

ANUARIO LATINOAMERICANO DE **ARBITRAJE**

“SISTEMA DE ANULACIÓN DE LOS LAUDOS CIADI”

CARLOS A. SOTO COAGUILA

Director

CONSEJO CONSULTIVO

- | | |
|---------------------------------|--------------------------------|
| José María Alonso • | • Andrés Mezgravis Hatgi |
| José I. Astigarraga • | • Alexis Mourre |
| George A. Bermann • | • Felipe Osterling Parodi |
| R. Doak Bishop • | • Rodrigo Oreamuno |
| César Coronel Jones • | • Francisco Orrego Vicuña |
| Bernardo M. Cremades • | • Jan Paulsson |
| Fernando de Trazegnies Granda • | • Fernando Pelaez-Pier |
| Yves Derains • | • Jorge Sánchez Cordero Dávila |
| José Carlos Fernández Rozas • | • Erik Schäfer |
| Martin Hunter • | • Eduardo Silva Romero |
| Gabrielle Kaufmann-Kohler • | • Albert Jan van den Berg |
| Fernando Mantilla-Serrano • | • Claus von Wobeser |
| Pedro J. Martínez-Fraga • | • Arnoldo Wald |
| Fabiola Medina • | • Eduardo Zuleta Jaramillo |



INSTITUTO PERUANO DE
Arbitraje

LA ANULACIÓN DE SENTENCIAS CIADI: ¿CORREGIR LAS SENTENCIAS O CORREGIR LAS TENDENCIAS?

JOSÉ MIGUEL JÚDICE (*)
TIAGO DUARTE (**)

SUMARIO: 1. El sistema de anulación de sentencias como expresión de un modelo más integrado de la comunidad jurídica internacional. 2. Riesgos de politización y ventaja de adaptación a los procesos evolutivos de la opinión pública internacional y de la balanza de poderes. 3. Las raíces del modelo de anulación de sentencias CIADI. 4. La concretización del modelo de anulación de sentencias CIADI. 5. La jurisprudencia en materia de anulación de sentencias CIADI. 6. Los casos paradigmáticos de las sentencias de anulación *Patrick Mitchell vs. Congo* y *MHS vs. Malasia*. 7. La tercera generación de sentencias de anulación: ¿El modelo pendular? 8. Conclusión.

1. EL SISTEMA DE ANULACIÓN DE SENTENCIAS COMO EXPRESIÓN DE UN MODELO MÁS INTEGRADO DE LA COMUNIDAD JURÍDICA INTERNACIONAL

Uno de los elementos que definen a una comunidad con cohesión jurídico-política es la existencia de una instancia jurisdiccional con capacidad de crear una tendencia para la previsibilidad de las deci-

siones, en particular, a través de un tribunal superior que tenga la competencia final en el proceso de decisión de litigios.

En efecto, incluso en comunidades con grados de integración menos densos (como son los Estados Federales o como sucede con la Unión Europea), existe esa instancia jurisdiccional última. En contraposición, en el marco de los arbitrajes comerciales internacionales no existe una estructura que pueda desempeñar dicha función, lo que lleva

(*) Fundador de la sociedad de abogados PLMJ y líder de su Departamento de Arbitraje. Fue miembro del Consejo Superior de la Magistratura (1997-2001) y Presidente del Colegio de Abogados (2002-2005). Es profesor asociado invitado en la nueva *School of Business and Economics* (Resolución de Litigios y Derecho de los Negocios) y Profesor en la Facultad de Derecho de la Universidad Nova de Lisboa (posgrado de Arbitraje). Es miembro del Panel de Árbitros y de Conciliadores del CIADI, así como miembro de la CCI (Cámara de Comercio Internacional). Tiene una actividad bastante intensa como árbitro, sobre todo en América del Sur.

(**) Profesor doctorado en Derecho Público en la Facultad de Derecho de la Universidad Nova de Lisboa, donde imparte Derecho Constitucional, Derecho Administrativo y Teoría del Proceso. Fue aceptado como *Visiting Fellow* de la Universidad de Cambridge, en el *Lauterpacht Centre for International Law* y en el *Wolfson College*, donde realizará un Post-Doc sobre el arbitraje del CIADI. Aparte de su actividad universitaria y como árbitro, es además socio de la Sociedad de Abogados PLMJ, e integra los departamentos de Derecho Público y de Arbitraje.

a que el papel de creación de la cohesión jurídica quede sólo en manos de la doctrina jurídica internacional y, en alguna medida, a efectos de revisión de las sentencias que, por ejemplo, realiza la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI).

Este último modelo, que prescinde de un tribunal superior destinado y dedicado a promover la uniformización de la jurisprudencia, tiene fragilidades naturales. En efecto, en ese modelo, cada Tribunal Arbitral decide de forma definitiva y ejecutoria, estando apenas limitado por los riesgos de que la sentencia pueda ser *set aside* por un tribunal judicial nacional (conforme a la jurisdicción de la sede del Tribunal Arbitral) o le sea negado el *enforcement* en uno de los países donde existan activos pertenecientes a la parte que haya sido condenada, si fuera ese el caso.

De cualquier modo, es importante no olvidar la tendencia consolidada para un análisis limitado por parte de los tribunales judiciales nacionales (algo que, por ejemplo, la Convención de Nueva York favorece), lo que lleva a que, también por este hecho, estos no estén en condiciones de crear y consolidar un verdadero sistema jurídico-comercial internacional uniformizado.

Si el modelo de la *international commercial arbitration* ya prescindía (y prescinde) de un tribunal superior con vocación de uniformizar la jurisprudencia, reconociéndose al mismo tiempo un papel limitado a las jurisdicciones nacionales, en lo que respecta a los poderes de anulación de las sentencias, es importante subrayar que la ambición implícita en la Convención de Washington fue (y es) mucho mayor, lo que explica también, en parte, la enorme adhesión por parte de los más variados Estados.

Para contextualizar el momento de

su aparición, es importante recordar el inicio de los años 60 como un periodo de gran optimismo en cuanto a los efectos positivos del desarrollo —*el desarrollo es el nuevo nombre de la Paz*, afirmaba el Papa Pablo VI en la Encíclica "*Populorum Progressio*", en 1967— sin olvidar el hecho de que los EE.UU. estaban, por esas fechas, bajo la influencia del activismo de John KENNEDY y de las políticas sociales implementadas por Lyndon JOHNSON.

Ese optimismo existencial, en un periodo de fuertes procesos de descolonización, de explosión de las nacionalidades y de la relevancia mundial dada a la ONU, generó una atmósfera propicia al refuerzo de la comunidad internacional. En ese contexto, el sistema de resolución de litigios implementado por la Convención de Washington era, así, una clara expresión de un (nuevo) orden jurídico internacional, en el que al final, la existencia de los Tribunales Arbitrales internacionales, asociados progresivamente a tratados bilaterales o multilaterales de inversión, funcionaba como un paso de la pura política y de la lógica de la correlación de fuerzas hacia una lógica (más) pacífica asociada a la resolución de litigios de forma simultáneamente jurídica e internacional.

Y, como es evidente, la existencia de instrumentos adecuados de resolución de litigios globalizados entre inversores y Estados soberanos, asociada a la vinculación de las decisiones de los respectivos Tribunales Arbitrales era vista por sí sola, en la época, como un mecanismo disuasivo de la falta de respeto de los respectivos compromisos libremente asumidos por Estados responsables que libremente se vinculaban por leyes, por tratados o por contratos.

En ese contexto, la posibilidad de anulación de sentencias arbitrales a través de Comités *ad hoc*, también ellos arbitrales y formados por árbitros elegidos por el Presi-

dente del Banco Mundial, con el apoyo del respectivo Secretariado del CIADI, de entre los miembros del listado proporcionado por los países signatarios de la Convención de Washington, se inserta en este proceso optimista, aunque cauteloso. Pudiéndose decir lo mismo del rechazo de la aplicación de la Convención de Nueva York, que aleja así, en el contexto internacionalizado de la Convención de Washington, a las jurisdicciones nacionales del proceso deliberativo e incluso ejecutivo de las sentencias CIADI.

De hecho, en el modelo de la Convención de Washington se consigue, por un lado, la posibilidad de anular las sentencias arbitrales, como ocurre tradicionalmente en el ámbito de los arbitrajes tradicionales, pero por otro lado, se evita contaminar ese proceso con el recurso a jurisdicciones nacionales. De esta manera, todo el sistema se mantiene inmune a esas jurisdicciones, a favor de una única jurisdicción internacional y globalizada. Por eso se puede afirmar con rigor, que el sistema CIADI estaba ya en 1965, y continúa estándolo hoy en día, un paso por delante en el proceso de consolidación de un verdadero orden jurídico internacional.

La evolución posterior del sistema y el paso de los años tuvieron, sin embargo, efectos complejos que, en gran medida, alteraron la intención que estaba en el ADN de la Convención de Washington. Así, la creciente globalización e internacionalización de las economías, mucho más allá de lo previsible en los años 60, potenciada por las nuevas tecnologías,

por el desarrollo de nuevos focos de poder internacional y por el propio proceso de democratización en el mundo, así como la concurrencia de otros factores que no será posible detallar en este texto, crearon nuevas oportunidades y retos, de los que, por cierto, el menor de ellos no fue el crecimiento exponencial de los procesos CIADI y la creciente tendencia de algunos Estados –por buenas o malas razones– para cuestionar el sistema CIADI¹ o los resultados de su aplicación.

2. RIESGOS DE POLITIZACIÓN Y VENTAJA DE ADAPTACIÓN A LOS PROCESOS EVOLUTIVOS DE LA OPINIÓN PÚBLICA INTERNACIONAL Y DE LA BALANZA DE PODERES

La existencia de una instancia de anulación, en la que los que deciden son elegidos por una entidad independiente² es en sí mismo un elemento definidor del sistema de resolución de litigios del CIADI. Esta entidad, por su propia naturaleza y vocación, tiene que ser especialmente sensible a los equilibrios de poder en la comunidad internacional y está naturalmente interesada en que el sistema funcione de manera eficaz y equilibrada.

La opción por este modelo de resolución de litigios prevé, ciertamente, la valoración del refuerzo de la legitimidad de las decisiones, permitiendo de esta forma aumentar las probabilidades de que la Comunidad Internacional y las partes en litigio acepten las decisiones, en especial aquella

¹ Según la información oficial disponible en *ICSID Caseload Statistics*, que puede consultarse en www.icsid.worldbank.org, en los primeros 30 años de vigencia de la Convención de Washington se registraron 35 casos. Se destaca que sólo en el año 2007 se registraron 37 casos, dado que de los 331 casos registrados el 31 de diciembre de 2010, 262 se registraron en los últimos 10 años (de 2000 a 2010).

² Como refieren REED, Lucy, Jan PAULSSON y Nigel BLACKABY en *Guide to ICSID Arbitration*, 2ª edición, 2011, págs. 174-5, el CIADI ha hecho *serial appointments to ad hoc committees from a small pool of highly experienced arbitrators* con el objetivo programático –en propias palabras del CIADI– de *promote coherence in the application of the Convention and the Rules*.

que, habiendo sido vencida en el procedimiento, sea consecuentemente condenada a pagar la indemnización arbitrada.

Es notorio que la frontera entre el Derecho y la Política, sobre todo en el marco internacional, es especialmente fluida, no estando siempre claro donde acaba un orden normativo y empieza el otro, así como también se sabe, además de eso y también a causa de eso, que la respectiva línea divisoria varía en función de cada coyuntura histórico-política.

Nada de esto pretende sugerir que el sistema CIADI no sea un sistema jurídico de resolución de litigios, y todavía menos se puede interpretar lo que aquí se escribe como una crítica a la elección de los miembros de los Comités *ad hoc*, o como una especie de insinuación de que existen prejuicios o intenciones políticas subyacentes a las respectivas elecciones y a las respectivas decisiones.

Por el contrario, la cautela que se ha tenido en la elección de árbitros muy cualificados y con gran experiencia internacional para integrar los Comités *ad hoc* hace que sus miembros estén con antenas especialmente enfocadas en la realidad internacional y genuinamente interesados en contribuir a la solidificación del sistema CIADI, que, como cualquier sistema, puede morir víctima de errores y de fragilidades internas y no sólo (o no tanto) a causa de ataques u obstáculos externos.

3. LAS RAÍCES DEL MODELO DE ANULACIÓN DE SENTENCIAS CIADI

Los creadores de cualquier modelo de resolución de litigios se ven siempre con-

frontados con la necesidad de equilibrar, de determinada forma, dos valores igualmente importantes, pero difíciles de conciliar.

El primero de esos valores es el relativo a la finalidad de las sentencias y a la importancia que esa misma finalidad representa, a nivel de su eficacia.

El segundo se relaciona con la justicia de las decisiones y la capacidad del sistema de corregir errores y fallos que las sentencias iniciales puedan tener, evitando así la pérdida de credibilidad del sistema de resolución de litigios. Naturalmente que las partes desavenidas buscarán más el sistema cuanto mejores garantías ofrezca, garantías de justicia y de *fairness* en cuanto a sus decisiones³.

Ahora bien, la Convención de Washington, como modelo institucionalizado de resolución de litigios relativos a inversiones internacionales, no fue indiferente en esta elección, habiendo optado, entre los dos valores anteriormente identificados, por valorar la definitividad de las sentencias. La solución elegida rechazó un sistema de revisión de sentencias, a favor de un sistema innovador de mera anulación de las mismas con fundamentos limitados, a través del recurso a árbitros internacionales especialmente designados a tal efecto, sin intervención de las partes.

En efecto, a pesar de no haber registro de prolongados debates por parte de los *drafters* de la Convención de Washington sobre el rechazo de un modelo de revisión de sentencias, lo cierto es que se desprende con claridad de los artículos 52 y 53 de la Convención de Washington la inexistencia de un sistema de reanálisis del mérito de las decisiones arbitrales, previéndose solamen-

³ SCHREUER, Christoph H., *The ICSID Convention – A Commentary*, 2009, pág. 903.

te la posibilidad excepcional de anulación de las mismas, según un conjunto limitado y taxativo de fundamentos previstos expresamente en la Convención de Washington⁴.

La "balanza" de la Convención de Washington acabó así por valorizar la rapidez y la definitividad de las decisiones arbitrales, evitando la posibilidad de que éstas fueran objeto de recurso en cuanto al mérito. El mismo tipo de opción por la rapidez y por la eficacia estuvo igualmente presente en el modelo creado por la Convención en cuanto al reconocimiento y ejecución de sentencias⁵, considerando estas dos características como formando parte de los elementos distintivos del modelo de arbitraje CIADI frente a otros modelos de arbitraje internacional.

En realidad, en los términos del artículo 53 de la Convención, "*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 este Convenio*". Del mismo modo, en el artículo 52 de la referida Convención, se prevé que "cualquiera de las partes podrá solicitar la anulación del laudo mediante escrito dirigido al Secretario General fundado en una o más de las siguientes causas: a) que el Tribunal se hubiere constituido incorrectamente; b) que el Tribunal se hubiere extralimitado manifiestamente en sus facultades; c) que hubiere habido corrupción de algún miembro del Tribunal; d) que hubiere quebrantamiento grave de una norma de procedimiento; o e) que no se hubieren expresado

en el laudo los motivos en que se funde".

Son, así, estos y sólo estos los motivos que pueden llevar a un Comité *ad hoc*, especialmente designado al efecto por parte del presidente del Banco Mundial, a anular, total o parcialmente, una sentencia arbitral. Y, en los términos del N° 6 del mismo artículo 52 de la Convención, "*si el laudo fuere anulado, la diferencia será sometida, a petición de cualquiera de las partes, a decisión de un nuevo Tribunal (...)*".

Todavía en relación con el carácter excepcional de la anulación de sentencias, cabe destacar que los autores de la Convención de Washington decidieron incluso —para las dos situaciones en las que la tentación de convertir una anulación en una puerta abierta a la revisión, por ser más amplios los criterios de anulación— añadir que la anulación sólo será posible si existe un manifiesto abuso de poder del Tribunal o la inobservancia grave de una regla de proceso fundamental, acentuando de esta forma la excepcionalidad y gravedad de los errores en cuestión⁶.

Si el punto de partida de la Convención de Washington, en lo que respecta a la posibilidad de anulación de las sentencias arbitrales, es entonces el de su excepcionalidad en el contexto de un conjunto restrictivo de causas en las que se puede basar la respectiva anulación, es importante referir, asimismo, que esa percepción ha sido cíclicamente repetida (aunque a veces no prac-

⁴ SCHREUER Christoph H., *The ICSID Convention – A Commentary*, 2009, pág. 931 y siguientes.

⁵ Sobre esta materia, véase, entre otros, DUARTE, Tiago, "O reconhecimento e a Execução de Sentenças ICSID / CIADI: Portugal à espera da primeira vez". En: *Estudos Comemorativos dos 10 anos da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa*, vol. II, 2008, págs. 767 y siguientes. Del mismo autor, véase también, sobre el tema de los arbitrajes CIADI, "O consentimento nas Arbitragens Internacionais (ICSID)". En: *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia*, 2010, pág. 545 y siguientes y "Treaty Claims, Contract Claims e Umbrella Clauses na Arbitragem Internacional de Protecção de Investimentos". En: *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Carlos Ferreira de Almeida*, 2011, 259 y siguientes.

⁶ Para un análisis más detallado del significado de *manifest*, ya sea como sinónimo de "obvio", ya sea como sinónimo de "grave", SCHREUER Christoph H., *The ICSID Convention – A Commentary*, 2009, pág. 938. Según el Comité *ad*

ticada) por los diversos Comités *ad hoc*, como justificación para no anular sentencias arbitrales, a pesar de considerar que las mismas no se encuentran exentas de errores y fallos⁷.

4. LA CONCRETIZACIÓN DEL MODELO DE ANULACIÓN DE SENTENCIAS CIADI

Así, se puede leer en la decisión del Comité *ad hoc* relativo al caso *MTD vs. Chile* lo siguiente: *the role of an ad hoc committee in the ICSID system is a limited one. It cannot substitute its determination on the merits for that of the tribunal. Nor can it direct a tribunal on a resubmission how it should resolve substantive issues in dispute. All it can do is annul the decision of the tribunal: it can extinguish a res judicata but on a question of merits it cannot create a new one. A more interventionist approach by committees on the merits of disputes would risk a renewed cycle of tribunal and annulment proceedings of the kind observed in Klöckner and Amco.*

En los mismos términos, en el caso *Lucchetti vs. Perú* se puede leer igualmente: *It is no part of the Committee's functions to review the decision itself which the tribunal arrived at, still less to substitute its own*

views for those of the tribunal, but merely to pass judgment on whether the manner in which the tribunal carried out its functions met the requirements of the ICSID Convention.

El mismo Comité *ad hoc* añadió todavía que: *treaty interpretation is not an exact science, and it is frequently the case that there is more than one possible interpretation of a disputed provision, sometimes even several. It is not part of the committee's function (...) to purport to substitute its own view for that arrived at by the tribunal. (...) the committee is not charged with the task of determining whether one interpretation is "better" than another, or indeed which among several interpretations might be considered the "best" one. The committee is concerned solely with the process by which the tribunal moved from its premise to its conclusion.*

Del mismo modo, como refiere Christoph SCHREUER: *commentators concur that art. 52(1) does not provide for annulment on the basis of "error de facto or law no matter how egregious". Despite this self-professed restraint, early decisions on annulment in Klöckner I and Amco I have been criticized severely for crossing the line between annulment and appeal by re-*

hoc del caso Wena Hotels vs. Egipto, the excess of power must be self evident rather than the product of elaborate interpretations one way or the other. When the latter happens the excess of power is no longer manifest. De manera diferente, en el caso Vivendi vs. Argentina, el abuso de poder fue considerado manifiesto, en el sentido de grave, aunque no fuera aparente. Finalmente, el Comité ad hoc del caso Soufraki vs. Emiratos Árabes Unidos consideró que los dos significados tendrían que estar presentes, para dar lugar a anulación.

⁷ Es importante referir que esta tendencia, para que estos Tribunales procedan de hecho a una revisión de la sentencia, identificando y acentuando los errores que la misma padece, aunque evitando proceder a la anulación de la referida sentencia teniendo en cuenta el hecho de que el art. 52 de la Convención no lo permite, ha sido responsable de la creación de la convicción de que el sistema de anulación de sentencias no evita que determinados Estados sean condenados a pagar elevadas indemnizaciones, a pesar de que el Comité *ad hoc* haya dejado claro que la referida sentencia condenatoria no aplicó correctamente el Derecho a los hechos, no siendo por eso, una sentencia justa. Se trata de una práctica que expresa una tal vez comprensible sensación de impotencia, que se aproxima de lo que SCHREUER Christoph H., *Global Arbitration Review*, 29 de marzo de 2011, recientemente apellidó de *gratuitous advice common to Supreme Courts Justices*, pero que es perniciosa para el futuro del sistema CIADI. A este respecto, véanse por ejemplo las Decisiones de Anulación de los casos *CMS vs. Argentina* y *Vivendi II vs. Argentina*.

*examining aspects of the cases before them that lay outside the narrow confines of annulment*⁸.

Si esta era la intención original de la Convención, la verdad es que no se puede decir que la jurisprudencia de los diversos Comités *ad hoc*, creados mientras tanto, sea totalmente coherente y esté de acuerdo con los límites inicialmente previstos en la Convención de Washington, considerando muchos autores que así se contribuye a acentuar la fragmentación y la inconsistencia de la jurisprudencia CIADI y, consecuentemente, para erosionar su legitimidad social como sistema de resolución alternativa de litigios internacionales⁹.

En efecto, como se verá a continuación, la realidad ha ido demostrando que las sentencias de anulación (cuyos Comités *ad hoc* no los eligen las partes) han evolucionado a lo largo del tiempo de forma pendular, más incluso que de modo errático. Ahora bien, aunque se pueden aceptar las palabras del Comité *ad hoc* del caso *MINE vs. Guinea*, cuando refiere que: *a pure statistical approach, for which there is in any event no significant basis at the present time, is wholly inappropriate as a measure of ICSID's effectiveness*¹⁰, lo cierto es que el análisis de los últimos 25 años de sentencias de anulación permite empezar a detectar ciertas tendencias.

Así, en ese análisis no se puede desvalorizar: (i) el modo de seleccionar a los

miembros de los Comités *ad hoc*, (ii) el hecho de que la gran mayoría de las decisiones arbitrales CIADI son favorables a los inversores y (iii) las anunciadas y ya parcialmente concretizadas denuncias de la Convención por algunos Estados, todo ello hechos que podrán llevar a favorecer el desarrollo de un sutil modelo pendular de *checks and balances* entre las decisiones arbitrales y las decisiones de anulación, que, al final del día, permita el equilibrio y la propia salvación de los arbitrajes CIADI, evitando de esta forma que más Estados se sientan obligados a denunciar la referida Convención (o resistentes a adherir a la misma, como es el caso de Brasil), por dudar de su ventaja sobre los respectivos intereses.

5. LA JURISPRUDENCIA EN MATERIA DE ANULACIÓN DE SENTENCIAS CIADI

A pesar de su consagración inicial en la Convención de Washington, la posibilidad de solicitar la anulación de sentencias, prevista en el art. 52 de la citada Convención, estuvo dormida durante 19 años¹¹, hasta el primer proceso de anulación relativo al caso *Klöckner vs. Camerún*¹², al que le siguió el caso *Amco vs. Indonesia*¹³.

Ambos Comités *ad hoc* determinaron la anulación de las respectivas sentencias, lo que en opinión de muchos debilitó el sistema creado, llevando a que hubiera incluso quien considerara que, tras ambas anulaciones, el arbitraje CIADI habría perdido su

⁸ SCHREUER, Christoph H., *The ICSID Convention – A Commentary*, 2009, págs. 902 y 903.

⁹ En sentido crítico, pero presentando alternativas, KIM, Dohyun, "The annulment committee's role in multiplying inconsistency in ICSID arbitration: the need to move away from annulment-based system". En: *New York University Law Review*, vol. 86, April 2011, págs. 242 y siguientes.

¹⁰ Sentencia de Anulación *MINE vs. Guinea*, del 22 de diciembre de 1989.

¹¹ En este sentido, DUGAN, Christoph F., DON WALLACE JR., NOAH D. RUBINS y BORZU SABAH, *Investor-State Arbitration*, 2008, pág. 631.

¹² Decisión de Anulación del 3 de mayo de 1985.

¹³ Decisión de Anulación del 16 de mayo de 1986.

"appeal", como modelo de arbitraje generador de sentencias efectivas y finales¹⁴.

A este respecto, y como refiere Christoph SCHREUER: *the decisions annulling awards in Klöckner I e Amco I attracted severe criticism. It has been argued that the two ad hoc committees exceeded their authority by re-examining the merits of the cases, thereby transgressing the line between annulment and appeal*¹⁵. Cabe destacar que los propios Comités *ad hoc* posteriores se encargaron de, conscientemente, alejarse de las premisas asumidas por los Comités *ad hoc* que anularon las decisiones *Klöckner I* y *Amco I*.

Lo cierto es que, con el paso del tiempo, ya se han articulado hasta el momento cerca de treinta decisiones sobre pedidos de anulación de sentencias CIADI, en un conjunto de más de ciento veinte decisiones arbitrales, lo que significa que una cuarta parte de las sentencias CIADI fueron objeto de procedimientos de anulación, a pesar de que sólo once sentencias hayan sido efectivamente anuladas (total o parcialmente)¹⁶. Por eso, empieza a ser difícil aceptar, hoy en día, que el recurso a la anulación de sentencias

continúe siendo un *extraordinary remedy for unusual and important cases*¹⁷.

En efecto, como refiere Irmgard MARBOE, bien al contrario, el número de anulaciones empieza a demostrar que: *annulment today appears to have developed into a widely used remedy for losing parties that are unsatisfied with the result. Respondent States perhaps consider it as a political necessity to show that everything has been tried to combat unfavourable awards and to avoid payment of large amounts of damages*¹⁸.

El primer autor que procedió a un análisis panorámico de las diversas decisiones de anulación, agrupando las referidas decisiones por generaciones, fue Christoph SCHREUER, que, en un texto¹⁹ célebre, se refiere, en 2004, a la existencia de tres generaciones de sentencias: la primera generación corresponde a una opción más activista, la segunda a una opción más defensiva y la tercera a una opción más equilibrada por parte de los respectivos Comités *ad hoc*.

Por nuestra parte, y teniendo en cuen-

¹⁴ D.A. REDFERN, "ICSID - Losing Its Appeal?". En: *International Arbitration*, n.º 3, pág. 98, 1987. Para un breve resumen de los motivos de ambas Decisiones de Anulación, Kim, Dohyun, "The annulment committee's role in multiplying inconsistency in ICSID arbitration: the need to move away from annulment-based system". En: *New York University Law Review*, vol. 86, April 2011, pág. 261 y siguientes.

¹⁵ SCHREUER, Christoph H., *The ICSID Convention - A Commentary*, 2009, pág. 912.

¹⁶ Para un análisis actualizado de las más recientes decisiones de los Comités *ad hoc*, FERNANDEZ-ARMESTO, Juan, "Different systems for the annulment of investment awards", (development of the presentation made at the 27th AAA/ICC/ICSID Joint Colloquium on International Arbitration), November 2010 y JOHNSON, Lise, "Annulment of ICSID Awards: Recent Developments". En: *IV annual forum for developing country investment negotiators, background papers*, October 2010. Las 11 decisiones anuladas hasta el momento (abril de 2011) son las siguientes: *Klöckner I vs. Camerún*, del 3 de mayo de 1985, *Amco I vs. Indonesia*, del 16 de mayo de 1986, *MINE vs. Guinea*, del 22 de diciembre de 1989, *Vivendi I vs. Argentina*, del 3 de julio de 2002, *Patrick Mitchell vs. Congo*, del 1 de noviembre de 2006, *CMS vs. Argentina*, del 25 de septiembre de 2007, *MHS vs. Malasia*, del 16 de abril de 2009, *Helnan vs. Egipto*, del 14 de junio de 2010, *Sempra vs. Argentina*, del 29 de junio de 2010, *Enron vs. Argentina*, del 30 de julio de 2010 y *Fraport vs. Filipinas*, del 23 de diciembre de 2010.

¹⁷ SCHREUER, Christoph H., "Three Generations of ICSID Annulment Proceedings". En: *Annulment of ICSID Awards*, 2004, pág. 17.

¹⁸ MARBOE, Irmgard, "ICSID annulment decisions: three generations revisited". En: *International Investment Law for 21st Century - Essays in Honour of Christoph Schreuer*, 2009, pág. 203.

¹⁹ SCHREUER, Christoph H., *Three Generations of ICSID Annulment Proceedings, Annulment of ICSID Awards*, 2004.

ta los más recientes desarrollos de la jurisprudencia arbitral en materia de decisiones sobre la anulación de sentencias CIADI ocurridos entre el 2009 y el inicio de 2011, creemos que es posible intentar, hoy en día, otra organización generacional de las respectivas sentencias de anulación²⁰.

Así, siguiendo a Christoph SCHREUER, se defiende la existencia de una primera generación de sentencias de anulación compuesta por las decisiones de anulación de los casos *Klöckner* y *Amco*, en los que, como se ha visto, y según el entendimiento de la generalidad de la doctrina, el modelo de (mera) anulación no se hubiera todavía interiorizado²¹.

A esta primera generación de sentencias le siguió una segunda generación de decisiones de anulación, en la que se nota una cierta inhibición por parte de los Comités *ad hoc* al anular las sentencias arbitrales, teniendo en cuenta los límites previstos en el artículo 52 de la Convención y las críticas recibidas por las anteriores sentencias *Klöckner I* y *Amco I*.

En efecto, y pronunciándose sobre las sentencias de anulación de aquello a lo que llamaríamos la segunda generación, Christina KNAHR refiere que *recent annulment committees seem to be aware of the potential risk of exceeding their competence and acting like an appellate court. Thus they have restrained themselves and cautiously exercised their powers. They have consistently emphasized the fact that they are not courts*

*of appeal and have acted in conformity of this assessment*²².

Esta segunda generación de anulaciones (que, en el fondo, abarca la segunda y la tercera generaciones descritas por Christoph SCHREUER), incluye todas las sentencias de anulación después de las sentencias de anulación de los casos *Klöckner I* y de *Amco I*, hasta la sentencia *MHS vs. Malasia* (y exceptuando la sentencia *Mitchell vs. Congo* que, desde nuestro punto de vista, anticipa ya la tercera generación de sentencias de anulación).

De esta manera, forman parte de esta segunda generación de sentencias de anulación las relativas a los casos *MINE vs. Guinea*, *Klöckner II vs. Camerún*, *Amco II vs. Indonesia*, *Wena Hotels vs. Egipto*, *Vivendi vs. Argentina*, *CDC vs. Seychelles*, *RFCC vs. Marruecos*, *Repsol vs. Petroecuador*, *MTD vs. Chile*, *Soufraki vs. Emiratos Árabes Unidos*, *Lucchetti vs. Perú* y *CMS vs. Argentina*, que, con sus fuertes críticas a la sentencia arbitral objeto de apreciación, indicaba ya el inicio de una nueva generación de sentencias de anulación.

Según estos Comités *ad hoc*, y tal como refirió expresamente el Comité *ad hoc* del caso *CDC vs. Seychelles*: *there has been an evolution in the ICSID annulment case law and scholarship away from Klöckner I and Amco Asia I that has culminated, in our view correctly, in ad hoc Committees reviewing arbitral proceedings only to the extent of ensuring their fundamental fair-*

²⁰ NAIR, Promod y Claudia Ludwig, abogados de Herbert Smith LLP, defendieron recientemente en "ICSID annulment awards: the fourth generation?". En: *Global Arbitration Review*, volume 5, issue 5, October 2010, la tesis de que se puede hablar de una cuarta generación de procesos de anulación.

²¹ *Klöckner vs. Camerún*, Decisión de Anulación del 3 de mayo de 1985 y *Amco vs. Indonesia*, Decisión de Anulación del 16 de mayo de 1986.

²² KNAHR, Christina, "Annulment and its role in the context of conflicting awards". En: WABEL, Michael, Asha KAUSHAL, Kyo-Hwa Liz CHUNG and Claire BALCHIN, *The Backlash against Investment Arbitration - perceptions and reality*, 2010, pág. 163, se refiere a las sentencias de anulación *MTD vs. Chile*, *CMS vs. Argentina* y *Lucchetti vs. Perú*, todas ellas de 2007.

ness, eschewing any temptation to "second guess" their substantive result.

Es en esta segunda generación de sentencias de anulación donde los Comités *ad hoc* empiezan también a defender la doctrina de que la anulación de las sentencias no tiene que ser una consecuencia automática siempre que se cumpla uno de los presupuestos de anulación previstos en la Convención de Washington, sino que cada Comité *ad hoc* debe comprobar si la anulación surge como la solución más adecuada para el caso, introduciéndose así inevitablemente un juicio de discrecionalidad y de adecuación en cuanto a la opción de la decisión de anulación²³.

A este respecto, se puede leer en la decisión del Comité *ad hoc* del caso *CDC vs. Seychelles*, que, *the ad hoc committees operating during the last two decades have considered that a Committee has discretion to determine not to annul an Award even where a ground for annulment under article 52(1) is found to exist*²⁴.

Es, asimismo, en el contexto de las sentencias de anulación de la segunda generación donde se empiezan a encontrar cada vez más críticas en cuanto al acierto y a la justicia material de las sentencias arbitrales, procediéndose de esta forma, —la sentencia *CMS vs. Argentina* es paradigmática de eso— a una revisión de hecho del contenido de las sentencias, aunque sin culminar con la respectiva anulación.

En este sentido, son bien elocuentes las palabras del Comité *ad hoc* en el caso de

CMS vs. Argentina cuando considera que, *notwithstanding the identified errors and lacunas in the award, it is the case in the end that the tribunal applied article XI of the treaty. Although applying it cryptically and defectively, it applied it. There is accordingly no manifest excess of powers.*

En el mismo sentido, el referido Comité *ad hoc* escribió además que: *the award contained manifest errors of law. It suffered from lacunae and elisions. All this has been identified and underlined by the committee. However the committee is conscious that it exercises its jurisdiction under a narrow and limited mandate conferred by article 52 of the ICSID convention. The scope of this mandate allows annulment as an option only when certain specific conditions exist (...) the committee cannot simply substitute its own view of the law and its own appreciation of the facts for those of the tribunal.*

De esta forma, la sentencia de anulación del caso *CMS vs. Argentina* (apenas supuso una anulación parcial sin gran relevancia) es, así, juntamente con la anterior sentencia de anulación *Mitchell vs. Congo* y la subsiguiente sentencia de anulación *MHS vs. Malasia*, muy demostrativa de que algo estaba cambiando en el sistema CIADI en materia de decisiones de anulación de sentencias.

En efecto, en cuanto la sentencia *CMS vs. Argentina* mantiene la sentencia (procediendo sólo, como se ha referido, a una anulación parcial de la misma) a pesar de que considera que la misma cometió gra-

²³ Se ha admitido, por ejemplo, que el Comité *ad hoc* que considere que una sentencia no está debidamente fundamentada la pueda modificar, completando su fundamentación, en lugar de proceder a su anulación. En el caso *Vivendi II vs. Argentina*, se puede leer que, *if the committee deems it necessary, it may further explain, clarify or supplement the reasoning given by the Tribunal rather than annul the decision*. En este sentido, SCHREUER, Christoph, *The ICSID Convention, a Commentary*, 2009, pág. 914.

²⁴ *CDC vs. Seychelles*, Decisión de Anulación del 29 de junio de 2005.

ves errores de Derecho²⁵, las sentencias de anulación de los casos *Mitchell vs. Congo* y *MHS vs. Malasia* se pronuncian ambas sobre la *vexata quaestio* del concepto de inversión en lo que respecta a la jurisdicción del CIADI, haciéndolo en términos tan contradictorios entre sí, que la sentencia que decidió el caso *MHS vs. Malasia* fue anulada por haber adoptado el concepto de inversión defendido por el Comité *ad hoc* que anuló la sentencia *Mitchell vs. Congo*²⁶.

Ante esta situación, y como bien refiere Dohyun KIM: *the ongoing confusion as to the role of the annulment mechanism and the resulting inconsistent decisions of annulment committees jeopardize the legitimacy of the ICSID arbitration system as a judicialized body capable of shaping prospective state and individual behavior*²⁷.

La tercera generación de sentencias de anulación manifiesta, así, sus primeras señales con las sentencias *Mitchell vs. Congo* y *MHS vs. Malasia*, habiéndose prolongado a través de nueva oleada de decisiones surgidas entre 2009 y 2011, periodo en el que, en menos de dos años, se decidieron doce sentencias de anulación y se anularon cinco sentencias arbitrales²⁸.

Por ser, al mismo tiempo, precursoras de la tercera generación de sentencias de anulación (en cuanto al análisis que proce-

den en lo que respecta a las opciones tomadas por el Tribunal Arbitral ante el concepto de inversión, a efectos de la jurisdicción CIADI) y contradictorias entre ellas, se juzga oportuno volver a ver brevemente ambas sentencias de anulación, sin dejar de tener en cuenta el hecho de que una de ellas anuló la sentencia a favor del Estado y la otra anuló la sentencia a favor del inversor.

6. LOS CASOS PARADIGMÁTICOS DE LAS SENTENCIAS DE ANULACIÓN *PATRICK MITCHELL VS. CONGO* Y *MHS VS. MALASIA*

El caso *Patrick Mitchell vs. Congo* tenía en su base el asalto y cierre violento, por fuerzas militares, de un bufete de abogados, ubicado en la República del Congo, dirigido por un abogado norteamericano. El Tribunal Arbitral CIADI consideró que se estaba ante una situación de expropiación protegida por un *Bilateral Investment Treaty (BIT)*, ya que existía una inversión en el Congo, por parte del citado ciudadano norteamericano, y que dicha inversión (la apertura y mantenimiento del bufete de abogados) era relevante conforme a las normas internacionales aplicables.

Esta sentencia surgió contra la tendencia de las sentencias de anulación de segunda generación y constituyó, a nuestro

²⁵ Después de analizar aquello a lo que se llamó *errors of law*, el Comité *ad hoc* concluyó que, *the two errors made by the Tribunal could have had a decisive impact on the operative part of the award. (...) If the Committee was acting as a court of appeal, it would have to reconsider the Award on this ground.* Llegado aquí, el Comité *ad hoc* volvió a sentir la necesidad de recordar, *once more*, that it has only a limited jurisdiction under article 52 of the ICSID Convention. In the circumstances the Committee cannot simply substitute its own view of the law and its own appreciation of the facts for those of the Tribunal.

²⁶ Eso mismo queda, además patente en el voto particular de uno de los miembros del Comité *ad hoc* que anuló la sentencia del caso *MHS vs. Malasia*.

²⁷ KIM, Dohyun, "The annulment committee's role in multiplying inconsistency in ICSID arbitration: the need to move away from annulment-based system". En: *New York University Law Review*, vol. 86, April 2011, pág. 246.

²⁸ Entre 2009 y abril de 2011 se decidieron, por parte de los respectivos Comités de Anulación, los casos *MHS vs. Malasia*, *Azurix vs. Argentina*, *MCI vs. Ecuador*, *Rumeli vs. Kazajistán*, *Compagnie Transgabonais vs. Gabón*, *Helnan vs. Egipto*, *Sempra vs. Argentina*, *Enron vs. Argentina*, *Vivendi II vs. Argentina*, *Fraport vs. Filipinas*, *Sociedad Eduardo Vieira vs. Chile* y *Duke Energy vs. Chile*.

parecer, un presagio del surgimiento de una tercera generación de sentencias de anulación, habiendo sido considerada por Ben HAMIDA como esbozando el modelo de anulación *back to the starting point*²⁹.

Téngase en cuenta, además, que el propio Comité *ad hoc* que anuló la sentencia, por la supuesta falta de contribución de la "inversión" al desarrollo económico y social del Congo, tuvo —él mismo— dificultad al definir el referido criterio, refiriendo que: *ICSID tribunals do not have to evaluate the real contribution of the operation in question. It suffices for the operation to contribute in one way or another to the economic development of the host state, and this concept of economic development is, in any event, extremely broad but also variable depending on the case.*

En sentido igualmente crítico, también Irmgard MARBOE³⁰ consideró que: *the interpretations (of the concept of investment) by the annulment tribunal and the ad hoc committee are both tenable. This does not mean, however, that the latter may replace the former's view on the issue by its own in the course of an annulment procedure. Para esta autora, this approach was not in line with ICSID annulment decisions of the "third generation"*³¹.

Finalmente, el Comité *ad hoc* que

anuló la sentencia *Mitchell vs. Congo* consideró que la sentencia arbitral no había fundamentado adecuadamente el motivo por el cual se estaba en este caso ante una inversión relevante conforme a la Convención de Washington.

Sucede que la generalidad de la jurisprudencia arbitral, antes y después del caso *Mitchell vs. Congo*, continúa considerando, siguiendo lo que afirmó el Comité *ad hoc* del caso *Mine vs. Guinea* (recordado después por el Comité *ad hoc* del caso *CMS vs. Argentina*) que *the requirement to state reasons is satisfied as long as the award enables one to follow how the tribunal proceeded from point A to point B and eventually to its conclusion, even if it made an error of fact or of law. The minimum requirement is in particular not satisfied by either contradictory or frivolous reasons. (...) the adequacy of the reasoning is not an appropriate standard of review (...)*³².

Del mismo modo, también el Comité *ad hoc* del caso *Wena Hotels* ya había considerado (siendo también recordado después por el Comité *ad hoc* del caso *CMS vs. Argentina*) que: *the purpose of this particular ground of annulment (falta de fundamentación) is not to have the award reversed on its merits. It is to allow the parties to understand the Tribunal's decision. If the award does not meet the minimal requirement as*

²⁹ BEN HAMIDA, Walid, "Two nebulous ICSID Features: The notion of investment and the scope of annulment control – ad hoc committee's decision in Patrick Mitchell v. Democratic Republic of Congo". En: *Journal of International Arbitration*, vol. 24, June 2007, number 3, pág. 300. Según SCHREUER, Christoph, *The ICSID Convention – a Commentary*, 2009, pág. 915, *Mitchell v. DR Congo* stands apart from an otherwise consistent line of cases in which ad hoc committees have refrained from substituting their own view of the "correct" decision for that of the tribunal. No deja de ser interesante que Meg Kinnear, Secretaria General del CIADI, haya afirmado recientemente (*Global Arbitration Review*, 12 de abril de 2011), como resultado de las más recientes Decisiones de Anulación, que *we are not seeing a repeat of the Klöckner era*.

³⁰ MARBOE, Irmgard, "ICSID annulment decisions: three generations revisited". En: BINDER, Christina, Úrsula KRIEBAUM, August REINISCH y Stephan WITTICH, *International Investment Law for the 21st Century – Essays in Honour of Christoph Schreuer*, 2009, pág. 209.

³¹ La autora utiliza la división en generaciones presentada por Christoph SCHREUER. Cabe recordar que, a nuestro parecer, la tercera generación de sentencias, en la terminología de Christoph SCHREUER, debe ser absorbida por la segunda generación de sentencias.

³² *CMS vs. Argentina*, Decisión de Anulación del 25 de septiembre de 2007.

*to the reasons given by the tribunal, it does not necessarily need to be resubmitted to a new tribunal. If the ad hoc committee so concludes, on the basis of the knowledge it has received upon the dispute, the reasons supporting the tribunal's conclusions can be explained by the ad hoc committee itself*³³.

Ahora bien, de la lectura de la sentencia del Comité *ad hoc* que anuló el caso *Mitchell vs. Congo* queda claro que no se trata verdaderamente de *failure to state the reasons*, ni tampoco de *manifest excess of powers*, sino simplemente de una discrepancia por parte del Comité *ad hoc* en cuanto a los elementos necesarios en lo que respecta a la definición del concepto de inversión conforme a la aplicación de la Convención de Washington.

Sucede que, aun estando en causa una cuestión relacionada con la jurisdicción del CIADI, es importante señalar el modo mucho más cauteloso presentado por el Comité *ad hoc* del caso *Enron vs. Argentina* cuando consideró, años más tarde, que: *the committee agrees with the Azurix Annulment Decision that even in cases where it is claimed that the Tribunal lacked jurisdiction, the ad hoc committee will annul the decision only where the tribunal has manifestly exceeded its power: in cases where there is any uncertainty or doubt as to whether or not a tribunal has jurisdiction, that question falls to be settled by the tribunal itself in exercise of its compétence-compétence under article 41(1) of the ICSID Convention, and article 52(1)(b) does not provide a mechanism for the de novo consideration of, or an appeal against, a decision of a tribunal under article 41(1) after the tribunal has given its award*³⁴.

De manera diferente, en el segundo

caso, que dio origen a la sentencia *MHS vs. Malasia*, en el que se trataba de un litigio en torno a la ejecución de un contrato, celebrado entre las autoridades de Malasia y una entidad privada especializada en arqueología subacuática, relativo a la recuperación del contenido de un barco que se había hundido frente a la costa de Malasia y que contenía un importante acervo de antigüedades de porcelana. La base del litigio se basaba en el hecho de que, supuestamente, Malasia había incumplido los términos del contrato en lo concerniente al pago de la remuneración acordada con el inversor.

Al contrario de lo que pasó en el caso *Mitchell vs. Congo*, en el que la existencia de un bufete de abogados fue considerada una inversión al amparo de la Convención de Washington y del respectivo BIT existente entre El Congo y los EE.UU., el árbitro único que decidió el caso *MHS vs. Malasia* acabó por decidir que no estaban verdaderamente ante una "inversión", ya fuera por su naturaleza, ya fuera por su dimensión, en los términos y a los efectos de la Convención de Washington.

Teniendo en cuenta, desde luego, el hecho de que la Convención de Washington no define el concepto de inversión y de que esa es una discusión doctrinal y jurisprudencial todavía lejos de estar acabada, en ambos casos, *the defeated party asked for the annulment of the award*.

Lo más sorprendente fue el hecho de que, aunque se esté ante una cuestión en la que la opción por la aceptación o por la negación de la jurisdicción CIADI dependa de la interpretación de los criterios relativos al concepto de inversión y no de la aplicación de una o de otra legislación, ambos Comités *ad hoc* entendieron poder anular las senten-

³³ *CMS vs. Argentina*, Decisión de Anulación del 25 de septiembre de 2007.

³⁴ *Enron vs. Argentina*, Decisión de Anulación del 30 de julio de 2010.

cias (por motivos contrarios, como se verá), debido a *manifest excess of powers* (y en el caso *Mitchell vs. Congo, also by failure to state reasons*).

Más que saber si la contribución al desarrollo económico y social del Estado es o no un criterio relevante para efectos de la definición de inversión a la luz de la Convención de Washington, o de saber si los criterios del llamado "*Salini Test*"³⁵ son criterios ejemplificativos o cumulativos, lo que se destaca del análisis de estos dos casos es el hecho de que ambos Comités *ad hoc* se enzarzaron en ese análisis —a pesar de ser Comités *ad hoc* y no tribunales arbitrales— y el hecho de haber llegado a soluciones radicalmente opuestas, basadas en una idea de "justicia" material y en la búsqueda de un equilibrio entre Estado e inversor.

En efecto, de la lectura de las líneas (y entrelíneas) de ambas decisiones parece resultar que las referidas decisiones de los Comités *ad hoc* fueron del fin (de la decisión considerada justa) al principio (la búsqueda de los motivos procedimentales y formales que justificaran la solución justa), en un proceso jurídicamente invertido y naturalmente peligroso, por susceptible de instrumentalizar las formas y los procesos frente a una idea *apriorística* de justicia del caso concreto.

Así, parece que se puede decir que, en el fondo, en el caso *Mitchell vs. Congo*, la anulación ocurrió porque el Comité *ad hoc* entendió que no se trataba realmente de

una "inversión" productiva para el Congo, desde luego por no haberse probado que la asignación de los activos y del rendimiento generado hubiera contribuido al desarrollo económico de aquel país, lo que sería patente, por ejemplo, por el hecho de que el abogado en cuestión mantuviera, para efectos fiscales, su actividad en los EE.UU. y no en el Congo.

En el caso *MHS vs. Malasia*, la anulación ocurrió porque el Comité *ad hoc* consideró que el Árbitro Único no había llegado a analizar el concepto de inversión a la luz del BIT aplicable, limitándose a apreciar la cuestión en función de lo dispuesto en el artículo 25 de la Convención de Washington y de lo que a propósito de esta norma se ha venido diciendo por cierta doctrina y jurisprudencia. También aquí parece que se puede decir que, en el fondo, la opinión *a priori* del Comité *ad hoc* fue relevante para la anulación de la sentencia, en el sentido de que sería injusto que el incumplimiento contractual por parte de Malasia, independientemente del valor económico en cuestión, quedase inmune a la intervención arbitral, cuanto y más que el BIT aplicable no preveía otra alternativa al arbitraje CIADI para resolver los litigios internacionales entre las partes.

7. LA TERCERA GENERACIÓN DE SENTENCIAS DE ANULACIÓN: ¿EL MODELO PENDULAR?

La tercera generación de sentencias de anulación está constituida por las sentencias

³⁵ El llamado "*Salini Test*" surgió tras la sentencia del caso *Salini vs. Marruecos*, del 23 de julio de 2001, en la que el Tribunal hizo uso (en la secuencia de lo que ya venía apuntando la doctrina) de un conjunto de criterios como forma de determinar si determinada inversión cumplía el concepto de inversión relevante para permitir la jurisdicción de un tribunal CIADI. Así, el tribunal arbitral consideró los siguientes criterios: *contributions, a certain duration of performance of the contract and a participation in the risks of the transaction*. El Tribunal añadió todavía *the contribution to the economic development of the host state of the investment*. Las divergencias que todavía hoy perduran en la doctrina y en la jurisprudencia no se basan tanto en los criterios relevantes, sino en la naturaleza de los mismos. Así, se discute si estos criterios son ejemplificativos o taxativos y si hay que cumplir todos para que exista una inversión que permita un arbitraje CIADI. Sobre esta cuestión, SCHREUER, Christoph, *The ICSID Convention – A Commentary*, 2009, pág. 129 y siguientes.

surgidas entre 2009 y 2011, en las que se incluyen, además de la sentencia *Mitchell vs. Congo*, las sentencias *MHS vs. Malasia*, *Azurix vs. Argentina*, *MCI vs. Ecuador*, *Rumeli vs. Kazajistán*, *Compagnie Transgabonais vs. Gabón*, *Helnan Hotels vs. Egipto*, *Sempra vs. Argentina*, *Enron vs. Argentina*, *Vivendi II vs. Argentina*, *Sociedad Eduardo Vieira vs. Chile*, *Fraport vs. Filipinas* y *Duke Energy vs. Perú*.

Esta tercera generación de sentencias de anulación, que alterna decisiones de anulación con decisiones de no anulación, que se dividen unas y otras entre decisiones a favor y en contra de los inversores, podrá tener como característica no ya un mayor o menor activismo de los Comités *ad hoc* en lo que respecta a la amplitud de los criterios de anulación previstos en la Convención de Washington, sino antes su utilización (tal vez inconsciente) como forma de buscar y obtener equilibrios a escala global, a través de la corrección de casos juzgados más llamativos, entre sentencias a favor de inversores y sentencias a favor de Estados, intentando, de esta forma, reforzar la legitimidad del sistema y alejar la percepción de que la generalidad de las decisiones CIADI acaban por beneficiar siempre a los inversores, desconsiderando las razones de los Estados y las limitaciones que condicionan su acción.

Para obtener estos equilibrios, parece que importa, así, más el resultado final de la sentencia (en beneficio del Estado o del inversor) y menos el hecho de estar ante una decisión de anulación o de no anulación, lo que es patente ante la comparación de las sentencias *Mitchell vs. Congo* y *MHS vs. Malasia*, ya que, *in casu*, siendo ambas sen-

tencias en el sentido de la anulación, acaban por beneficiar en un caso a un Estado (*Congo*) y en el otro a un inversor (*MHS*).

A este respecto, y como señal de que los Comités *ad hoc* pueden estar desempeñando —de una forma no oficial y no escrita— un papel que les trasciende, como guardianes del propio sistema del CIADI como sistema legítimo y equilibrado de resolución de litigios internacionales, véanse por ejemplo, las palabras del Comité *ad hoc* del caso *Vivendi II vs. Argentina*, cuando refiere que el propósito del Comité *ad hoc* es *protect the integrity of the system*, habiendo añadido que *la protección de la integrity of the ICSID process as a whole (...) is the clear and undisputed underlying concern of article 52 of the ICSID Convention (...) i.e. all grounds invoked for annulment (...) have to be addressed in the light of this paramount policy consideration*³⁶.

Este Comité *ad hoc* consideró, asimismo, en la secuencia de lo que ya habían destacado anteriores Comités *ad hoc*, que la anulación de las sentencias no es una inevitabilidad siempre que el Comité *ad hoc* se encuentre con una causa de anulación, defendiendo antes una *measure of discretion under article 52(3) in ordering annulment or in refusing to do so (parag. 252)*³⁷.

En sentido próximo, señalando la importancia de las decisiones de los Comités *ad hoc* en relación con la supervivencia del sistema CIADI, se puede leer en la reciente decisión del Comité *ad hoc* del caso *Duke Energy vs. Perú* (1 de marzo de 2011) que, *the ad hoc committee agrees with the submission made by Peru that article 52 is to*

³⁶ En este sentido, JOHNSON, Lise, "Annulment of ICSID Awards: Recent Developments". En: *IV annual Forum for developing country investment negotiators, background papers*, October 2010, pág. 4.

³⁷ JOHNSON, Lise, "Annulment of ICSID Awards: Recent Developments". En: *IV annual Forum for developing country investment negotiators, background papers*, October 2010, pág. 4. Invocando esta misma discrecionalidad, también el Comité *ad hoc* en el caso *Sempra vs. Argentina* y *Rumeli vs. Kazajistán*.

*be read and applied on its terms in order to maintain the balance struck by the state parties to the ICSID Convention*³⁸.

Finalmente, también el Comité *ad hoc* del caso *Enron vs. Argentina* consideró que: *although there is no doctrine of binding precedent in the ICSID arbitration system, the Committee considers that in the longer term there should develop a "jurisprudence constante" in relation to annulment proceedings*³⁹.

En efecto, al contrario de lo pretendido por la Convención de Washington, lo cierto es que, sobre todo, el criterio del *manifiesto abuso de poder del tribunal* ha servido de puerta deslizante que se puede ir abriendo o cerrando, en una especie de vasos comunicantes, alternando entre decisiones a favor de inversores y decisiones a favor de Estados, en la búsqueda de una percepción de equilibrio de medio y largo plazo⁴⁰ que no contribuye, a pesar de todo, a la sensación de certeza y de coherencia que se espera de un modelo de arbitraje⁴¹.

8. CONCLUSIÓN

Esta peculiar evolución de las sentencias de los Comités *ad hoc* confirma, de

forma clara, que el proceso de sentencias CIADI está —como el mismo sistema CIADI— situado en una zona en la que chocan “placas tectónicas” y donde, por eso, es probable que ocurran “temblores de tierra”.

Según algunos especialistas en esa materia, existe alguna utilidad sistémica en la que la energía potencialmente destructiva sea liberada de forma más o menos permanente, evitándose así la acumulación excesiva que sólo se pueda resolver a través de una perturbación de elevado grado en la “escala de Richter”.

Naturalmente que es comprensible que, desde el punto de vista del confort y de la seguridad de aquellos que sufren las consecuencias de los pequeños “temblores de tierra”—sobre todo si fuera posible prever que ningún gran “temblor de tierra” exista en el espacio de su vida— es siempre preferible que no exista ningún temblor de tierra (por muy pequeño que sea) que el hecho de que existan algunos, aunque sean de pequeña magnitud.

Sin embargo, como no es posible asegurar que no ocurra una fortísima conmoción en cualquier momento, parece adecuado pensar que la liberación más o menos

³⁸ Como refiere Kim, Dohyun, “The annulment committee’s role in multiplying inconsistency in ICSID arbitration: the need to move away from annulment-based system”. En: *New York University Law Review*, vol. 86, April 2011, pág. 246, many scholars have argued that the lack of consistency in the investment law jurisprudence generated by ICSID arbitral tribunal is a key factor that has contributed to the perceived legitimacy deficit in the ICSID system.

³⁹ *Enron vs. Argentina*, Decisión de Anulación del 30 de julio de 2010.

⁴⁰ Dohyun Kim, *The annulment committee’s role in multiplying inconsistency in ICSID arbitration: the need to move away from annulment-based system*, *New York University Law Review*, vol. 86, April 2011, pág. 261, alerta sobre el hecho de *notwithstanding the intent of the Convention’s drafters, potential exists for annulment committees to exploit the vagueness of the Convention’s text and sneak in substantive review*.

⁴¹ Otro de los factores que ha causado alguna inconsistencia en el modelo de anulación, tal como se encuentra previsto en la Convención de Washington, deriva del hecho de que los árbitros de los Comités *ad hoc* pertenezcan a la “tribu” de los árbitros que normalmente se escogen como árbitros o como abogados en otros arbitrajes CIADI, en los que, de esta forma, les gusta plantear sus propias opiniones cuanto a la precisión de la decisión que están apreciando. A este respecto, véase por ejemplo, lo que pasó con el Comité *ad hoc* *CMS vs. Argentina*, en que el mismo refiere, desde el inicio, que *the present arbitration was the first of a long series relating to the Argentine crisis 2001-2002. Accordingly the Committee will seek to clarify certain points of substance on which, in its view, the Tribunal made manifest errors of law. It remains to be seen, however, whether as a consequence the award should be annulled*.

regular de energía, funcionando como válvula de escape, puede tener un valor sistémico, constituyendo, por eso, una buena (o por lo menos razonable y aceptable) solución natural.

Los autores de este trabajo no son, evidentemente, especialistas en temblores de tierra y, por eso, traen a colación este tema únicamente para ilustrar simbólica y expresivamente lo que se puede decir del sistema CIADI en general y del subsistema de anulabilidad de sentencias arbitrales a través de decisiones de Comités *ad hoc*, en especial.

Para contrastar la bondad y los riesgos de las decisiones de los Comités *ad hoc*, la cuestión central no es, así, tanto la de saber si no sería mejor que las sentencias arbitrales tuvieran valor definitivo, ni tampoco la de saber si no sería mejor que —al haber un sistema de anulación de sentencias— las decisiones de los Comités *ad hoc* fueran siempre luminosas y cristalinas e indiscutiblemente mejores que las sentencias anuladas, sino la de analizar la importancia de los Comités *ad hoc* para el mantenimiento del sistema CIADI.

Así, tal como en relación con el ejemplo paradigmático de los pequeños temblores de tierra, la cuestión correcta es la que resulta de saber si el sistema CIADI —construido él mismo sobre la principal “falla tectónica” de la comunidad internacional resultante de la posibilidad de condenar a estados soberanos por la práctica de actos soberanos— sobreviviría si no tuviera el mecanismo, por cierto falible, del artículo 52 de la Convención.

Llegados hasta aquí, surge inmediatamente una segunda pregunta: ¿será que, para los objetivos estructurales de la resolución pacífica de litigios entre Estados e inversores internacionales, es preferible correr

el riesgo de que un Comité *ad hoc* anule una buena o correcta sentencia (o, por lo menos, que anule una sentencia que no se podía anular por falta de fundamentos suficientes para tanto) yendo más allá de sus poderes o, por el contrario, correr el riesgo de que una sentencia incorrecta, en la que manifestamente no se decidió respetando las reglas explícitas e implícitas de la Convención de Washington, no pueda ser anulada y se consolide en el orden jurídico internacional sin condiciones de pacificar el litigio?

La respuesta a estas cuestiones no es, naturalmente sencilla ni fácil, sobre todo si se mantiene la negativa de un sistema de revisión de sentencias a favor de un sistema más limitado de mera anulación. Para conseguir una respuesta comprensiva no es ni siquiera adecuado usar el paradigma del arbitraje comercial. En efecto, en el arbitraje comercial existen sistemas de anulación —aunque más limitados que los previstos en los arbitrajes CIADI en cuanto a los fundamentos— y sistemas de revisión y confirmación de sentencias arbitrales, por el poder judicial estatal, como está previsto y regulado por la Convención de Nueva York.

O sea, el régimen común de arbitrajes comerciales internacionales se beneficia de un sistema preparado para corregir errores y fallos, pero las posibilidades de alterar las decisiones arbitrales es muy limitada y casi sólo restringida a casos de violación del orden público internacional.

Ahora bien, dicho de modo diferente, un sistema de arbitrajes que, en la mayoría de los casos ha condenado a Estados y en el que no existe el mecanismo de revisión o de anulación de sentencias por parte de los tribunales de esos mismos Estados, naturalmente que debe tener también una válvula de seguridad propia.

De hecho, la admisión del sistema de

anulación tiende a funcionar sobre todo y objetivamente como una válvula de seguridad para los Estados, dado que la iniciativa de los procesos arbitrales generalmente está centrada en empresas y particulares, y no admitiéndose como probable que la generalidad de los casos se haya formado por pretensiones frívolas, inconsistentes o no sustanciales, es más probable que los Estados esperen que en los procesos arbitrales ocurra lo contrario.

Ahora bien, la inexistencia de un sistema de anulación (además de la ya referida inexistencia de procedimientos de revisión y confirmación para *exequatur*) colocaría en manos del Tribunal Arbitral, y sin límites, un poder supranacional que probablemente era en 1965 (y todavía hoy) excesivo para el margen de elasticidad del sistema político internacional.

Pero, por otro lado, es posible afirmar que los tribunales arbitrales –aunque surgiendo a través de un sistema de elección de árbitros que «iguala» al Estado y al particular de otro Estado– son expresión de opciones tomadas por los Estados (y por los inversores), ya que directamente eligen a uno de los árbitros e indirectamente pueden contribuir en la elección del otro, el Presidente del Tribunal.

Por el contrario, los Comités *ad hoc* son elegidos por el Presidente del Banco Mundial (aunque con el decisivo *input* del Secretariado del CIADI, de quien recientemente, se dijo que no debería ser el 4º árbitro del Tribunal⁴²), que es una entidad de la comunidad internacional y que por eso obedece a una lógica propia y supranacional.

Eso permite llegar a dos conclusiones: el Comité *ad hoc* es expresión de un grado de densidad concreta más elevada de la comunidad internacional y –todo lo demás siendo igual– es menos sensible al Estado y al inversor concreto que está presente en el litigio, pero más atento en principio al conjunto de los Estados que forman la comunidad internacional y que originan el sistema del Banco Mundial en general y del CIADI en particular⁴³.

Por este motivo, si es verdad que, en la práctica, los Comités *ad hoc* pueden funcionar como una válvula de seguridad que favorece a los Estados, por permitir así que decisiones que les afectan sean reanalizadas y eventualmente anuladas, lo que realmente pretende proteger el régimen de anulación es el propio sistema CIADI, evitando que en situaciones límite se consoliden en el orden jurídico internacional decisiones que comprobablemente no lo merezcan.

Mucho más que la protección del sistema de Estados, es la lógica del sistema CIADI que da la razón de ser al sistema de anulación y es en función de eso que se debe apreciar, analizar y eventualmente criticar, por lo menos en los casos concretos.

Así, y sin poner en cuestión este propósito, pero intentando ir más allá del casuismo de las decisiones de los Comités *ad hoc*, al que se asocia la acumulación de decisiones abusivas y contradictorias, no es de extrañar que existan voces que defienden la alteración de la Convención de Washington, en el sentido de que se cree un *permanent investment court* o de que se busquen otras soluciones de recurso de las decisiones arbitrales.

⁴² Voto particular de Jan Hendrik Dalhuisen en la decisión del Comité *ad hoc* del caso *Vivendi II vs. Argentina*, del 10 de agosto de 2010.

⁴³ En el mismo sentido, y como refiere THOMAS, Christopher, "Investment treaty jurisprudence: fragmented or consistent?". En: *Global Arbitration Review*, 7 de abril de 2011, analizando el caso *Saipem v Bangladesh*, it is stressed that the tribunals have a duty to seek to contribute to the harmonious development of investment law and thereby meet the legitimate expectations of the community of states and investors.

trales que van más allá del actual modelo de anulación de sentencias por parte de Comités *ad hoc*⁴⁴.

Sin embargo, del deseo de revisar la Convención de Washington puede decirse (como se dice de la revisión de la Convención de Nueva York, defendida entre otros por VAN DEN BERG) que sería seguramente la apertura de una Caja de Pandora, sin que nada lleve a admitir que el resultado final (que tendría que merecer el acuerdo unánime de todos los Estados-parte de la Convención de Washington) fuera más favorable a los objetivos nucleares del sistema que a la realidad actual.

Por nuestra parte, entendemos que la perfección formal y la lógica immanente de un sistema de normas aplicadas –que fácilmente se reconoce como positiva– no puede transformarse en un fin en sí mismo, y en especial cuando estamos confrontados con la aplicación de normas que chocan con factores y sistemas complejos y con gran autonomía.

El sistema CIADI está situado en una zona de fractura, en la que chocan consideraciones jurídicas, económicas, políticas y geoestratégicas. Querer que ese sistema sea inmune a las contradicciones y controversias que de ellas resultan –transformándolo en un fin en sí mismo y en una especie de expresión de la supremacía del rigor jurídico– podría hacer más mal que bien.

En realidad, se admite que el sistema de anulación de sentencias arbitrales CIADI –hasta por la pendularidad que ha revelado– pueda acabar por funcionar, en la práctica, con un equilibrio razonable, en la tentativa de optimizar los intereses, factores y tensiones en presencia, dado que, como es deseable en un sistema jurídico, se espera que pueda conseguir normalizar tendencias, sin, a pesar de todo, conseguir destruirlas.

En ese proceso de normalización, se cree que una cierta pendularidad –que es diferente de la aceptación de soluciones abusivas, basadas en una especie de prejuicio sobre la justicia del caso concreto, como parece que sucedió en el caso *Mitchell vs. Congo*– puede ser positiva.

No se niega, sin embargo, que la realidad demuestra que, algunas veces, los Comités *ad hoc* fueron demasiado lejos (asumiéndose un derecho/deber de entrar en el análisis del mérito de las sentencias, sustituyendo la apreciación y las precomprensiones del tribunal por la apreciación y las precomprensiones del Comité *ad hoc*) y otras veces se quedaron lejos de lo que sería razonable o incluso adecuado (no valorizando elementos que, incluso en una interpretación conservadora y estricta de sus poderes, podrían haber ponderado).

Como es evidente, desde un punto de vista estrictamente jurídico y asépticamente separado del mundo real, muchas de las sen-

⁴⁴ En este sentido, VAN HARTE, GUS, *Investment Treaty Arbitration and Public Law*, 2007, pág. 180 y siguientes. En el mismo sentido, defendiendo la creación de un ICSID Appeals Body, KALNINA, Ieva y Domenico DI PIETRO, "The scope of ICSID Review: Remarks on selected problematic issues of ICSID Decisions". En: BINDER, Christina, Úrsula KRIEBAUM, August REINISCH y Stephan WITTICH, *International Investment Law for the 21st Century – Essays in Honour of Christoph Schreuer*, 2009, pág. 238) refieren que, *the two main problems with the current annulment system which most proposals for a more efficient mechanism seek to minimize relate to the system's legitimacy lacuna, most (but not exclusively) due to the lack of merits review, and the inherence of case law emerging under investment treaties*. Defendiendo un conjunto de soluciones alternativas que permitan aumentar la consistencia y la legitimidad social de las sentencias CIADI, KIM, Dohyun, "The annulment committee's role in multiplying inconsistency in ICSID arbitration: the need to move away from annulment-based system". En: *New York University Law Review*, vol. 86, April 2011, pág. 276. Véase también el ya citado texto de NAIR, Promod y Claudia LUDWIG, "ICSID annulment awards: the fourth generation?". En: *Global Arbitration Review*, volume 5, issue 5, October 2010, que favorecen soluciones del género del WTO's appellate body.

tencias de anulación merecen censura. Es el caso, por ejemplo, de las anulaciones *Mitchell vs. Congo* y *MHS vs. Malasia*, en las que los Comités *ad hoc*, en nuestra opinión, excedieron los apretados límites del artículo 52 de la Convención. Pero si analizamos las tendencias más que las sentencias, bien se puede llegar a la conclusión de que el resultado final alcanzado a lo largo de más de 25 años de sentencias de anulación ha podido haber contribuido bien, con todas las imperfecciones, al refuerzo del sistema CIADI y a su aceptabilidad más generalizada por la comunidad internacional, que hoy tal vez ya no verá el sistema como "amigo" de los inversores y "enemigo" de los Estados.

Así, volviendo a las sentencias *Mitchell vs. Congo* y *MHS vs. Malasia*, se comprueba que, aunque se pueda decir que en ambos casos los respectivos Comités *ad hoc* se permitieron exceder los límites previstos en el artículo 52 de la Convención de Washington, también es verdad que, desde el punto de vista de la lógica del sistema CIADI, como subsistema de la comunidad internacional, es posible encontrar razones que justifiquen una cierta comprensión relativamente a la razón de ser de ambas decisiones de anulación.

En efecto, y recordando lo que se ha dicho de los movimientos de las "placas tectónicas", no parece que deba olvidarse, como ya se dijo, el hecho de que en la sentencia de anulación de la decisión desfavorable a la República del Congo pueda haber estado presente el hecho de que la inversión del bufete de abogados fuera construido de tal modo que, en la práctica, el rendimiento obtenido de la propia actividad, que no era objeto de reinversión, no era tributado en ese país, sino en los EE.UU., convirtiendo la actividad concreta mucho más próxima a la lógica de las fechorías precoloniales que

a las inversiones post coloniales, materia políticamente muy sensible para la mayoría de los países africanos, cuya memoria de explotación sin reglas continúa todavía muy viva.

Por otro lado, en lo que respecta a la anulación de la decisión arbitral favorable a Malasia, seguramente que habrá pesado el hecho de que la misma (al haber negado la jurisdicción CIADI) pueda abrir el camino a situaciones de abuso, en las que los Estados se pudieran permitir violar contratos que firmaron libremente, obligando a los perjudicados a recurrir a la justicia estatal, cuando, en el origen del negocio, que tenía un elevado grado de riesgo asumido por parte del inversor, ambos hayan admitido la posibilidad de recurso al arbitraje internacional.

Ante este doble análisis (jurídico y político) se comprueba que ambas sentencias se encuentran en una encrucijada de intereses y de valores que llevan a cuestionar cuál es el papel del sistema de anulación de sentencias CIADI y cuáles son los valores que deben privilegiar los Comités *ad hoc* en el momento de apreciar las sentencias objeto de pedido de anulación.

En efecto, si a los árbitros, elegidos por el propio CIADI, se les pidiera que ayudaran a provocar "pequeños temblores de tierra" que evitaran la posibilidad de un gran "terremoto", sirviendo de esta forma a los intereses de la comunidad internacional y en concreto a los intereses que le piden concretizar también al Banco Mundial, entonces sería más fácil aceptar dichas sentencias de anulación. Si, por el contrario, se valoriza un análisis estrictamente jurídico y en una visión micro y ya no macro de la resolución de litigios entre Estados e inversores, entonces las referidas sentencias serán objeto de grandes críticas.

Sucede que, saber si la sucesión de pequeños "temblores de tierra" no provocará, sin embargo, una inseguridad y una desconfianza sobre las virtudes de este sistema que, por sí solo pueda atraer y no repeler un gran

"terremoto", es algo que dependerá mucho del modo como la política y el derecho se sepan casar en el futuro. Es que, también aquí, es preciso ir escribiendo Derecho, aunque sea con renglones torcidos. [2]