

Acumulación de arbitrajes bajo tratados bilaterales de inversión

IGNACIO SUAREZ ANZORENA*

1. Introducción

Los tratados bilaterales de inversión (TBIs) han revolucionado el escenario del derecho internacional contemporáneo y constituyen en la actualidad una fuente prolífica de arbitrajes internacionales. Estos instrumentos internacionales, que tienen como partes a dos estados soberanos, proveen a quienes califican como inversores extranjeros ciertas protecciones y garantías. A los fines de hacer valer tales protecciones y garantías, brindan acceso a un menú de opciones jurisdiccionales entre las que generalmente se cuenta el arbitraje bajo el Convenio CIADI¹ y bajo las reglas CNUDMI.²

Una de las manifestaciones más problemáticas en este novel campo del derecho es que, con creciente frecuencia, los estados parte de estos tratados están siendo objeto de múltiples reclamos con origen en un mismo núcleo fáctico legal por ante tribunales arbitrales distintos.

* Grupo de Arbitraje Internacional, Clifford Chance LLP, Londres. Las opiniones que se vierten en esta contribución son atribuibles exclusivamente al autor.

¹ Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones.

² Reglamento del Arbitraje, CNUDMI (1985), ver [www.uncitral.org].

Este fenómeno se explica por dos razones. La primera es que los tratados bilaterales de inversión confieren protección a un número indefinido de sujetos que califican como inversores extranjeros, y a la vez permiten que tales sujetos accedan a mecanismos de solución de controversias que operan sobre la base de tribunales arbitrales *ad-hoc*.³ En este contexto, por ejemplo, una medida gubernamental de carácter general puede dar lugar a tantos arbitrajes independientes e inconexos entre sí como inversores afectados. La segunda razón se relaciona con la tendencia jurisprudencial a admitir reclamos indirectos por parte de accionistas de sociedades afectadas por una determinada medida gubernamental, lo cual implica que incluso una medida particular que afecta a una determinada compañía puede derivar en múltiples reclamos con idéntico sustrato legal por ante tribunales arbitrales distintos e inconexos.⁴

El escenario se complementa con el hecho de que la inmensa mayoría de los TBIs carecen de normas sobre acumulación y, a la vez, remiten a reglas de arbitraje como CNUDMI y el Convenio CIADI, que tampoco regulan la materia. La excepción en este campo está constituida por ciertos capítulos de inversiones de Tratados de Libre Comercio, los cuales operan como una suerte de tratado de inversiones dentro de un esquema más amplio.

Pueden encontrarse específicas disposiciones sobre acumulación de arbitrajes en el capítulo 11 del Tratado de Libre Comercio para América del Norte (TLACAN o NAFTA) y en el Tratado de Libre Comercio para América Central (TLACAC o CAFTA). En el campo de los tratados bilaterales de inversiones los ejemplos son muy escasos: el tratado bilateral de inversiones modelo de los Estados Unidos de América (U.S. Model BIT),⁵ el cual se considera en el punto siguiente, constituye el supuesto más conocido.

La problemática de la multiplicidad de procedimientos conexos con lo que ella implica en materia de eficiencia, riesgo de contradicciones y de potencial

³ La mayoría de los tratados bilaterales de inversión permiten que el inversor acceda a arbitraje de conformidad con la Convención CIADI.

⁴ Ver, por ejemplo, CMS v. Argentina (Caso CIADI No. ARB/01/8), LGE v. Argentina (Caso CIADI No. ARB/02/1), Enron and Ponderosa Assets v. Argentina (Caso CIADI No. ARB/01/3), Siemens v. Argentina (Caso CIADI No. ARB/02/8), Gas Natural v. Argentina (Caso CIADI No. ARB/03/10), Sempra v. Argentina (Caso CIADI No. ARB/02/16) y Gami Investments v. México (Caso CNUDMI / NAFTA). Todos los casos están publicados en www.investmentclaims.com.

⁵ Disponible en [<http://www.state.gov/www/issues/economic/7treaty.html>].

acoso procesal hacia la parte demandada, ha dejado de ser un supuesto meramente teórico desde hace un tiempo.

Los casi 40 arbitrajes iniciados contra la República Argentina como consecuencia de las medidas económicas adoptadas en el marco de la profunda crisis económica y política de fines del año 2001 constituyen un ejemplo dramático en este sentido. Aunque algunos procedimientos han sido objeto de «acumulaciones de hecho», cerca de 40 individuos distintos, actuando en tribunales independientes, tienen la delicada responsabilidad de resolver una serie de controversias que, aunque presentan variantes, tienen como elemento común la valoración de la situación de emergencia vivida en la Argentina como circunstancia excluyente o moderadora de responsabilidad.

Otro ejemplo ilustrativo es el de los conocidos «Casos Checos», los cuales se relacionan con dos procedimientos paralelos iniciados contra la República Checa de conformidad con las reglas CNUDMI; uno primero iniciado bajo el TBI entre la República Checa y los Estados Unidos de América, con sede en Londres, y otro bajo el TBI entre la República Checa y los Estados Unidos de América, con sede en Estocolmo. Ambos casos tienen su origen en ciertas acciones y omisiones del estado huésped que alegadamente habían afectado la operación de una licencia para la explotación de un canal de Televisión por parte de una compañía checa.⁶

El primero de los casos fue iniciado por el controlante final de nacionalidad estadounidense de tal compañía local, y el segundo por parte de una sociedad intermedia incorporada en los Países Bajos, también controlada por el mismo inversor estadounidense. El resultado fue que uno de los tribunales arbitrales decidió que la República Checa no tenía que compensar al inversor estadounidense mientras el otro decidió que la sociedad holandesa debía ser compensada por más de 300 millones de dólares. Tal divergencia tuvo origen en una evaluación distinta de idénticas cuestiones legales y fácticas, y generó una situación paradójica y cuestionable para muchos: el inversor americano fue compensado a través de su participación en la sociedad holandesa pese a que su reclamo por derecho propio fracasó.

En un escenario tan proclive a la multiplicidad de reclamos con elementos comunes como el del arbitraje relativo a TBIs, las normas sobre acumulación

⁶ *Lauder v. República Checa* (CNUDMI / United States-Czech Republic TBI). *CME República Checa B.V. v. República Checa* (CNUDMI / Países Bajos-República Checa TBI). Ambos casos están publicados en www.investmentclaims.com.

compulsiva de arbitrajes no sólo son más justificables que en el caso del arbitral internacional de base contractual⁷ sino que, además, son altamente recomendables.

2. Acumulación de arbitrajes en TBIs

Se considera a continuación la operatoria de la disposición sobre acumulación incluida en el TBI⁸ entre los Estados Unidos de América y la República Oriental del Uruguay, el cual sigue los lineamientos del Modelo de Tratado de Inversiones de los Estados Unidos de América (US Model BIT).⁹

El tratado define su hipótesis de aplicación de la siguiente manera:

En los casos en que dos o más reclamaciones, conforme al Artículo 24(1) hayan sido sometidas a arbitraje por separado y tales reclamaciones planteen en común una cuestión de hecho o de derecho y resultan de los mismos hechos o circunstancias, cualquiera de las partes contendientes podrá solicitar la obtención de una orden de acumulación de procedimientos con la aprobación de todas las partes contendientes que se pretende abarcar por dicha orden o los términos de los párrafos 2 a 10.¹⁰

Para que se aplique la disposición, se requiere la presencia de dos elementos concurrentes: i) una cuestión de hecho o de derecho en común y ii) mismo origen fáctico o circunstancial. La ausencia de uno de tales elementos torna inaplicable la pretensión de acumulación.

⁷ Ver Henri C. Alvarez, *Arbitration under the North American Free Trade Agreement, Arbitration International*, Vol 13 (2000), p. 414. Según este autor: Although mandatory consolidation is not widely accepted in private commercial arbitration, it makes good sense in the case of Chapter 11 of NAFTA, which is not the usual private, consensual context of international commercial arbitration. Rather, Chapter 11 creates a broad range of claims which may be brought by an equally broad range of claimants who have mandatory access to a binding arbitration process without the requirement of an arbitration agreement in the conventional sense nor even the need for a contract between the disputing parties. In view of this, some compromise of the principles of private arbitration may be justified.

⁸ Tratado entre la República Oriental del Uruguay y los Estados Unidos de América relativo a la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (firmado el 25 de octubre de 2004 —entrada en vigor pendiente—).

⁹ Disponible en [<http://www.state.gov/www/issues/economic/7treaty.html>].

¹⁰ *Idem*, art. 33 (1).

La cláusula no persigue uniformidad en materia de interpretación de estándares jurídicos o un efecto «casatorio». Su finalidad es que las consecuencias de una acción u omisión del estado en un determinado marco circunstancial sean objeto de una sola decisión, de forma tal de limitar la incertidumbre normativa que podría surgir de decisiones inconsistentes y de evitar que el estado huésped tenga que duplicar innecesariamente sus esfuerzos de defensa.

Frente a un escenario que combina los dos elementos referidos y una solicitud de acumulación, pueden verificarse dos posibilidades: la primera es que se llegue a un acuerdo acerca de la acumulación con todas las partes involucradas, en cuyo caso se estará a lo allí acordado. De no verificarse tal acuerdo deberá constituirse un tribunal especial, denominado *Tribunal de Acumulación* siguiendo el procedimiento que se establece en el tratado. Las actuaciones de este tribunal se rigen por el reglamento CNUDMI.

El Tribunal de Acumulación debe escuchar a las partes y verificar si se encuentran presentes los dos requisitos de conexidad referidos más arriba. Con el objetivo de «*alcanzar una resolución justa y eficiente*» para las disputas, el *Tribunal de Acumulación* está facultado para: (i) asumir competencia, conocer y decidir conjuntamente sobre todas o una parte de las reclamaciones; (ii) asumir competencia, conocer y decidir respecto de una o más de las reclamaciones, cuya decisión considera que contribuiría a la resolución de las demás; o (iii) instruir a un tribunal previamente establecido a que asuma competencia, conozca y decida conjuntamente, sobre la totalidad o una parte de las reclamaciones. En este último caso, las partes que no fueron contendientes por ante este tribunal pueden solicitar que el árbitro seleccionado por la parte actora sea reemplazado por uno acordado por las partes o por uno designado por el Secretario General del CIADI. El fundamento de esta última disposición es crear un plano de igualdad entre los inversores en lo que respecta a la participación en la constitución del tribunal arbitral.

El *Tribunal de Acumulación* goza de facultades para disponer el aplazamiento de las actuaciones de los tribunales respecto de los cuales se ha formulado una solicitud de acumulación. El fundamento de tales poderes es evitar que el avance en los procedimientos torne inefectiva a la solicitud de acumulación.¹¹

¹¹ Art. 33 (10): A solicitud de una parte contendiente, un tribunal establecido conforme al presente Artículo podrá, en espera de su decisión conforme al párrafo 6, disponer que las actuaciones de un tribunal establecido conforme al Artículo 27 se aplacen, a menos que este último tribunal ya las hubiera suspendido.

Por otra parte, si se verifica una nueva reclamación respecto de la cual un *Tribunal de Acumulación* ha adoptado una decisión que implique alguna modalidad de acumulación, deberá estarse a lo dispuesto por tal tribunal, careciendo cualquier otro tribunal arbitral de jurisdicción para resolver tales cuestiones.¹² Sobre este punto, también se prevé que una parte que haya sometido una reclamación arbitraje y no haya sido nombrada en una solicitud de acumulación puede solicitar ser incluida dentro del marco de las órdenes que sobre la materia emita el *Tribunal de Acumulación*.

3. La experiencia en materia de acumulación de arbitrajes

Dada la juventud de este campo del derecho, las experiencias en materia de acumulación de procedimientos arbitrales es limitada. Como se mencionó anteriormente, varios de los reclamos contra la República Argentina relacionados con la crisis de finales de 2001 fueron objeto de acumulados de hecho al coordinar las partes la nominaciones de árbitros. Tres casos relativos a compañías de servicios sanitarios,¹³ tres casos de compañías petroleras¹⁴ y dos casos de dos accionistas de una misma compañía están siendo tratados por tribunales de composición similar o idéntica.¹⁵ Por obvias razones, no son éstos casos representativos de los problemas técnicos que se plantean en este campo.

En el campo del arbitraje bajo el capítulo 11 del NAFTA,¹⁶ en cambio, la operatoria de las cláusulas de acumulación allí previstas tuvo su inauguración

¹² Art. 33 (9) Un tribunal establecido conforme al Artículo 27 no tendrá competencia para resolver una reclamación, o parte de la misma, respecto de la cual un tribunal establecido o instruido conforme al presente Artículo haya asumido competencia.

¹³ Ver *Aguas Argentinas et al v. Argentina* (Caso CIADI No. ARB/03/19), *Aguas Provinciales de Santa Fe S.A., Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. y Interagua Servicios Integrales de Agua S.A. v. Argentina* (Caso CIADI No. ARB/03/17) y *Aguas Cordobesas S.A., Suez, y Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. v. Argentina* (Caso CIADI No. ARB/03/18).

¹⁴ Ver también *Pan American Energy LLC y BP Argentina Exploration Company v. Argentina* (Caso CIADI No. ARB/03/13), *El Paso Energy International Company v. Argentina* (Caso CIADI No. ARB/03/15), *BP America Production Company et al v. Argentina* (Caso CIADI No. ARB/04/8).

¹⁵ Ver *Sempra Energy v. Argentina* (Caso CIADI No. ARB/02/16) y *Camuzzi International v. Argentina* (Caso CIADI No. ARB/03/02).

¹⁶ Tratado de Libre Comercio del América de Norte.

con dos casos resueltos durante el año 2005. En un primer caso, un *Tribunal de Acumulación* rechazó la solicitud del gobierno de México de acumular dos reclamos cuestionando un impuesto a las bebidas refrescantes.¹⁷ En un segundo caso, un *Tribunal de Acumulación* acogió la solicitud en igual sentido formulada por el gobierno de los Estados Unidos de América con relación a tres procedimientos arbitrales cuestionando ciertas medidas impositivas y compensatorias sobre las exportaciones de madera blanda canadiense.¹⁸

Mientras los reclamos contra Estados Unidos fueron acumulados en cabeza del tribunal constituido para decidir sobre la solicitud de acumulación, los reclamos contra México fueron reenviados a los tribunales originalmente constituidos para decidir tales disputas.

Las decisiones referidas involucraron interesantes contrapuntos conceptuales. La distinción fundamental entre una y otra se relaciona con el énfasis acerca de cuales son los intereses que las normas sobre acumulación intentan preservar.

En los casos contra México, el tribunal rechazó la solicitud de la demanda por considerar, en lo fundamental, que coordinar ambos procedimientos sería engorroso, y que por tratarse de demandantes que son competidores en el mercado, sería necesario disponer complejas medidas procesales para resguardar la confidencialidad de los procedimientos.¹⁹ Se advierte en la decisión un particular énfasis en preservar la comodidad y conveniencia de las partes actoras como parámetro para determinar la acumulación.

El tribunal actuante en los casos contra Estados Unidos, por su parte, desarrolló un puntilloso y convincente análisis cuestionando directa e indirectamente las premisas que subyacen a la decisión que rechazó la solicitud de acumulación de México. Para este tribunal, el principal fundamento de las dis-

¹⁷ Ver *Corn Products International, Inc. v. United Mexican States* (Caso CIADI no. ARB (AF)/04/01) and *Archer Daniels Midland Company and Tate & Lyle Ingredients Americas, Inc. v. United Mexican States* (Caso CIADI no. ARB (AF)/04/05), Orden del Tribunal de Acumulación del 20 de Mayo de 2005. Disponible en [www.worldbank.org/icsid].

¹⁸ Ver *Canfor Corp. v. United States of America, Tembec, Inc et al v. United States of America and Terminal Forest Products, Ltd. v. United States of America*, Orden del Tribunal de Acumulación del 7 de septiembre de 2005. Disponible en [www.naftaclaims.com].

¹⁹ Ver *Corn Products International, Inc. v. United Mexican States* (ICSID case no. ARB (AF)/04/01) and *Archer Daniels Midland Company and Tate & Lyle Ingredients Americas, Inc. v. United Mexican States* (ICSID case no. ARB (AF)/04/05), Orden del Tribunal de Acumulación del 20 de Mayo de 2005, párrafo 19.

posiciones sobre acumulación en el capítulo 11 del NAFTA es evitar que los estados sufran un acoso procesal por tener que defenderse de manera separada frente a reclamos que surgen de un mismo núcleo fáctico-circunstancial. Bajo esta premisa, la conveniencia y comodidad de las partes actoras, si bien relevante, pierde fuerza relativa como factor en una decisión acerca de si corresponde dictar una orden de acumulación o no.

4. Consideraciones finales

Los reclamos basados en TBIs han sensibilizado notablemente la percepción de los estados en lo que concierne al arbitraje internacional. Y la posibilidad de que un estado esté sometido a una sucesión interminable de reclamos con origen en un mismo núcleo fáctico-legal no contribuye a la credibilidad y sustentabilidad de los mecanismos de solución de controversias incorporados en los TBIs.

La sensación es que los estados se han puesto en una situación procesalmente incómoda al ofrecer arbitraje en los TBI y no incorporar disposiciones que eviten una atomización descontrolada de reclamos por ante tribunales inconexos. Los nuevos modelos de TBIs y los capítulos de inversiones de los *Tratados de Libre Comercio*, conscientes de esta situación, incorporan de manera creciente mecanismos de acumulación procesal en lo que concierne a la solución de disputas entre inversores y estados.

El tema no es ajeno a la realidad jurídica del estado peruano por dos razones contrapuestas: por un lado, los Tbis vigentes lo exponen a tan indeseable multiplicidad; por el otro, el *Tratado de Libre Comercio* que ha negociado con los Estados Unidos de América incorpora los mecanismos para minimizarla.