pensar inmediatamente en el Órgano de Apelación de la Organización Mundial del Comercio (en adelante “Órgano de Apelación”), debido al gran éxito que ha tenido en generar una línea coherente y consistente de jurisprudencia sobre los Acuerdos de la Organización Mundial del Comercio (en adelante “OMC”). Por esta razón, la introducción de un Órgano de Apelación dentro del marco del *Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados* (en adelante “Convenio CIADI”)¹ también podría ayudar a desarrollar una línea de

* Luis Armando López Linaldi es Asociado de la firma Solórzano, Carvajal, González y Pérez-Correa, S.C. (SOLCARGO), donde asesora, entre otras, en materia Sanitaria, Administrativa, Aduanera, Comercio Internacional, Derecho Internacional de Inversión, Arbitraje Internacional, Corporativa de Propiedad Intelectual y Protección de

precedentes de laudos arbitrales de una forma más coherente y consistente así como también ayudaría a reducir las costas del sistema de solución de diferencias al hacerlo más eficiente.

El presente documento se centrará principalmente en el procedimiento arbitral bajo el Convenio CIADI, ya que el *Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones* (en adelante “CIADI”) cuenta con el mayor número de arbitrajes Inversionista-Estado² administrados. Consecuentemente, en el presente documento se analizará que los procedimientos post-laudo que las partes en un procedimiento tienen a su alcance bajo el Convenio CIADI son deficientes, esto desde la perspectiva del enorme incremento que en costas le pueden generar al procedimiento arbitral. También se analizará que dichos recursos post-laudo no pueden prevenir el desarrollo inconsistente de los precedentes de laudos generados por los tribunales arbitrales. Por consiguiente, se analizará que los dos problemas antes mencionados se pueden resolver con la creación de una nueva institución bajo el Convenio CIADI: el Órgano de Apelación del CIADI. De igual manera, se utilizará como ejemplo al Órgano de Apelación y las experiencias adquiridas desde su creación para incorporar en el Órgano de Apelación del CIADI aquellos aspectos que han demostrado ser de utilidad para hacer más eficiente a un sistema internacional de solución de diferencias así como aquellos que en la práctica han demostrado que requieren ciertos ajustes para que el procedimiento funcione de manera más eficaz.

En este sentido, la segunda parte analiza los orígenes del Órgano de Apelación de la OMC así como el éxito que ha logrado alcanzar a lo largo de su existencia, sobre todo, en el desarrollo de una línea coherente y consistente de jurisprudencia. La tercera parte examina las deficiencias de la etapa post-laudo contenidas en el Convenio CIADI (desde la perspectiva del incremento que dicha etapa puede generar en las costas del procedimiento arbitral) y las ventajas que ofrecería la introducción de un Órgano de Apelación del CIADI. La cuarta parte analiza la razón por la cual el sistema CIADI no puede prevenir o evitar la falta de coherencia y consistencia en los laudos generados por los Tribunales arbitrales tomando ejemplos de casos en donde se han dado decisiones contradictorias; también en la misma cuarta parte se analiza la doctrina de precedente o *stare decisis* en sistemas internacionales de solución de diferencias, incluyendo arbitrajes Inversionista-Estado, así como también la problemática a la que se enfrentaría el Órgano de Apelación del CIADI al tener que interpretar un universo muy extenso de Acuerdos de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones. La quinta parte analiza la creación del Órgano de Apelación del CIADI sin la necesidad de tener que modificar el Convenio CIADI. La sexta parte establece las características con las que debería contar el Mecanismo de Apelación del CIADI. La

Datos Personales. Maestro en Derecho (*LL.M.*) en Solución de Diferencias Internacionales por parte de la Facultad de Derecho de la Universidad de Ginebra, Suiza; Maestro en Derecho (*LL.M.*) en Negocios Internacionales y Derecho Económico Internacional por parte de la Facultad de Derecho de la Universidad de Georgetown en Washington, D.C.; Fellow del Instituto de Derecho Económico Internacional de la Facultad de Derecho de la Universidad de Georgetown; Licenciado en Derecho por la Universidad de las Américas Puebla.

¹ *Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados*, Marzo 18, 1965.

² United Nations Conference on Trade and Development, “*Latest Developments in Investor-State Dispute Settlement*”, IIA Issues Note No. 1 (March 2011), UNCTAD/WEB/DIAE/IA/2011/3. Asimismo, al 30 de Junio de 2012, CIADI había administrado 390 casos tanto bajo el Convenio CIADI así como bajo el Reglamento de Mecanismo Complementario, de los cuales 351 fueron bajo el Convenio CIADI y 39 bajo el Reglamento. Fuente: <https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=ICSIDDocRH&actionVal=ShowDocument&CaseLo adStatistics=True&language=Spanish32>

séptima parte analiza el impacto que podría tener el Órgano de Apelación en CIADI a en México y, finalmente, la última parte contiene las conclusiones.

II. El Órgano de Apelación de la OMC ha Desarrollado Exitosamente el Derecho de la OMC

En el presente capítulo se analizan los orígenes del Órgano de Apelación de la OMC y el éxito que ha logrado con el paso del tiempo al posicionarse como una “autoridad”, para efectos interpretativos de los Acuerdos de la OMC, dentro del mecanismo de solución de diferencias de dicha Organización.

Antes de la creación de la Organización Mundial del Comercio, un informe de un Panel o Grupo Especial pasaba a ser jurídicamente vinculante únicamente después de haber sido adoptado mediante "consenso" por parte de todos los Estados contratantes del GATT. Esto significaba que cualquiera de las partes –incluyendo a la parte perdedora en el procedimiento– tenía la posibilidad de bloquear la adopción del informe del Grupo Especial.³ Con el objeto de eliminar este grave problema, durante la Ronda Uruguay⁴ de negociaciones se presentó una propuesta para cambiar el "consenso" por un "consenso inverso". Bajo esta nueva norma, un informe del Grupo Especial se adoptaría a menos que existiera "consenso" para no adoptarlo, lo que transformaba el proceso de adopción en una adopción *cuasi-automática* del informe del Grupo Especial. No obstante, algunos países temían que informes de Grupos Especiales “malos” o que estuvieran "equivocados" fueran adoptados automáticamente.⁵ Como consecuencia, se propuso la creación de un Órgano de Apelación permanente a manera de intercambio en las concesiones mutuas durante las negociaciones. La propuesta fue aceptada y el Órgano de Apelación se introdujo en el Entendimiento sobre Solución de Diferencias (en adelante “ESD”).⁶

El ESD establece que el Órgano Permanente de Apelación conocerá de los recursos de apelación interpuestos en contra de las decisiones de los Grupos Especiales.⁷ Las apelaciones se limitan únicamente a cuestiones de derecho tratadas en el informe del Grupo Especial y a las interpretaciones jurídicas formuladas por dicho Grupo.⁸ Asimismo, el Órgano de Apelación podrá confirmar, modificar o revocar las constataciones y conclusiones jurídicas del Grupo Especial.⁹

La introducción del Órgano de Apelación trajo consigo la creación de un nuevo sistema de solución de diferencias de “dos niveles”, donde el Órgano de Apelación tiene la última palabra en todas las cuestiones de derecho. Aunque inicialmente fue concebido únicamente

³ John H. Jackson *et. al*, *Legal Problems of International Economic Relations*, Quinta Edición, American Casebook Series, Thomson West, 2008, página 273.

⁴ La Ronda Uruguay de negociaciones fue la última ronda de negociaciones que se efectuó dentro del marco del GATT y la cual dio lugar a la creación de la Organización Mundial del Comercio. La Ronda Uruguay se efectuó de 1986 a 1994.

⁵ Peter Van den Bossche, *The WTO Appellate Body and its rise to Prominence in the World Trading System*, Maastricht Faculty of Law Working Paper 2005/1, página 6.; Peter Van den Bossche, *The Making of the World Trade Court*, en Bruce Wilson, *Key Issues in WTO Dispute Settlement, The First Ten Years*, editado por Rufus Yerxa y Cambridge University Press, 2005, página 65.

⁶ *Entendimiento Relativo a las Normas y Procedimientos por los que se Rige la Solución de Diferencias*; negociado durante la Ronda Uruguay de negociaciones.

⁷ ESD, Artículo 17.1.

⁸ *Idem*, Artículo 17.6.

⁹ *Idem*, Artículo 17.13.

para conocer de informes de Grupos Especiales “malos” o que estuvieran "equivocados", el Órgano de Apelación se ha mantenido extremadamente activo desde su creación.¹⁰ En consecuencia, el Órgano de Apelación ha sido capaz de ir desarrollando consistentemente la jurisprudencia del Órgano de Solución de Diferencias de la OMC al interpretar las disposiciones de los acuerdos de la OMC de una manera coherente y consistente.

Por esta razón, no sólo se ha convertido en una práctica común por parte de los miembros de la OMC el citar informes del Órgano de Apelación en las comunicaciones escritas que entregan a los Grupos Especiales en los procedimientos de solución de diferencias, sino que el Órgano de Apelación también espera que los Grupos Especiales tomen en cuenta los informes adoptados del Órgano de Apelación para formular su propio razonamiento, cuando dichos informes sean pertinentes para una diferencia puesto que crean expectativas legítimas en los Miembros de la OMC.¹¹

Por lo anterior, de la misma forma en la que el Órgano de Apelación ha logrado posicionarse con el paso del tiempo en una “autoridad” interpretativa de los Acuerdos de la OMC, desarrollando a su vez la jurisprudencia del Órgano de Solución de Diferencia de la OMC de una manera coherente y consistente, la introducción de un Órgano de Apelación del CIADI podría seguir esa misma línea con el objeto de llegar a alcanzar lo mismo, aunque, es importante mencionar que la tarea de un Órgano de Apelación del CIADI sería más ardua en virtud de que tendría que interpretar un universo muy extenso de Tratados Internacionales en Materia de Inversión y de Acuerdos de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones los cuales, aunque contienen disposiciones similares, deben ser interpretados de manera individual siguiendo las reglas de interpretación establecidas en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Sin embargo, el Órgano de Apelación del CIADI podría establecer una regla general respecto de la interpretación de aquellas disposiciones que sean iguales.

Incluso, la introducción de un Órgano de Apelación del CIADI fue puesta sobre la mesa por parte del Secretariado del CIADI en 2004 a través de un documento en el que se buscaba incrementar la eficiencia del proceso de solución de diferencias de diversas maneras.¹² En dicho documento se analizó, entre otras cosas, incrementar la transparencia del procedimiento arbitral bajo el Convenio CIADI así como mejorar la consistencia de las decisiones a través de la creación de un mecanismo de apelación. Sin embargo, esta opción fue abandonada un año más tarde cuando el Secretariado de CIADI publicó otro documento¹³ en donde le daba seguimiento a la posibilidad de mejorar la eficiencia y transparencia del procedimiento pero se dejó de lado la creación del Órgano de Apelación

¹⁰ Hasta el 5 de Octubre de 2011, el número total de informes del Órgano de Apelación adoptados por el Órgano de Solución de Diferencias es 105. Link: http://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/stats_s.htm. A pesar de que el Órgano de Apelación es más “joven” que el Convenio CIADI (y por lo tanto más joven que el Procedimiento de Anulación de CIADI), los informes del Órgano de Apelación de la OMC superan el número de procedimientos de anulación bajo el Convenio CIADI (49 solicitudes en total, 1971-2011), sin embargo, 40 de esas solicitudes fueron registradas en el CIADI en el periodo 2001-2011. Fuente: <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&reqFrom=Main&actionVal=ViewAllCases>

¹¹ Reporte del Órgano de Apelación, *Japón – Impuestos Sobre las Bebidas Alcohólicas*, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R, adoptado el 1 Noviembre de 1996, página 14; Reporte del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Prohibición de Importar Ciertos Camarones y sus Productos* – Recurso de Malasia al Párrafo 5 del Artículo 21 del ESD, WT/DS58/AB/RW, adoptado el 21 de Noviembre de 2001, párrafos 108-109.

¹² *Possible Improvements of the Framework for ICSID Arbitration*, ICSID Secretariat Discussion Paper, 22 de Octubre de 2004.

¹³ *Suggested Changes to the ICSID Rules and Regulations*, ICSID Secretariat Discussion Paper, 12 de Mayo de 2005.

al señalar que era prematuro tratar de establecer dicho mecanismo bajo CIADI en aquél momento, particularmente en vista de la dificultad técnica así como las cuestiones políticas que implicaba dicha creación.¹⁴

No obstante lo anterior y como se podrá apreciar en las siguientes secciones de este trabajo, la creación de un Órgano de Apelación no sólo serviría para poder “armonizar” el Derecho Internacional de Inversión si dentro de las facultades de dicho Órgano se establece que pueda conocer de laudos emitidos tanto bajo el Convenio CIADI como bajo otros sistemas –e.g. UNCITRAL–, sino que, además, su creación se puede dar sin la necesidad de tener que sortear uno de los obstáculos más difíciles: modificar el Convenio CIADI.

III. Un Mecanismo de Apelación en CIADI Reduciría las Costas en los Procedimientos Post-Laudos del Convenio CIADI

En esta sección se analizará lo siguiente: 1) los procedimientos post-laudo contemplados en el Convenio CIADI, y 2) la manera en que la introducción de un Órgano de Apelación reduciría las costas en los procedimientos post-laudo, lo cual se conseguiría en virtud de que dicho Órgano tendría la facultad de revisar las cuestiones de derecho del laudo, lo que evitaría, por ejemplo, que se tuviera que relitigar el asunto en caso de que el laudo fuera anulado, es decir, tendría la última palabra en el procedimiento.

1. *Procedimientos Post-Laudos Contemplados en el Convenio CIADI*

Los procedimientos post-laudo contenidos en el Convenio CIADI son los siguientes: *suplementación y rectificación*¹⁵, *aclaración*¹⁶, *revisión*¹⁷ y *anulación*.¹⁸ Todos estos procedimientos son sometidos ante el mismo tribunal arbitral que emitió el laudo¹⁹ a excepción del procedimiento de *anulación*, el cual es sometido y substanciado ante un tribunal diferente, el cual será constituido ex profeso para conocer del asunto y se le conoce como “Comisión *ad-hoc*” o “Comité *ad hoc*”.

Los procedimientos post-laudo antes mencionados tienen una característica notable: desde la perspectiva de las costas del procedimiento arbitral son deficientes, en virtud de que pueden retrasar considerablemente la resolución del conflicto de dos maneras:

1. Puesto que los procedimientos post-laudo no son mutuamente excluyentes, dos o más procedimientos pueden ser promovidos por las partes; y
2. Crean un sistema de “dos niveles” de solución de diferencias en donde no es posible que en el segundo nivel –i.e. Procedimiento de Anulación– se pueda efectuar una revisión substantiva del laudo, es decir, que se puedan revisar cuestiones de derecho e interpretaciones jurídicas desarrolladas por los tribunales arbitrales, por lo que la posibilidad de litigar nuevamente la controversia se encuentra latente.

¹⁴ *Idem*, página 4.

¹⁵ *Convenio CIADI*, Artículo 49(2).

¹⁶ *Idem*, Artículo 50.

¹⁷ *Idem*, Artículo 51.

¹⁸ *Idem*, Artículo 52.

¹⁹ En relación a los procedimientos de *Aclaración* y de *Revisión* del laudo, si éstos no pudieran ser sometidos al mismo Tribunal que emitió el laudo entonces se constituirá un nuevo Tribunal.

A. Suplementación y Rectificación

En cuanto al procedimiento de *Suplementación y Rectificación* del laudo, éste no consiste en apelar o revisar el fondo de la decisión, tal y como lo señalara claramente el Comité *ad hoc* en el procedimiento de *suplementación y rectificación* del caso *Vivendi*²⁰:

“... es importante declarar que ese procedimiento y cualquier decisión de suplementación o rectificación que pueda resultar, de ninguna manera consiste en un medio de apelación o de otra manera para revisar el fondo de la decisión por medio de la suplementación o rectificación. Esos tipos de procedimientos sencillamente no se contemplan en el sistema del CIADI. Aún menos puede, una solicitud de suplementación o rectificación de una decisión sobre anulación, ser utilizada como vehículo por el cual se examine la exactitud, no de la decisión del comité ad hoc, sino del laudo arbitral en cuestión.”²¹

En virtud de lo anterior, dicho procedimiento se limita a decidir única y exclusivamente cualquier cuestión que el tribunal o Comité *ad hoc* hubiere omitido decidir en el laudo o para rectificar los errores materiales, aritméticos o similares del mismo.²²

B. Interpretación

El procedimiento de *Interpretación* del laudo está enfocado únicamente en obtener una aclaración sobre el sentido o el alcance de un laudo. Por consiguiente, este procedimiento no puede ser invocado para obtener una respuesta o resolución con respecto a los puntos no resueltos con fuerza vinculante en el laudo²³ ni tampoco se trata de una revisión del laudo, el cual constituye *res judicata*.²⁴

C. Revisión

La *Revisión* del laudo se puede solicitar cuando se descubra algún hecho que hubiera podido influir decisivamente en el laudo, siempre y cuando este hecho haya sido desconocido tanto para el tribunal como para el solicitante cuando se dictó el laudo. Al igual que los procedimientos post-laudo anteriormente señalados, la *Revisión* no se trata de un recurso de apelación y está sujeta al requisito de que la ignorancia del hecho desconocido no se debió a la negligencia de la parte que solicita la *Revisión*.²⁵

D. Anulación

Tal y como se señaló con anterioridad, el procedimiento de *Anulación* es sometido y substanciado ante un tribunal diferente, el cual es constituido única y exclusivamente para

²⁰ *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal (antes Compagnie Générale Des Eaux) v. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB97/3.

²¹ *Vivendi, Supra*, Nota 15, Decisión del Comité *Ad Hoc* Relativa a la Solicitud de Suplementación y Rectificación de la Decisión sobre la Anulación del Laudo del 28 de Mayo de 2003, párrafo 11.

²² *Convenio CIADI*, Artículo 49(2).

²³ *Wena Hotels Limited v. Arab Republic of Egypt*, Caso CIADI No. ARB/98/4, Decisión sobre la Aplicación para la Interpretación del Laudo, del 31 de Octubre de 2005, párrafo 104.

²⁴ Aron Broches, “*Selected Essays: World Bank, ICSID, and Other Subjects of Public and Private International Law*”. Martinus Nijhoff Publishers, 1995, página 296.

²⁵ *Victor Pey Casado y Fundación Presidente Allende v. La República de Chile*, Caso CIADI No. ARB/98/2, Decisión en el Procedimiento de Revisión del 18 de Noviembre de 2009, párrafos 14-16.

conocer del asunto y al cual se le conoce como “Comisión *ad-hoc*” o “Comité *ad hoc*”. La *Anulación* es el recurso legal post-laudo más poderoso que contiene el Convenio CIADI y esto es debido a que el Comité *ad hoc* tiene la autoridad y el poder para anular el laudo²⁶ emitido por el tribunal arbitral, ya sea en su totalidad o parcialmente,²⁷ por lo que el Convenio CIADI crea un sistema de “dos niveles” de solución de diferencias. Sin embargo, la *Anulación* es diferente a la apelación²⁸ puesto que un Comité *ad hoc* no puede revisar cuestiones de derecho, por lo tanto, la *Anulación* tiene como resultado la destrucción legal de la decisión original sin reemplazarla.²⁹

Asimismo, si el laudo es anulado (ya sea parcial o totalmente) la controversia puede ser sometida de nueva cuenta a un nuevo tribunal arbitral,³⁰ y el proceso arbitral comenzaría de nuevo en su totalidad. Esto quiere decir que si se inicia nuevamente todo el procedimiento entonces surge nuevamente la posibilidad de interponer cualquiera de los procedimientos post-laudo antes señalados, incluyendo el procedimiento de anulación del laudo que emita el nuevo tribunal, lo cual traería como consecuencia que las costas del procedimiento se incrementarían considerablemente.³¹

E. Ventajas de Introducir un Mecanismo de Apelación

Las principales ventajas que ofrece la introducción de un Mecanismo de Apelación en CIADI son las siguientes: 1) reducción en las costas de los procedimientos post-laudo; y 2) desarrollo de una línea coherente y consistente de laudos arbitrales. Ambos objetivos serían alcanzados si al establecerse un Mecanismo de Apelación en donde al Órgano de Apelación del CIADI se le otorga la facultad de revisar cuestiones de derecho e interpretaciones jurídicas formuladas por el tribunal arbitral, éste podría modificar o sustituir el laudo con su propia decisión sobre el fondo del asunto, teniendo como consecuencia que la palabra de dicho Órgano de Apelación del CIADI sea la última palabra en todas las cuestiones de derecho.

Asimismo, y tomando como base la experiencia del Órgano de Apelación de la OMC, se puede facultar también al Órgano de Apelación del CIADI a “completar el análisis”

²⁶ Las causales de anulación del laudo en términos de lo dispuesto por el Artículo 52 del Convenio CIADI son las siguientes: que el Tribunal se hubiere constituido incorrectamente; que el Tribunal se hubiere extralimitado manifiestamente en sus facultades; que hubiere habido corrupción de algún miembro del Tribunal; que hubiere quebrantamiento grave de una norma de procedimiento; o que no se hubieren expresado en el laudo los motivos en que se funde.

²⁷ *Convenio CIADI*, Artículo 52(3).

²⁸ *Klöckner Industrie-Anlagen GmbH and others v. United Republic of Cameroon and Société Camerounaise des Engrais*, Caso CIADI No. ARB/81/2, Decisión sobre la Solicitud de Anulación del Laudo del 3 de Mayo de 1985; *Amco Asia Corporation and others v. Republic of Indonesia*, Caso CIADI No. ARB/81/1, Decisión Anulando el Laudo de 16 de Mayo de 1986; *Maritime International Nominees Establishment v. Republic of Guinea*, Decisión Anulando Parcialmente el Laudo del 22 de Diciembre de 1989; *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal v. La República Argentina*, Decisión sobre la Anulación del 3 de Julio de 2002.

²⁹ Christoph Schreuer, *ICSID Annulment Revisited*, Legal Issues of Economic Integration, Vol. 30 (2), Kluwer Law International, 2003, página 104.

³⁰ *Convenio CIADI*, Artículo 52(6).

³¹ Los casos que se mencionarán a continuación tuvieron que ser litigados de nueva cuenta porque el laudo fue anulado, y el tiempo promedio que tomó en llegar a la resolución de la controversia fue de 8 años: *Amco Asia Corporation and others v. Republic of Indonesia*, Caso CIADI No. ARB/81/1; *Klöckner Industrie-Anlagen GmbH and others v. United Republic of Cameroon and Société Camerounaise des Engrais*, Caso CIADI No. ARB/81/2; *Maritime International Nominees Establishment v. Republic of Guinea*, Caso CIADI No. ARB/84/4; *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal S.A. v. La República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/97/3.

cuando existan situaciones en las cuales la interpretación jurídica del tribunal arbitral lo hubiera llevado a no examinar y resolver un asunto específico en el procedimiento. Esto quiere decir que en caso que el Órgano de Apelación del CIADI revoque la interpretación del tribunal arbitral dicho órgano examine y decida aquellas cuestiones que el tribunal arbitral no haya examinado en virtud de la interpretación que llevó a cabo.³²

En los dos escenarios antes descritos, el litigio por segunda ocasión de un mismo asunto se estaría evitando porque el Órgano de Apelación del CIADI tendría la última palabra.

Del mismo modo, la introducción de un Mecanismo de Apelación en CIADI no quebrantaría la “finalidad” del laudo, ya que no estaría destinado a atacar la finalidad del laudo como tal, sino únicamente la finalidad del laudo del primer nivel de decisión en el procedimiento, es decir, el laudo emitido por el tribunal arbitral. De hecho, esta situación ya se presenta bajo la estructura actual del sistema de arbitraje del CIADI, donde la finalidad del laudo puede ser atacada en el procedimiento de *Anulación*, el cual puede tener como resultado la destrucción de la decisión original.

Por último, como ya se explicó anteriormente, un Mecanismo de Apelación en CIADI no crearía una nueva estructura de “dos niveles” de decisión. El *status quo* del procedimiento arbitral del CIADI indica que ya es un sistema que cuenta con dos niveles de decisión, en donde el procedimiento ante el tribunal arbitral es el primer nivel y el procedimiento de *Anulación* ante el Comité *ad hoc* es el segundo nivel. En pocas palabras, sólo habrá un cambio en el ámbito de aplicación y alcance de la revisión del laudo que se efectúe en el segundo nivel.

IV. Un Mecanismo de Apelación en CIADI Desarrollaría una Línea Coherente y Consistente de Laudos Arbitrales

“Consistencia” se refiere a entregar decisiones coherentes y evitar resultados contradictorios que minen la credibilidad del sistema de Arbitraje de inversión en general y ponga en riesgo el desarrollo del derecho internacional de inversión,³³ por lo que es necesario encontrar la manera de alcanzar un sistema en el que los Tribunales en los Arbitrajes Inversionista-Estado emitan sus laudos arbitrales de manera coherente y consistente.

Si bien es cierto que han existido diversas propuestas para que la línea de jurisprudencia desarrollada en Arbitrajes Inversionista-Estado sea coherente y consistente, tales como la consolidación y decisiones preliminares,³⁴ la opción que más polémica ha generado es la de crear un sistema de apelaciones que ataque de manera directa este problema.

³² El Órgano de Apelación de la OMC usó por primera ocasión la expresión “completar el análisis” en el caso *Canadá – Publicaciones*. En dicho caso, los Estados Unidos impugnaron una medida Canadiense alegando que era incompatible bajo las dos oraciones del Artículo III:2 del GATT 1994. El Grupo Especial encontró que la medida era violatoria de la primera oración del Artículo III:2 y decidió no analizar y resolver la reclamación de violación de la segunda oración de dicho Artículo. En la Apelación, el Órgano de Apelación OMC revocó la constatación del Grupo Especial bajo la primera oración del Artículo III:2 y procedió a “completar el análisis” llevando a cabo su propia examinación de la reclamación hecha por los Estados Unidos bajo la segunda oración del Artículo III:2. El Órgano de Apelación OMC señaló también que “se encontró en una situación análoga en el asunto *Estados Unidos – Gasolina*” y también había completado el análisis en ese caso. Informe del Órgano de Apelación, *Canadá – Determinadas Medidas que Afectan a las Publicaciones*, WT/DS31/AB/R, Adoptado el 30 de Julio de 1997, párrafos. 77-78.

³³ Gabrielle Kaufmann-Kohler, *In Search of Transparency and Consistency: ICSID Reform Proposal*, Transnational Dispute Management, Volumen 2, Edición 5, Noviembre 2005, página 1.

³⁴ *Idem*, pp. 7 y 8.

A diferencia del Sistema de Solución de Diferencias de la OMC (en adelante “OMC SSD”) por ejemplo, en donde el Órgano de Apelación de la OMC ha logrado desarrollar una línea coherente y consistente de jurisprudencia, actualmente nada en el Convenio CIADI impide la inconsistencia en el desarrollo coherente de los laudos arbitrales emitidos por los Tribunales de los arbitrajes Inversionista-Estado que se dan bajo el Convenio CIADI. Esto se debe principalmente a dos factores específicos:

1. Los Comités *ad hoc* tienen una esfera de acción muy limitada y no pueden revisar las interpretaciones jurídicas formuladas por los tribunales arbitrales; y A diferencia del Órgano de Apelación de la OMC por ejemplo, en donde hay siete personas designadas para conocer de las
2. Apelaciones a los reportes de los Grupos Especiales, los Comités *ad hoc* se componen de diferentes personas en todos los casos, por lo que no se puede garantizar al nivel de Comité *ad hoc* que haya continuidad y previsibilidad en las designaciones de los miembros de los Comités.

A continuación se analizarán varios ejemplos existentes de decisiones en ambos niveles –i.e. al nivel del tribunal arbitral y al nivel de Comité *ad hoc*– que examinan la misma norma jurídica y que son contradictorias.

1. *Cláusula Paraguas*

Respecto a la interpretación de la "cláusula paraguas" o "*umbrella clause*", en el caso *SGS v. Pakistán*,³⁵ el Tribunal arbitral interpretó la "cláusula paraguas", contenida en el Acuerdo de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (en adelante “APPRI”) entre Suiza y Pakistán, como una cláusula que no pretende afirmar que el incumplimiento de una obligación meramente contractual es automáticamente elevada al nivel de una violación del Derecho Internacional Convencional.³⁶ Por el contrario, en el caso *SGS v. Filipinas*,³⁷ la interpretación del Tribunal arbitral de la "cláusula paraguas" contenida en el APPRI entre Suiza y Filipinas, lo llevó a concluir que dicha cláusula en el APPRI abarcaba todos los compromisos u obligaciones derivados de los contratos celebrados por el Estado receptor de la inversión.³⁸

2. *Nación más Favorecida*

Con relación a la interpretación del principio de Nación Más Favorecida (en adelante “NMF”), en el caso *Maffezini v. España*,³⁹ el Tribunal arbitral interpretó de una manera expansiva la cláusula de NMF del APPRI entre Argentina y España con el fin de alcanzar las disposiciones que, en materia de solución de diferencias, se encontraban contenidas en el APPRI entre Chile y España.⁴⁰ Al efecto, el Tribunal señaló lo siguiente:

³⁵ *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Islamic Republic of Pakistan*, Caso CIADI No. ARB/01/13, Decisión sobre Jurisdicción del 6 de Agosto de 2003.

³⁶ *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Islamic Republic of Pakistan*, *Supra*, Nota 29, párrafo 166.

³⁷ *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Republic of the Philippines*, Caso CIADI No. ARB/02/06, Decisión sobre Jurisdicción del 29 de Enero de 2004.

³⁸ *Idem*, párrafo 127.

³⁹ *Emilio Agustín Maffezini v. El Reino de España*, Caso CIADI No. ARB/97/7, Decisión del Tribunal sobre Excepciones a la Jurisdicción, del 25 de Enero de 2000.

⁴⁰ *Idem*, párrafo 56. El APPRI entre Chile y España no contenía ninguna condición previa para poder someter la diferencia a arbitraje internacional mientras que el APPRI entre Argentina y España estipulaba que las Cortes

“... si un tratado con un tercero contiene disposiciones para la solución de controversias que sean más favorables para la protección de los derechos e intereses del inversor que aquellos del tratado básico, tales disposiciones pueden extenderse al beneficiario de la cláusula de la nación más favorecida pues son plenamente compatibles con el principio ejusdem generis. Naturalmente que el tratado con el tercero tiene que referirse a la misma materia del tratado básico, sea ésta la protección de inversiones extranjeras o la promoción del comercio, puesto que las disposiciones sobre solución de controversias se aplicarán en el contexto de estas materias...”

Por el contrario, en el caso *Plama v. Bulgaria*⁴¹ el tribunal rechazó el argumento del inversionista en el sentido de importar las disposiciones de solución de controversias que se encontraban contenidas en el APPRI entre Bulgaria y Finlandia al amparo de la disposición de NMF que contenía el APPRI entre Chipre y Bulgaria. Al efecto, el Tribunal señaló que no es posible sustituir un procedimiento –i.e. procedimiento de solución de diferencias– que fue negociado específicamente por las partes con un mecanismo completamente diferente.⁴²

3. *Estado de Necesidad*

También se han emitido laudos arbitrales que contienen interpretaciones contradictorias respecto de la misma disposición contenida en el mismo tratado. En este sentido, encontramos las decisiones contradictorias que se han dado respecto del “Estado de Necesidad” invocado por el Gobierno Argentino para justificar ciertas medidas como consecuencia de la crisis Argentina de finales de la década de los noventa y principios del siglo XXI, fundamentadas en el Artículo XI del APPRI entre Argentina y los Estados Unidos de Norteamérica de 1991.⁴³ Al efecto, en el caso *CMS v. Argentina*,⁴⁴ el Gobierno Argentino invocó en defensa de la medida reclamada por *CMS*⁴⁵ la situación de emergencia nacional provocada por la crisis económica y social como fundamento para eximirse de la responsabilidad prevista en el derecho internacional y en el APPRI.⁴⁶ Para ello, el Gobierno Argentino, además del Artículo XI del APPRI, fundó sus argumentos en lo dispuesto por el Artículo 25 de los Artículos sobre la Responsabilidad del Estado de la Comisión de Derecho Internacional⁴⁷ señalando que el *Estado Argentino no sólo enfrentaba un peligro grave e inminente que afectaba un interés esencial, sino que no había contribuido de un modo sustantivo a crear el estado de necesidad*.⁴⁸ El Tribunal, después de interpretar la

Nacionales tendrían la oportunidad de conocer de la diferencia por un periodo de dieciocho meses antes de que la diferencia pudiera ser sometida a arbitraje internacional.

⁴¹ *Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria*, Caso CIADI No. ARB/03/24, Decisión sobre Jurisdicción del 8 de Febrero de 2005.

⁴² *Idem*, párrafo 209.

⁴³ El Artículo XI del Tratado entre la República Argentina y los Estados Unidos de América sobre la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones del 14 de Noviembre de 1991, dispone lo siguiente:

“El presente Tratado no impedirá la aplicación por cualquiera de las Partes de las medidas necesarias para el mantenimiento del orden público, el cumplimiento de sus obligaciones para el mantenimiento o la restauración de la paz o seguridad internacionales, o la protección de sus propios intereses esenciales de seguridad.”

⁴⁴ *CMS Gas Transmission Company v. La República Argentina*, Caso CIADI ARB/01/8, Laudo del 12 de Mayo de 2005.

⁴⁵ La medida consistió en la suspensión de la aplicación de una fórmula de ajuste de tarifas de transporte de gas aplicable a una empresa en la que *CMS* mantenía una inversión.

⁴⁶ *Idem*, párrafo 99.

⁴⁷ International Law Commission, *Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*, Adoptado por la Comisión en su 53 sesión en 2001.

⁴⁸ *CMS v. Argentina*, *Supra*, Nota 44, párrafo 312.

cláusula de emergencia contenida en el Artículo XI del APPRI antes referido conjuntamente con la “necesidad” de acuerdo con el derecho internacional consuetudinario, decidió que las medidas adoptadas por Argentina no eran las únicas disponibles por lo que la invocación de la necesidad quedaba excluida.⁴⁹ Por otro lado, en el caso *LG&E v. Argentina*⁵⁰ el Tribunal consideró que se tenía que hacer un doble análisis para determinar la aplicabilidad del Artículo XI del APPRI, en donde en primer lugar se tenía que decidir si las condiciones vividas en Argentina al momento de la crisis justificaban que el Estado invocara la protección contenida en dicho artículo; en segundo lugar, el Tribunal tenía que determinar si las medidas tomadas por Argentina fueron realmente necesarias para mantener el orden público o proteger un interés esencial de seguridad, a pesar de haberse violado el Tratado.⁵¹ El tribunal hizo énfasis en que para realizar dicho doble análisis se aplicaría en primera instancia el APPRI y en segundo lugar el Derecho Internacional general o consuetudinario, en la medida en que fuera necesario.⁵² Al respecto, el Tribunal señaló lo siguiente:

“... el Artículo XI se refiere a situaciones en las cuales el Estado no tenga elección al actuar. Un Estado puede tener múltiples respuestas para mantener su orden público o proteger sus intereses esenciales de seguridad. En tal sentido, se acepta que el hecho de que la República Argentina haya suspendido el cálculo de las tarifas en dólares americanos y el ajuste de las tarifas de acuerdo al PPI, fue una manera legítima de proteger su sistema económico y social.”⁵³

Por lo anterior, el Tribunal en *LG&E v. Argentina* justificó las medidas adoptadas por el Gobierno Argentino por estar justificadas bajo el estado de necesidad.

4. Definición de Inversión

Las decisiones contradictorias también pueden encontrarse en el segundo nivel de decisión, es decir, al nivel de Comité *ad hoc* y en relación con la misma norma jurídica. En este sentido, la definición de inversión contenida en el Artículo 25(1)⁵⁴ del Convenio CIADI ha sido objeto de controversia. En el caso *Patrick Mitchell v. Congo*⁵⁵ el Comité *ad hoc* decidió que, como requisito jurisdiccional, la definición de “inversión” que figura en el artículo antes citado y desarrollada por la jurisprudencia del CIADI⁵⁶ prevalece sobre

⁴⁹ *Idem*, párrafo 324.

⁵⁰ *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., LG&E International Inc. v. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/02/1, Decisión sobre Responsabilidad del 3 de Octubre de 2006.

⁵¹ *Idem*, párrafo 205.

⁵² *Idem*, párrafo 206.

⁵³ *Idem*, párrafo 239.

⁵⁴ *Convenio CIADI, Artículo 25(1)*:

“La jurisdicción del Centro se extenderá a las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión entre un Estado Contratante (o cualquiera subdivisión política u organismo público de un Estado Contratante acreditados ante el Centro por dicho Estado) y el nacional de otro Estado Contratante y que las partes hayan consentido por escrito en someter al Centro. El consentimiento dado por las partes no podrá ser unilateralmente retirado.”

⁵⁵ *Mr. Patrick Mitchell v. The Democratic Republic of Congo*, Caso CIADI No. ARB/99/7, Decisión sobre la Solicitud de Anulación del Laudo del 1 de Noviembre de 2006.

⁵⁶ De acuerdo con el criterio del Comité *ad hoc*, la definición de inversión tal y como ha sido desarrollada por la jurisprudencia del CIADI contiene cuatro características, también conocidas como la prueba de “*Salini*”: un compromiso por parte del inversionista, duración, riesgo económico y contribución al desarrollo económico del país

cualquier otra definición.⁵⁷ En cambio, en el caso *Malaysian Historical Salvors v. Malaysia*⁵⁸ el Comité *ad hoc* determinó que el Convenio CIADI debe ser interpretado de conformidad con lo dispuesto en los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (en adelante “Convención de Viena”).⁵⁹ Por consiguiente, el razonamiento del Comité *ad hoc* fue que ni el sentido corriente del término inversión ni los trabajos preparatorios del Convenio CIADI apoyan la imposición de “límites exteriores” como requisitos jurisdiccionales.⁶⁰

Los ejemplos anteriores son sólo algunos de los muchos que existen y muestran que, debido a la falta de una jerarquía de un mecanismo de solución de diferencias bien definida que cuente con un segundo nivel de decisión en el que se pueda revisar el fondo del laudo, el sistema CIADI no puede desarrollar una línea coherente y consistente de laudos arbitrales. Por lo tanto, la creación de un mecanismo de apelación similar al mecanismo de apelación de la OMC, el cual cuenta con un segundo nivel de decisión que tiene la última palabra sobre todas las cuestiones de derecho, le daría previsibilidad y seguridad al sistema al desarrollar una línea coherente de laudos arbitrales, constituyendo una de las principales ventajas del establecimiento de dicho Órgano de Apelación del CIADI.⁶¹

5. *Stare Decisis*

En la solución de controversias internacionales, incluyendo arbitraje Inversionista-Estado, no existe una doctrina de precedente o *stare decisis*,⁶² la cual es una herramienta importante para alcanzar consistencia en la legislación nacional de países cuyo sistema es el “common law” o derecho consuetudinario. Esta tendencia se encuentra apoyada en lo establecido en el Artículo 59 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia el cual señala que una decisión de la Corte Internacional de Justicia no es obligatoria *sino para las partes en litigio y respecto del caso que ha sido decidido*. No obstante, y a pesar que no existe una doctrina de precedente o *stare decisis* en el procedimiento de la Corte Internacional de Justicia, ésta se apoya constantemente en decisiones previas, esto de conformidad con el Artículo 38(1)(d) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, el cual señala que las decisiones judiciales son medios auxiliares para la determinación de las reglas de derecho. En arbitrajes Inversionista-Estado bajo el Convenio CIADI, la ausencia de doctrina de

receptor de la inversión. *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Kingdom of Morocco*, Caso CIADI No. ARB/00/4, Decisión sobre Jurisdicción del 23 de Julio de 2001, en 42 ILM 609 (2003), párrafo 52.

⁵⁷ *Patrick Mitchell v. Congo*, *Supra*, Nota 55, párrafo 25.

⁵⁸ *Malaysian Historical Salvors SDN BHD v. The Government of Malaysia*, Caso CIADI No. ARB/05/10, Decisión sobre la Solicitud de Anulación del 16 de Abril de 2009.

⁵⁹ *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados*, del 23 de Mayo de 1969.

⁶⁰ *Malaysian Historical Salvors v. Malaysia*, *Supra*, Nota 58, párrafo 69. Los “límites exteriores” a los que hizo referencia el Comité *ad hoc* son los siguientes: regularidad de las ganancias y recuperación de la inversión, aportes a la inversión, duración, riesgo, contribución al desarrollo económico del Estado receptor de la inversión. Bajo este enfoque, la definición de inversión se deja al acuerdo entre las partes contratantes del Tratado o APPRI correspondiente, mientras que bajo el enfoque del Comité *ad hoc* en el caso *Patrick Mitchell*, aún y cuando la actividad que lleva a cabo por el inversionista extranjero en el Estado receptor de la inversión cae dentro de la definición de “inversión” contenida en el APPRI, todavía necesitaría cumplir con la definición del término “inversión” contenida en el Convenio CIADI para poder pasar el obstáculo jurisdiccional.

⁶¹ OECD, “*Improving the System of Investor-State Dispute Settlement: An Overview*”, Working Papers on International Investment, Número 2006/1, página 11.

⁶² *Stare Decisis* forma parte de la frase latina “*stare decisis et non quieta movere*” que significa “mantenerse con las cosas decididas.”

precedente pudiera tomarse del artículo 53(1) de dicho Convenio, el cual establece que “*el laudo será obligatorio para las partes...*”, sin embargo, esto podría no considerarse como una razón convincente para negar la existencia de alguna forma de precedente en Arbitrajes Inversionista-Estado bajo el CIADI ya que nada en los trabajos preparatorios del Convenio CIADI hacen suponer que la doctrina de precedente no debería ser aplicable.⁶³ En este sentido, el Tribunal arbitral en el caso *El Paso v. Argentina*⁶⁴, integrado por los Profesores Lucius Caflisch, Brigitte Stern y Piero Bernardini, en el laudo de “Decisión sobre Competencia” dedicó una sección para hacer referencia a la “Importancia de la Jurisprudencia Desarrollada en el CIADI y otros Tribunales”, en donde señaló lo siguiente:

“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 sus alegatos escritos y orales, se han basado en forma importante en los precedentes.”⁶⁵ [subrayado y resaltado añadido]

En este mismo sentido, existe una práctica común en la cual las partes en un arbitraje Inversionista-Estado citen precedentes arbitrales con el objeto de soportar los argumentos que presentan ante el Tribunal Arbitral así como explicarle a dicho Tribunal lo que otros Tribunales han hecho en casos en los que supuestamente no existe *stare decisis*.⁶⁶

Por lo anterior, suponiendo sin conceder que los árbitros que componen un Tribunal Arbitral no están obligados *de iure* a seguir precedentes arbitrales, una práctica común extendida entre jueces y juzgadores internacionales, así como los árbitros en la solución de diferencias internacionales, el de tomar en consideración los criterios orientativos establecidos en los precedentes con el objeto de fomentar un ambiente normativo que sea previsible, máxime cuando en arbitrajes Inversionista-Estado existen asuntos recurrentes que deben ser resueltos mediante la aplicación de una misma regla de derecho, ya que para la previsibilidad de las inversiones y la credibilidad del sistema de solución de diferencias, esa regla no puede cambiar de un procedimiento a otro.⁶⁷

Justamente, esta es la manera de proceder del Órgano de Apelación de la OMC, en donde podemos encontrar que éste es visto como una “autoridad judicial” en el Sistema de Solución de Diferencias de la OMC y sus decisiones son seguidas tanto por los miembros de la OMC como por los Grupos Especiales, por ser consideradas como criterios orientativos y precedentes altamente persuasivos. De esta forma, el Órgano de Apelación de la OMC ha establecido un “régimen de precedentes” *de facto* cuando un Grupo Especial se enfrenta a las mismas cuestiones que ya han sido interpretadas previamente por el Órgano

⁶³ Gabrielle Kaufmann-Kohler, “*Arbitral Precedent: Dream, Necessity, or Excuse?*”, Conferencia Freshfields 2006, Arbitration International, 2007, Volumen 23, Número 3, página 368.

⁶⁴ *El Paso Energy International Company v. La República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/03/15, Decisión sobre Competencia del 27 de Abril de 2006.

⁶⁵ *Idem*, párrafo 39.

⁶⁶ G. Kahale, III, *Is Investor-State Arbitration Broken?*, Transnational Dispute Management, “Edición Provisional” publicado en Octubre 2012, página 19.

⁶⁷ Kaufmann-Kohler, *Supra*, Nota 63, pp. 374 y 376.

de Apelación de la OMC.⁶⁸ En este sentido, el establecimiento de un Órgano de Apelación del CIADI será visto como la "autoridad judicial" del CIADI y sus decisiones serían seguidas por los tribunales arbitrales en procedimientos subsecuentes por ser consideradas altamente persuasivas, ya que no querrán arriesgarse a que sus laudos sean revocados o modificados en apelación, por lo que podría ayudar a unificar criterios para seguir una línea de precedentes arbitrales y darle, de esta manera, previsibilidad y credibilidad a los Arbitrajes Inversionista-Estado.

6. *Universo Extenso de APPRI's*

Existen opiniones que consideran que el modelo del Órgano de Apelación no puede ser utilizado como modelo para implementarse en el sistema del CIADI en virtud que el Órgano de Apelación se limita a interpretar única y exclusivamente los acuerdos de la OMC mientras que un Órgano de Apelación del CIADI tendría la extenuante labor de tener que interpretar un universo de APPRI's muchísimo más extenso.⁶⁹ No obstante, si bien es cierto que el universo de APPRI's es sumamente vasto –i.e. más de 2500–, muchos APPRI's contienen disposiciones que han sido redactadas de manera similar, o incluso igual, y un mecanismo de apelación podría establecer una regla general sobre la manera correcta de interpretar dichas disposiciones, ya que es de suma importancia que los distintos APPRI's sean interpretados de manera consistente.⁷⁰ Por otra parte, el Convenio CIADI es aplicable a todos los arbitrajes que se llevan a cabo bajo su ámbito de aplicación, por lo que un Órgano de Apelación del CIADI tendría la labor no sólo de interpretar el APPRI en cuestión sino también de interpretar el Convenio CIADI de una manera coherente y consistente. De esta manera, el riesgo de que se siguieran dando decisiones contradictorias respecto de cuestiones comunes –e.g. la definición de inversión– se reduciría notablemente por lo que la confianza de los inversionistas extranjeros aumentaría considerablemente ya que la falta de un sistema predecible puede desanimarlos a querer invertir su capital.⁷¹

⁶⁸ Reporte del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Medidas Antidumping Definitivas sobre el Acero Inoxidable Procedente de México*, WT/DS344/AB/R, adoptado el 20 de Mayo de 2008, párrafos 161-162:

“La creación del Órgano de Apelación por los Miembros de la OMC para examinar las interpretaciones jurídicas formuladas por los grupos especiales demuestra que los Miembros reconocieron la importancia de que haya concordancia y estabilidad en la interpretación de los derechos y obligaciones que les corresponden en el marco de los acuerdos abarcados. Esto es fundamental para promover la "seguridad y previsibilidad" en el sistema de solución de diferencias y para asegurar la "pronta solución" de las diferencias. El hecho de que un grupo especial no siga los informes anteriormente adoptados del Órgano de Apelación en que se abordaron las mismas cuestiones menoscaba el desarrollo de una jurisprudencia coherente y previsible que aclare los derechos y obligaciones de los Miembros en el marco de los acuerdos abarcados de conformidad con lo previsto en el ESD... Vemos con gran preocupación la decisión del Grupo Especial de apartarse de la jurisprudencia firmemente establecida del Órgano de Apelación que aclara la interpretación de las mismas cuestiones jurídicas. Como se ha explicado antes, el criterio del Grupo Especial tiene graves consecuencias para el debido funcionamiento del sistema de solución de diferencias de la OMC”

⁶⁹ Donald McRae, *The WTO Appellate Body: A Model for an ICSID Appeals Facility?*, *Journal of International Dispute Settlement*, Vol. 1, No. 2 (2010), pp. 382-386.

⁷⁰ Gabrielle Kaufmann-Kohler, *Is Consistency a Myth?*, IAI Series on International Arbitration No. 5, Precedent in International Arbitration 137, Y. Banifatemi ed., Juris Publishing, 2008, pp. 142-145

⁷¹ Marie-Louise Rodgers, *“Bilateral Investment Treaties and Arbitration: An Argument and a Proposal for the ICSID's Implementation of a System of Binding Precedent”*, *Transnational Dispute Management*, Edición 3, Mayo 2008, Volumen 5, pp. 1-3.

Además, la creación de un sistema de solución de diferencias internacionales de dos niveles, en donde el segundo nivel sirva para apelar las decisiones del primer nivel, deberá contemplar la facultad de la institución del segundo nivel –e.g. Órgano de Apelación, Órgano de Apelación del CIADI, etc.– para poder “reenviar” o “remitir”⁷² el caso al tribunal arbitral del primer nivel cada vez que las conclusiones de hecho o los hechos no controvertidos en el laudo arbitral no le permitan al Órgano de Apelación “completar el análisis”.⁷³ Por esta razón, será deseable que el Mecanismo de Apelación del CIADI también cuente con un procedimiento de “reenvío” o “remisión” para que la controversia sea reenviada al tribunal original para que la resuelva de acuerdo con las instrucciones del Órgano de Apelación del CIADI en caso de que éste último no pueda “completar el análisis”. Este proceso también refuerza la coherencia y la consistencia de la jurisprudencia desarrollada.

Por último, la introducción de un mecanismo de apelación se debe dar de manera conjunta con la creación de un procedimiento "Intermedio de Reexamen" o de "Revisión Interina" durante el procedimiento ante el Tribunal arbitral. Este procedimiento se llevaría a cabo antes de la emisión del laudo y sustituiría tanto al procedimiento de *suplementación* como al procedimiento de *rectificación*. Este procedimiento sería similar al que actualmente existe en el Sistema de Solución de Diferencias de la OMC.⁷⁴ Bajo este nuevo procedimiento el Tribunal arbitral, previo a la emisión del laudo, le haría llegar a las partes en la controversia un laudo provisional para que éstas a su vez pudieran revisarlo con el objeto de hacerle llegar al Tribunal sus observaciones con el objeto de que el Tribunal rectifique los errores materiales, aritméticos o similares que el laudo pudiera contener. De igual manera, las partes también podrían solicitar al Tribunal que reexamine algún aspecto concreto de la controversia o, en su defecto, que examinara alguna cuestión que el Tribunal hubiere omitido examinar. De esta forma, al permitirle a las partes en la controversia que realicen comentarios antes de la emisión del laudo definitivo, el procedimiento se volvería más eficiente así como rentable en términos económicos puesto que se eliminarían los

⁷² Actualmente estas facultades no las posee el Órgano de Apelación de la OMC, aunque es importante mencionar que actualmente se discute la posibilidad de introducir al Sistema de Solución de Diferencias de la OMC un procedimiento de “Reenvío” o “Remisión”.

se encuentra sobre la mesa de negociaciones entre los países miembros de la OMC. Documento OMC JOB(04)/52/Rev.1

⁷³ Estos son algunos ejemplos de casos en donde el Órgano de Apelación OMC se ha visto imposibilitado para “completar el análisis” y en donde el “reenvío” del caso al Grupo Especial hubiera sido sumamente útil para la solución de la diferencia en su totalidad: Reporte del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Subvenciones al Algodón Americano (Upland)*, WT/DS267/AB/R, adoptado el 21 de Marzo del 2005, párrafos 692-694; Reporte del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Determinación definitiva en materia de derechos compensatorios con respecto a determinada madera blanda procedente del Canadá*, WT/DS257/AB/R, adoptado el 17 de Febrero de 2004, párrafos 113-115.

⁷⁴ El Artículo 15.2 del ESD señala lo siguiente:

“el grupo especial dará traslado a las [partes] de un informe provisional en el que figurarán tanto los capítulos expositivos como las constataciones y conclusiones del grupo especial. Dentro de un plazo fijado por él, cualquiera de las partes podrá presentar por escrito una petición de que el grupo especial reexamine aspectos concretos del informe provisional antes de la distribución del informe definitivo a los Miembros. A petición de parte, el grupo especial celebrará una nueva reunión con las partes sobre las cuestiones identificadas en las observaciones escritas. De no haberse recibido observaciones de ninguna parte dentro del plazo previsto a esos efectos, el informe provisional se considerará definitivo y se distribuirá sin demora a los Miembros.”

procedimientos de *suplementación y rectificación* y, por consiguiente, ya no se tendrían que abrir nuevas etapas procesales posterior a la emisión del laudo.

V. No es Necesaria la Modificación del Convenio CIADI para Crear un Mecanismo de Apelación

Uno de los principales obstáculos que podría enfrentar la creación del Mecanismo de Apelación en CIADI es la complejidad que implicaría que los 158⁷⁵ Estados contratantes del Convenio CIADI se pusieran de acuerdo para modificarlo. Sin embargo, por el otro lado encontramos que hay Estados que han suscrito Acuerdos de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones en los cuales ya prevén la creación de un Órgano de Apelación con el propósito de reexaminar los laudos emitidos por los Tribunales arbitrales.⁷⁶

Pero, la mejor alternativa para garantizar la coherencia y la consistencia en el desarrollo de la jurisprudencia en arbitrajes Inversionista-Estado, es creando una “Unidad Complementaria Única” o “Single Facility” dentro del marco del Convenio CIADI, en lugar de tener varias estructuras o mecanismos de apelación creados por distintos APPRI’s. Es decir, un Mecanismo de Apelación del CIADI que sea competente para revisar todos los laudos emitidos por los Tribunales arbitrales constituidos bajo el Convenio CIADI.

No obstante, consistente con el principio de finalidad de un laudo arbitral, el Convenio CIADI establece que 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 el mismo Convenio CIADI,⁷⁷ por lo tanto la introducción de un Mecanismo de Apelación sugiere una modificación al Convenio CIADI, la cual forzosamente requeriría el consentimiento de todos los Estados contratantes de dicho Convenio.⁷⁸ Esto hace que sea muy difícil que suceda una modificación al Convenio CIADI, por no decir imposible. Por esta razón, una alternativa viable para que el Mecanismo de Apelación pueda ser creado es que los Estados contratantes del CIADI que estén interesados en la creación del Mecanismo de Apelación celebren un “Protocolo Adicional” al Convenio CIADI, en el cual se establezca de manera específica la creación de un Mecanismo de Apelación.

El “Protocolo” equivaldría a una modificación al Convenio CIADI, pero sería aplicable únicamente a los Estados contratantes del “Protocolo”. Además, dicho “Protocolo” se dejaría abierto para firma y ratificación de todos aquellos Estados contratantes del CIADI que quisieran acceder al mismo. Esta maniobra de elusión al proceso de modificación del Convenio CIADI es permisible de conformidad con lo dispuesto en el artículo 41 (1) de la Convención de Viena,⁷⁹ en virtud de lo siguiente:

⁷⁵ Al día 25 de Julio de 2012, son 158 los Estados contratantes del Convenio CIADI. Fuente: <https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=ICSIDDocRH&actionVal=ShowDocument&language=Spanish>

⁷⁶ *Tratado de Libre Comercio entre República Dominicana, Centroamérica y Estados Unidos de Norteamérica* (en inglés *The Dominican Republic-Central America-United States Free Trade Agreement DR-CAFTA*), Artículo 10.20(10); Modelo APPRI del 2004 de los *Estados Unidos de América*, Artículo 28(19).

⁷⁷ *Convenio CIADI*, Artículo 53(1).

⁷⁸ *Idem*, Artículo 66.

⁷⁹ *Possible Improvements of the Framework for ICSID Arbitration*, ICSID Secretariat Discussion Paper, 22 Octubre, 2004. Asimismo, el Artículo 41(1) de la Convención de Viena estipula lo siguiente:

“Dos o más partes en un tratado multilateral podrán celebrar un acuerdo que tenga por objeto modificar el tratado únicamente en sus relaciones mutuas:

a) Si la posibilidad de tal modificación está prevista por el tratado; o
b) Si tal modificación no está prohibida por el tratado, a condición de que:

1. La modificación no está prohibida por el tratado
2. La modificación no afecta al disfrute de los derechos que a los otros Estados contratantes del Convenio CIADI les corresponden en virtud de la misma, ni al cumplimiento de sus obligaciones, debido a que el Mecanismo de Apelación sólo se aplicaría a los Estados que firmen y ratifiquen el "Protocolo"; y
3. La modificación no es incompatible con la consecución efectiva del objeto y del fin del Convenio CIADI como un todo, el cual es el arreglo de diferencias en materia de inversiones bajo el auspicio del Banco Mundial.⁸⁰

Además, sería conveniente y sumamente benéfico para el desarrollo de una línea coherente y consistente de laudos arbitrales que el "Protocolo" le permitiera al Órgano de Apelación del CIADI conocer y examinar las apelaciones a laudos arbitrales que se emitieran por Tribunales constituidos fuera del auspicio del Convenio CIADI, es decir bajo otras reglas o sistemas de arbitraje –e.g. UNCITRAL, Reglamento del Mecanismo Complementario del CIADI, etc.– siempre y cuando las partes en la controversia otorguen su consentimiento a someterse al Mecanismo de Apelación del CIADI. Dicho consentimiento se puede establecer, por ejemplo, en el instrumento a través del cual las partes consientan a someter sus controversias a arbitraje Inversionista-Estado. De esta forma, se podría lograr la armonización del Derecho Internacional de Inversiones.

VI. Características del Órgano de Apelación del CIADI

En esta sección se detallan las características con las que debe contar el Órgano de Apelación del CIADI, de conformidad con lo analizado a lo largo del presente documento. En este sentido, dicho Órgano debería contar con las características que se mencionan a continuación:

- En primer lugar, debe ser un órgano permanente. El Órgano de Apelación de la OMC ha sido sumamente exitoso en el desarrollo de las normas y jurisprudencia de la OMC de manera coherente y consistente porque está compuesto por siete personas que trabajan bajo un esquema permanente *de facto*.⁸¹ Asimismo, aunque los miembros del Órgano de Apelación no se reúnen en *Pleno* en todos los casos, existe un procedimiento de consulta entre ellos con el objetivo de

i) No afecte al disfrute de los derechos que a las demás partes correspondan en virtud del tratado ni al cumplimiento de sus obligaciones;

ii) No se refiera a ninguna disposición cuya modificación sea incompatible con la consecución efectiva del objeto y del fin del tratado en su conjunto.”

⁸⁰ Convenio CIADI, Preámbulo.

⁸¹ El Artículo 17.3 del ESD estipula que “El Órgano de Apelación estará integrado por personas de prestigio reconocido, con competencia técnica acreditada en derecho, en comercio internacional y en la temática de los acuerdos abarcados en general. No estarán vinculadas a ningún gobierno. Los integrantes del Órgano de Apelación serán representativos en términos generales de la composición de la OMC. Todas las personas que formen parte del Órgano de Apelación estarán disponibles en todo momento y en breve plazo, y se mantendrán al corriente de las actividades de solución de diferencias y demás actividades pertinentes de la OMC. No intervendrán en el examen de ninguna diferencia que pueda generar un conflicto directo o indirecto de intereses” [el subrayado es nuestro]

garantizar su participación en el proceso de toma de decisiones en todos los casos. La misma lógica se puede aplicar en el sistema del CIADI para dar coherencia y consistencia a los laudos emitidos por los tribunales arbitrales, aunque la composición del Órgano de Apelación del CIADI no debe ser mayor a 15 miembros porque un número mayor pudiera hacer más difícil el proceso de consulta entre ellos.

- En segundo lugar, el Mecanismo de Apelación del CIADI debe estipular que el Órgano de Apelación del CIADI pueda revisar todas las cuestiones de derecho e interpretaciones jurídicas desarrolladas por el Tribunal arbitral en el primer nivel. Como se examinó en la sección III, si el Órgano de Apelación del CIADI tiene la facultad de modificar el laudo y reemplazarlo con su propia decisión sobre el fondo del asunto, no sólo habrá un ahorro considerable de las costas del procedimiento sino que también habrá una estructura judicial jerárquica con autoridad en donde el Órgano de Apelación decidirá todas las cuestiones de derecho en última instancia.
- De la misma forma, tal y como se señaló también en la Sección III de este documento, el Órgano de Apelación debe estar facultado para “completar el análisis” cuando existan situaciones en las cuales la interpretación jurídica del Tribunal arbitral lo hubiera llevado a no examinar y resolver un asunto específico en el procedimiento.
- Asimismo, el Órgano de Apelación del CIADI deberá estar facultado para poder “reenviar” o “remitir” el caso al Tribunal arbitral del primer nivel cada vez que las conclusiones de hecho o los hechos no controvertidos en el laudo arbitral no le permitan al Órgano de Apelación “completar el análisis”.
- La introducción del Mecanismo de Apelación del CIADI deberá ir aparejada con el establecimiento, durante el procedimiento ante el Tribunal arbitral, de las siguientes etapas:
 - Establecer un procedimiento “Intermedio de Reexamen” o de “Revisión Interina” que se lleve a cabo antes de la emisión del laudo y que sustituya tanto al procedimiento de *suplementación* como al procedimiento de *rectificación*.
 - Dentro del mismo procedimiento “Intermedio de Reexamen” o de “Revisión Interina”, se debe establecer la posibilidad de que las partes puedan solicitar al Tribunal que reexamine algún aspecto concreto de la controversia o, en su defecto, que examine alguna cuestión que el Tribunal hubiere omitido examinar.
- Finalmente, el Mecanismo de Apelación del CIADI debe tener plazos cortos y específicos. Esto también reduciría las costas procedimentales y garantizaría una rápida solución de la diferencia en el segundo nivel, brindando, por consiguiente, previsibilidad a las partes. De igual manera, los miembros del Órgano de Apelación del CIADI se verían obligados a respetar los plazos específicos si estos son establecidos en el instrumento donde se realice la creación del Mecanismo de Apelación.

VII. México y el Órgano de Apelación del CIADI

El caso de México es muy peculiar. Esto es porque México ha firmado al día de hoy más de 30 Tratados Internacionales, entre APPRIS y Tratados de Libre Comercio con capítulos específicos en materia de inversión, que promueven y protegen la inversión extranjera. En prácticamente todos estos tratados se contempla la posibilidad de que el inversionista extranjero pueda acceder a un arbitraje Inversionista-Estado bajo el auspicio del Convenio CIADI en caso de que sus derechos bajo el tratado en cuestión hayan sido afectados. Sin embargo, México no es signatario del Convenio CIADI, por lo que el inversionista extranjero tiene que optar por iniciar un arbitraje bajo el Reglamento del Mecanismo Complementario del CIADI o bajo las reglas de UNCITRAL, según sea el caso.

A pesar de las sugerencias de diversos expertos en la materia para que México se adhiera al Convenio CIADI⁸² y de la presión internacional, México se ha mantenido en su postura de no adherirse al Convenio CIADI. Sin embargo, México no ha tenido un impacto negativo para atraer inversión extranjera ya que ha mantenido una política de cumplimiento cabal con todos los laudos arbitrales y reportes de paneles de la Organización Mundial del Comercio o constituidos bajo alguno de los Tratados de Libre Comercio que México tiene firmados con otros países. Incluso, en el último reporte “Doing Business in a More Transparent World”⁸³ emitido por el Banco Mundial, México fue considerado como una de los tres mejores países de América Latina para invertir.

No obstante lo anterior, México podría darles a sus inversionistas extranjeros la posibilidad de que los laudos emitidos por los Tribunales arbitrales constituidos bajo algún APPRI que México tenga celebrado con algún otro país puedan ser apelados ante el Órgano de Apelación del CIADI. De esta forma, aún y cuando México no sea un Estado signatario del Convenio CIADI, podría incrementar la confianza de la comunidad internacional para invertir o seguir invirtiendo sus recursos en México, al garantizar que el escrutinio del laudo será sometido a un órgano de carácter independiente y ajeno a cualquier país.⁸⁴

VIII. Conclusiones

Aún y cuando el Arbitraje Inversionista-Estado bajo el Convenio CIADI ha funcionado sumamente bien sin un Mecanismo de Apelación a la mano, siempre existe la posibilidad de mejorar el sistema. En este sentido, un Mecanismo de Apelación sigue siendo útil no

⁸² Instituto Mexicano del Arbitraje, *Postura con Respecto a la Adhesión de México al Convenio CIADI*, página 4. Fuente: <http://www.imarbitraje.org.mx/posturas/Postura%20Adhesion%20Mexico%20CIADI.pdf>; Francisco González de Cossío, *México ante el Arbitraje de Inversión: ¿Prudente o Rebelde?*, Boletín Informativo del Centro de Mediación y Arbitraje, Cámara Nacional de Comercio de la Ciudad de México, 2ª Época, No. 3, Septiembre 2007, página 6.

⁸³ Banco Mundial y Corporación Financiera Internacional, *“Doing Business in a More Transparent World”*, publicado por el Banco Mundial el 20 de Octubre de 2011, página 112. Fuente: <http://www.doingbusiness.org/~media/FPDKM/Doing%20Business/Documents/Annual-Reports/English/DB12-FullReport.pdf>

⁸⁴ Cabe señalar que los laudos emitidos por los Tribunales arbitrales que son constituidos fuera del auspicio del Convenio CIADI, es decir, bajo las Reglas del Mecanismo Complementario o UNCITRAL por ejemplo, son considerados “laudos comerciales” y por lo tanto en caso de que una de las partes desee atacar el laudo, deberá hacerlo ante los Tribunales Locales del lugar que haya sido designado como “sede del arbitraje” (seat of arbitration) por las partes en el procedimiento. Asimismo, el reconocimiento y ejecución del laudo será al amparo de algún Convenio internacional para el reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales como por ejemplo la “Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1958” (Convención de Nueva York).

LA NECESIDAD DE CREAR UN ÓRGANO DE APELACIÓN PARA ARBITRAJES INVERSIONISTA-ESTADO EN CIADI

sólo para proporcionar seguridad y previsibilidad al sistema de Arbitraje del CIADI, sino que también serviría para que aumentara su credibilidad así como la confianza entre los usuarios del sistema. Esto se lograría debido a que el Órgano de Apelación del CIADI tendría la última palabra en el procedimiento y de esta forma desarrollaría una línea coherente y consistente de laudos arbitrales que a la postre pudiera llegar a considerarse como “jurisprudencia”. Además, los procedimientos post-laudo serían más cortos debido a que, al contar con un Mecanismo de Apelación con tiempos definidos y preestablecidos, se evitaría tener que volver a litigar la misma controversia, por lo que las costas del procedimiento se reducirían considerablemente.