

# ANULACIÓN DE LAUDOS ARBITRALES EN EL CIADI

GONZALO CORDERO ARCE\*

**RESUMEN:** El presente artículo describe y analiza la anulación de laudos arbitrales en procedimientos seguidos ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) conforme a las normas del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (Convención de Washington). La descripción y análisis se hace principalmente desde el punto de vista de la jurisprudencia de las comisiones arbitrales, complementada por la opinión de la doctrina. Se describen las características generales del procedimiento de anulación y se hace un análisis pormenorizado de las causales de anulación contempladas en la Convención de Washington.

**Palabras clave:** Arbitraje comercial, derecho mercantil internacional, convenciones internacionales.

**ABSTRACT:** This article describes and analyses the annulment of arbitral awards in procedures before the International Centre for the Settlement of Investment Disputes (ICSID), according to the rules of the Convention on the Settlement of Disputes between States and Nationals of Other States (Washington Convention). The description and analysis is made mostly on the basis of the rulings of the arbitral commissions and the opinions of authors. There is a description of the general aspects of the annulment procedure and there is a detailed analysis of the grounds for annulment established under the Washington Convention.

**Key words:** Commercial arbitration, international commercial law, international conventions.

## I. GENERALIDADES

### (A) INTRODUCCIÓN

El Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (“Convención de Washington” o la “Convención”), en vigor en Chile a partir de 1991, contempla un procedimiento arbitral para la resolución de controversias entre Estados e inversionistas extranjeros. La Convención de Washington contempla asimismo la creación del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI o el Centro), ente cuya misión es proporcionar servicios para la conciliación y el arbitraje de diferencias en materia de inversión entre Estados Contratantes y nacionales de otros Estados Contratantes.

Los Acuerdos sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (APPI o BIT por sus siglas en inglés), acuerdos en que los Estados signatarios se comprometen a otorgar ciertas garantías mínimas a inversionistas del otro Estado firmante del acuerdo<sup>1</sup>, contem-

---

\* Abogado Pontificia Universidad Católica de Chile, LLM Columbia University.

<sup>1</sup> De acuerdo a la información contenida en la página web del Comité de Inversiones Extranjeras ([www.cinver.cl](http://www.cinver.cl)), Chile ha suscrito 52 Acuerdos sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, 38 de los cuales se encontraban vigentes [fecha última visita: 21 de mayo de 2005].

plan normas sobre solución de controversias en las que se dispone que dichas controversias podrán ser llevadas ante ciertos órganos arbitrales, entre los que generalmente se encuentra el CIADI. Asimismo, es frecuente que en tratados multilaterales o bilaterales de libre comercio e inversión se contemplen disposiciones sobre resolución de controversias que establecen que las mismas sean sometidas a las normas de la Convención de Washington. Así es, por ejemplo, en el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (NAFTA, por sus siglas en inglés); en el Tratado de Libre Comercio entre Estados Unidos y Centroamérica; en el Protocolo sobre Inversión de Colonia, del Mercosur; y en los tratados de libre comercio suscritos por Chile con Estados Unidos, Canadá y México.

El número de disputas ante el CIADI ha sufrido un explosivo aumento en los últimos años. A la fecha de este artículo se habían concluido más de 90 casos, encontrándose un número similar de casos pendientes<sup>2</sup>.

Algunas de las características que han hecho al arbitraje CIADI atractivo para los inversionistas extranjeros son las siguientes:

– *Foro especializado*. Previo a la existencia del CIADI, los inversionistas extranjeros que tuvieran disputas con el Estado en cuyo territorio habían efectuado su inversión tenían que someterse a la jurisdicción de los tribunales locales, con todas las desventajas que ello implica en cuanto al desconocimiento de la ley local y de los tribunales locales, o lograr que el Estado accediera a someter una eventual disputa a un tribunal arbitral *ad hoc* o a un tribunal establecido conforme a las normas de un centro de arbitraje, algo no siempre posible. En cambio, ahora los inversionistas cuentan con un foro especializado en disputas entre Estados e inversionistas, al que incluso pueden llevar al Estado sin necesidad de obtener su consentimiento, en los casos en que exista un APPI entre el Estado en que han realizado su inversión y el Estado del cual el inversionista es nacional<sup>3</sup>.

– *Normas que facilitan el reconocimiento de los laudos*. El artículo 54 de la Convención, en su primer párrafo, dispone que “[t]odo Estado Contratante reconocerá al laudo dictado conforme a este Convenio carácter obligatorio y hará ejecutar dentro de sus territorios las obligaciones pecuniarias impuestas por el laudo como si se tratara de una sentencia firme dictada por un tribunal existente en dicho Estado”<sup>4</sup>. Esta norma aparece incluso más favorable para la parte que demanda el reconocimiento del laudo que las normas contempladas en la Convención de Nueva York sobre Reconocimiento y Ejecución de Laudos Arbitrales o en la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el derecho mercantil internacional (CNUDMI), esta última recogida recientemente en la legislación chilena a través de la Ley 19.971, sobre arbitraje comercial internacional, publicada en el *Diario Oficial* con fecha

<sup>2</sup> Información disponible en [www.worldbank.org/icsid](http://www.worldbank.org/icsid) [fecha última visita: 21 de mayo de 2005].

<sup>3</sup> Se entiende que los Estados han prestado su consentimiento en forma previa a través del respectivo APPI.

<sup>4</sup> Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 54 (1) de la Convención, en lo referido al reconocimiento, la ejecución de los fallos necesariamente debe efectuarse a través de los tribunales locales y conforme a las normas aplicables en el territorio en el que se pretende llevar adelante la ejecución. Cfr. arts. 54 (2) y 54 (3) de la Convención.

29 de septiembre de 2004. En efecto, tanto la Convención de Nueva York como la Ley Modelo contemplan una serie de causales que permiten a una parte oponerse al reconocimiento del fallo. Así, en ambas se dispone que se puede denegar el reconocimiento o ejecución si es que la composición del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo celebrado entre las partes o, en defecto de tal acuerdo, si es que no se han ajustado a la ley del país donde se efectuó el arbitraje. Asimismo, se puede denegar el reconocimiento o la ejecución si es que el laudo no es aún obligatorio para las partes o ha sido anulado o suspendido por un tribunal del país en que, o conforme a cuyo derecho, ha sido dictado ese laudo, o si es que el tribunal comprueba que, según la ley local, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje, o si es que el reconocimiento o la ejecución del laudo fueran contrarios al orden público del país en que pretende ejecutarse el fallo.

– *Excluye la intervención de los tribunales locales.* El artículo 26 de la Convención, en su primera parte, dispone que “[s]alvo estipulación en contrario, el consentimiento de las partes al procedimiento de arbitraje conforme a este Convenio se considerará como consentimiento a dicho arbitraje con exclusión de cualquier otro recurso”. Esta norma se ha interpretado generalmente como la más clara expresión de la naturaleza autónoma y autosuficiente del procedimiento arbitral establecido en la Convención<sup>5</sup>. En efecto, la Convención contempla un elaborado proceso destinado a evitar la injerencia de tribunales locales. Así, por ejemplo, se puede observar en las normas sobre constitución del tribunal (arts. 37-40), falta de comparecencia de una de las partes (art. 45 (2)), derecho aplicable (art. 42 (1)), etc. El único contexto en que los tribunales locales pueden intervenir es en el de la ejecución de los laudos. De este modo se evita, en la medida de lo posible, lo que para muchos inversionistas extranjeros es un inconveniente, cual es, el tener que lidiar con los tribunales locales. La Ley Modelo de la CNUDMI también busca limitar al máximo la intervención de los tribunales locales<sup>6</sup>. Sin embargo, en la Ley Modelo, así como en la Ley 19.971, se contempla que los tribunales locales intervengan en las siguientes instancias: designación de árbitro a falta de acuerdo, recusaciones y remociones del árbitro, decisión del tribunal arbitral de declararse competente y petición de nulidad del fallo.

En relación con la exclusión de la intervención de los tribunales locales, un aspecto particularmente destacado es el procedimiento de anulación de los laudos arbitrales. A diferencia de lo que ocurre en otro tipo de procedimientos arbitrales, en el caso de la Convención los tribunales locales no intervienen en el procedimiento de anulación, sino que el procedimiento mantiene su carácter autónomo a este respecto.

<sup>5</sup> Cfr. C. SCHREUER *The ICSID Convention: A Commentary* (Cambridge University Press, 2001) p. 346; K.V.S.K. NATHAN, *The ICSID Convention* (Juris Publishing) p. 64.

<sup>6</sup> El art. 5 de la Ley Modelo dispone: “*En los asuntos que se rijan por la presente ley, no intervendrá ningún tribunal salvo en los casos en que esta ley así lo disponga*”.

En lo que sigue se describirán las características más relevantes del procedimiento de anulación de los laudos arbitrales, su alcance y extensión, y se hará un análisis de las causales de anulación, todo ello sobre la base de lo resuelto por la jurisprudencia, que tiene un papel muy destacado en el sistema del CIADI, y la doctrina de los autores.

## (B) CARACTERÍSTICAS GENERALES DEL PROCEDIMIENTO DE ANULACIÓN DE LAUDOS ARBITRALES EN EL CIADI

Como ya se señaló, una de las características más relevantes de los arbitrajes CIADI, que a su vez constituye un gran atractivo para los inversionistas extranjeros, es la autonomía e independencia que mantienen respecto de las normas nacionales sobre arbitraje y los tribunales nacionales. Dentro de este contexto de autonomía, el procedimiento de anulación de laudos arbitrales sobresale pues permite insular casi completamente el procedimiento arbitral de las normas o tribunales nacionales<sup>7</sup>, a niveles en que no es posible hacerlo en otros sistemas arbitrales.

El artículo 53 de la Convención dispone que *"El laudo será obligatorio para las partes y no podrá ser objeto de apelación ni de cualquier otro recurso, excepto en los casos previstos en este Convenio"*. Los recursos contemplados en la Convención son el de aclaración (art. 50), revisión (art. 51)<sup>8</sup> y el de anulación (art. 52)<sup>9</sup>.

Conforme a lo establecido en el artículo 52 (3) de la Convención, las solicitudes de anulación de un laudo arbitral serán sometidas al conocimiento de una comisión *ad hoc* integrada por tres personas seleccionadas por el Presidente del Consejo Administrativo del Banco Mundial de la Lista de Árbitros que mantiene el CIADI<sup>10</sup>. La comisión *ad hoc* se constituye sin intervención de las partes. No existe un tribunal permanente para conocer las solicitudes de anulación.

<sup>7</sup> Como ya se mencionó, solo en los casos de ejecución forzosa del laudo la intervención de los tribunales locales se hace inevitable.

<sup>8</sup> Las solicitudes de aclaración y de revisión se presentan, de ser posible, ante el mismo tribunal que dictó el laudo. De no ser ello posible deberá constituirse un nuevo tribunal, conforme al procedimiento contemplado en la Convención. La aclaración tiene por objeto resolver diferencias que existan entre las partes respecto del sentido o alcance del laudo. La revisión se puede presentar en caso que se descubra *"algún hecho que hubiera podido influir decisivamente en el laudo, y siempre que, al tiempo de dictarse el laudo, hubiere sido desconocido por el Tribunal y por la parte que inste la revisión y que el desconocimiento de esta no se deba a su propia negligencia"*.

<sup>9</sup> Cabe tener presente que un documento publicado por el Secretariado del CIADI con fecha 22 de octubre de 2004 (*Possible Improvements of the Framework for ICSID Arbitration. Discussion Paper*), se sugiere como una posible mejora al sistema arbitral del CIADI la creación de un mecanismo de apelación. Dicha medida requeriría de la ratificación unánime de todos los firmantes de la Convención de Washington, lo que en la práctica es muy difícil de lograr, o de un tratado entre dos o más Estados partes de la Convención de Washington que consientan en modificar la misma, conforme a los requisitos contemplados en el artículo 41 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

<sup>10</sup> Los arts. 12 - 16 de la Convención establecen el mecanismo para la conformación de la Lista de Arbitros.

La anulación, tal como esta concebida en la Convención, es un recurso limitado, pues no está destinada a revisar los méritos de la decisión del tribunal arbitral, como tampoco a corregir errores de hecho o de derecho. En efecto, conforme al artículo 52 (1) de la Convención, la anulación solo puede fundarse en alguna 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.

Como se puede apreciar del listado de causales de anulación establecidas por la Convención, la anulación solo está destinada a velar por la legitimidad del proceso de decisión, y no le concierne la corrección sustantiva del fallo, a diferencia de lo que ocurre en el caso de una apelación.

Asimismo, la anulación se diferencia de la apelación en los efectos que ambas producen en caso de ser acogidas. Una apelación exitosa resulta en la modificación del laudo, en tanto que una solicitud de anulación que es acogida resulta en la invalidación del laudo. Frente a una solicitud de anulación, la comisión *ad hoc* solo puede optar entre invalidar el laudo (total o parcialmente) o dejarlo intacto. En caso de que decida anular el laudo, la comisión no puede sustituir el laudo anulado por uno nuevo o modificarlo. En efecto, conforme al artículo 52 (6), “[s]i el laudo fuere anulado, la diferencia será sometida, a petición de cualquiera de las partes, a la decisión de un nuevo Tribunal”.

El carácter limitado de la anulación, así como su distinción con la apelación, ha sido claramente reconocido por distintas comisiones *ad hoc*. En la decisión sobre anulación en el caso *MINE*, la comisión *ad hoc* señaló a este respecto:

*“Article 52 (1) makes it clear that annulment is a limited remedy. This is further confirmed by the exclusion of review of the merits of awards by Article 53. Annulment is not a remedy against any incorrect decision. Accordingly, an ad hoc Committee may not in fact reverse an award on the merits under the guise of applying Article 52”*<sup>11</sup>.

En *Wena*, otra decisión sobre anulación, la comisión *ad hoc* confirmó el carácter limitado de la anulación:

*“As has been stated in earlier published decisions made on requests for annulment of ICSID awards, the remedy of Article 52 is in no sense an appeal. The power for review is limited to the grounds of annulment as defined in this provision”*<sup>12</sup>.

<sup>11</sup> *Maritime International Nominees Establishment v. Republic of Guinea*, Decision on Annulment, 22 December 1989, 4 ICSID Reports 85.

<sup>12</sup> *Wena Hotels Ltd. v. Arab Republic of Egypt*, Decision on Annulment, 5 February 2002, 41 International Legal Materials 938.

### (C) ALCANCE Y EXTENSIÓN DEL PROCESO DE ANULACIÓN EN LA JURISPRUDENCIA DE LAS COMISIONES *AD HOC*

El alcance y extensión del proceso de anulación generó una polémica, en la cual se reveló la permanente tensión existente entre los objetivos de finalidad y justicia que inspiran el procedimiento de anulación de laudos arbitrales. Efectivamente, el deseo de que los procesos arbitrales no se prolonguen excesivamente ha colisionado en ocasiones con la aspiración a que los mismos sean conducidos respetando ciertas garantías de justicia. Precisamente con relación a esta cuestión es que se ha dividido la historia de los procedimientos de anulación en el CIADI en tres etapas.

La primera etapa está representada por los dos primeros casos de anulación, *Klockner I* (1985)<sup>13</sup> y *Amco I* (1986)<sup>14</sup>, que generaron bastantes críticas pues se estimó que en ellos las comisiones *ad hoc* se habían excedido del ámbito propio de la anulación al efectuar una revisión de fondo en ambos casos, labor más propia de una apelación que de una anulación. Ambas comisiones interpretaron en forma amplia la función revisora contemplada en el artículo 52 de la Convención, lo que muchos críticos estimaron como una atentado a uno de los principios básicos de los procedimientos arbitrales, esto es, la finalidad del laudo. Se criticó el activismo de las comisiones en estos casos. Algunos autores llegaron incluso a temer que con la interpretación dada por las comisiones *ad hoc* en *Klockner I* y *Amco I* se había puesto en peligro la efectividad y confiabilidad del sistema arbitral del CIADI<sup>15</sup>. En la Reunión Anual del Consejo Administrativo del CIADI el año 1986, el entonces Secretario General del CIADI, Ibrahim Shihata, manifestó su preocupación por el efecto que las decisiones en *Klockner I* y *Amco I* podían tener sobre la confianza de los inversionistas y Estados en el CIADI como centro de resolución de controversias, dado el riesgo de que se hiciera frecuente la práctica de que la parte que quedara insatisfecha con el laudo solicitara la anulación del mismo<sup>16</sup>.

Un ejemplo del rol más activo adoptado por las comisiones *ad hoc* en esta primera etapa es la posición adoptada por la comisión *ad hoc* en *Klockner I* respecto de si, en caso de constatar la existencia de alguna de las causales de anulación contempladas en la Convención, debía proceder a anular el laudo en forma automática o si era discrecional hacerlo. El artículo 52 (3) de la Convención, en su parte final, dispone que la "Comisión tendrá facultad para resolver sobre la anulación total o parcial del laudo por alguna de las causas enumeradas en el apartado (1)". La comisión *ad hoc* en *Klockner I* consideró que en caso de constatar la existencia de alguna de las causales de anulación contempladas en la Convención, la comisión debía proceder en forma automática a la anulación:

<sup>13</sup> *Klockner Industrie-Anlagen GmbH and others v. United Republic of Cameroon and Société Camerounaise des Engrais*, Decision annulling the award, May 3, 1985, 2 ICSID Report 95.

<sup>14</sup> *Amco Asia Corporation and others v. Republic of Indonesia*, Decision annulling the award, May 16, 1986, 1 ICSID Report 509.

<sup>15</sup> Cfr. REISMAN, Michael, "The Breakdown of the Control Mechanism in ICSID Arbitration", en *Duke Law Journal* 739 (1989).

<sup>16</sup> Citado por Eric A. SCHWARTZ, "Finality at What Cost? The Decision of the Ad Hoc Committee in *Wena Hotels v. Egypt*" en *Annulment of ICSID Awards*, Emmanuel Gaillard y Yas Banifatemi, editores, (Juris Publishing), p. 50.

*"[T]he Committee is inclined to consider that the finding that there is one of the grounds for annulment in Article 52 (1) must in principle lead to a total or partial annulment of the award, without the Committee having any discretion, the parties to the Washington Convention and the parties to an arbitration under the ICSID Convention having an absolute right to compliance with the Convention's provisions, and in particular with the provision's of Article 52"*<sup>17</sup>.

En una segunda etapa las comisiones *ad hoc* adoptaron una interpretación más cautelosa en cuanto a los alcances y extensión del recurso de anulación. Las decisiones en *MINE*, *Klockner II* y *Amco II* sirvieron para disipar de algún modo las preocupaciones que se generaron respecto de la confiabilidad y efectividad del sistema CIADI tras las decisiones de la primera etapa. Las comisiones *ad hoc* en *Klockner II* y *Amco II*, decisiones que no han sido publicadas, rechazaron las solicitudes de anulación. En *MINE* la comisión determinó lo siguiente:

*"The Convention does not require automatic exercise of that authority to annul an award whenever a timely application for its annulment has been made and the applicant has established one of the grounds for annulment.*

*[The ad hoc Committee] may, however, refuse to exercise its authority to annul an award where annulment is clearly not required to remedy procedural injustice and annulment would unjustifiably erode the binding force and finality of ICSID awards"*<sup>18</sup>.

Finalmente, en una tercera etapa, constituida por las decisiones en los casos *Vivendi*<sup>19</sup> y *Wena*, se reafirmó la posición más restrictiva respecto de la procedencia de la anulación. En estos casos, ambos del año 2002, las comisiones *ad hoc* establecieron que solo procederían a la anulación de un laudo en caso que existieran motivos serios y graves que lo justificaran. En palabras de la comisión *ad hoc* en *Vivendi*, *"the Committee (...) must guard against the annulment of awards for trivial cause"*<sup>20</sup>.

Respecto a la cuestión de si, en caso de presentarse alguna de las causales contempladas en el artículo 52 (1), la comisión *ad hoc* debe proceder a la anulación en forma automática o puede actuar en forma discrecional, *Vivendi* resolvió que:

*"[A]n ad hoc committee has a certain measure of discretion as to whether to annul an award, even if an annulable error is found. Article 52 (3) provides that a committee*

<sup>17</sup> *Klockner v. Cameroon*, 2 ICSID Reports 162.

<sup>18</sup> *Mine v. Guinea*, 4 ICSID Reports 85, p. 86.

<sup>19</sup> *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal v. Argentine Republic*, Decision on application for annulment, July 3, 2002, 41 International Legal Materials 1135.

<sup>20</sup> *Vivendi v. Argentina*, 41 International Legal Materials 1149.

*"shall have the authority to annul the award or any part thereof", and this has been interpreted as giving committees some flexibility in determining whether annulment is appropriate in the circumstances. Among other things, it is necessary for an ad hoc committee to consider the significance of the error relative to the legal rights of the parties*"<sup>21</sup>.

Al analizar las causales de anulación más adelante, en especial la referida a la falta de motivación del laudo, se podrá ver cómo la interpretación efectuada en *Vivendi y Wena* ha movido el péndulo hacia el extremo opuesto al que se encontraba en la primera etapa, llevando a algunos autores a criticar el excesivo énfasis puesto en el propósito de finalidad en el procedimiento arbitral. A este respecto Eric Schwartz lamenta que la decisión en *Wena* manifieste una preocupación por la finalidad que ha sido llevada hasta un extremo, en desmedro del proceso y de las demás garantías que debieran resguardarse<sup>22</sup>.

De este modo, se puede comprobar que transcurridos 20 años desde las primeras decisiones de anulación, los temores de un colapso del sistema se probaron injustificados, como lo demuestra que a la fecha no se haya producido una avalancha de solicitudes de anulación, existiendo siete decisiones sobre anulación, de un total de más de 90 casos que han sido resueltos<sup>23</sup>.

#### (D) CARÁCTER TAXATIVO DE LAS CAUSALES DE ANULACIÓN

Las causales de anulación indicadas en el artículo 52 (1) de la Convención son de carácter taxativo. Cualquier solicitud de anulación debe fundarse necesariamente en alguna de dichas causales. El artículo 50 (1)(c) (iii) de las Reglas de Arbitraje del CIADI señala expresamente que las causales en que se puede fundar una solicitud de anulación "estarán limitadas" a las cinco listadas en el artículo 52 del Convenio. De este modo, una parte no podrá presentar argumentos, de hecho o de derecho, nuevos o distintos de aquellos presentados en el arbitraje original<sup>24</sup>, por cuanto todas las causales del artículo 52 se refieren a vicios ocurridos en el procedimiento de arbitraje original.

El carácter taxativo de las causales de anulación ha sido confirmado por las comisiones *ad hoc* en *Klockner I*, *MINE* y *Wena*<sup>25</sup>.

Esta limitación ha forzado a los solicitantes a presentar sus argumentos y los aparentes vicios de los laudos arbitrales exclusivamente en los términos de las causales del artículo 52.

<sup>21</sup> *Vivendi v. Argentina*, 41 International Legal Materials 1149.

<sup>22</sup> Eric A. SCHWARTZ, "Finality at What Cost? The Decision of the Ad Hoc Committee in *Wena Hotels v. Egypt*", en *Annulment of ICSID Awards*, p. 85.

<sup>23</sup> Cabe hacer notar que con fecha 20 de septiembre de 2004 se registró ante el CIADI la solicitud de anulación presentada por el Estado de Chile en el caso *MTD Equity Sdn. Bhd. y MTD Chile S.A. v. Chile* (Case No. ARB/01/7).

<sup>24</sup> Ver SCHREUER, *The ICSID Convention: A Commentary*, p. 924.

<sup>25</sup> Ver *Klockner v. Cameroon*. 2 ICSID Reports 126; *Mine v. Guinea*. 4 ICSID Reports 85; *Wena v. Egypt*, 41 International Legal Materials 938.



### (E) INTERPRETACIÓN Y EXTENSIÓN DE LAS CAUSALES DE ANULACIÓN

El artículo 52 de la Convención dispone que las partes pueden solicitar la anulación fundada “en una o más” de las causales contempladas en dicho artículo. Por lo general la estrategia utilizada por las partes en los procedimientos de anulación es invocar una variedad de causales de anulación, con la intención de que al menos una logre convencer a la comisión.

De acuerdo a la información disponible y que ha sido publicada respecto de los casos de anulación, de las cinco causales de anulación contempladas en el artículo 52 hay dos que no han sido utilizadas: que el Tribunal no estuvo debidamente constituido y que hubo corrupción de parte de un miembro del Tribunal. Las otras tres causales han sido invocadas para alegar por una amplia variedad de vicios en los laudos arbitrales.

La práctica también revela que generalmente un mismo hecho es utilizado para alegar la existencia de distintas causales. Por ejemplo, un cierto hecho es usado para alegar que el Tribunal ha excedido manifiestamente sus atribuciones y que el laudo no ha dejado constancia de las razones en que se funda.

Como se verá más adelante, en el análisis en particular de las distintas causales, las comisiones *ad hoc* ha adoptado un criterio flexible en la interpretación de los hechos que pueden dar lugar a las distintas causales.

### (F) CARÁCTER TOTAL O PARCIAL DE LA ANULACIÓN

Conforme al artículo 52 (3) de la Convención, las comisiones *ad hoc* tendrán la facultad de “resolver sobre la anulación total o parcial del laudo” por alguna de las causas contempladas en el artículo 52 (1).

Con relación a esta norma, la comisión en *Vivendi* determinó que cuando se establece la existencia de una causal de anulación, corresponde a la comisión *ad hoc*, y no a la parte que solicita la anulación, el establecer la extensión de la anulación<sup>26</sup>. De este modo, una parte que prevalece en una solicitud de anulación no puede limitar el alcance de dicha anulación<sup>27</sup>.

## II. LAS CAUSALES DE ANULACIÓN DEL ARTÍCULO 52 (1) DE LA CONVENCIÓN

### (A) “QUE EL TRIBUNAL SE HUBIERE CONSTITUIDO INCORRECTAMENTE”

La historia legislativa del artículo 52 (1) (a) revela que esta norma fue diseñada para casos como el de falta de un acuerdo entre las partes, falta de cumplimiento de los requisitos de nacionalidad o la existencia de algún otro impedimento respecto de los árbitros<sup>28</sup>.

<sup>26</sup> *Vivendi v. Argentina*, 41 International Legal Materials 1150.

<sup>27</sup> *Vivendi v. Argentina*, 41 International Legal Materials 1150.

<sup>28</sup> Cfr. SCHREUER, *The ICSID Convention: A Commentary*, p. 928.

Durante la discusión de esta norma se debatió sobre el momento del juicio arbitral en que una parte debía hacer presente al tribunal la existencia de un vicio en la constitución del tribunal. La conclusión a la que se llegó a este respecto es que si bien una parte debe hacer presente la objeción al tribunal tan pronto como tenga conocimiento de ella, deberá esperar hasta que el laudo sea dictado para presentar una solicitud de anulación<sup>29</sup>.

Lo anterior se ve confirmado por la Regla de Arbitraje 27, conforme a la cual si una parte, sabiendo o debiendo haber sabido que no se ha observado alguna disposición reglamentaria, no objeta con prontitud dicho incumplimiento, se considerará que ha renunciado a su derecho a objetar.

Esta causal de anulación no ha sido invocada en las decisiones sobre anulación que han sido publicadas y aparentemente lo mismo es cierto respecto de aquellas que permanecen sin publicar. La razón de esto, de acuerdo a lo señalado por Christoph Schreuer, es que el Secretariado del ICSID supervisa minuciosamente esta fase del procedimiento, por lo que es improbable que se dé un vicio en la constitución del tribunal<sup>30</sup>.

Los artículos 38 y 39 de la Convención establecen normas relativas a la nacionalidad de los árbitros, excluyendo a los nacionales del Estado receptor de la inversión o a connacionales de los inversionistas en ciertos casos. La infracción a dichas normas puede dar lugar a una solicitud de anulación conforme al artículo 52(1)(a).

Otras normas cuya infracción eventualmente podría dar lugar a una solicitud de anulación son las referidas a las calificaciones que deben tener los árbitros. Conforme al artículo 14(1), las personas designadas para figurar en las Listas de Árbitros deberán gozar de amplia consideración moral, tener reconocida competencia en el campo del Derecho, del comercio, de la industria o de las finanzas e inspirar plena confianza en su imparcialidad de juicio. Las mismas características deben reunir aquellas personas designadas como árbitros fuera de la lista.

(B) "QUE EL TRIBUNAL SE HUBIERE EXTRALIMITADO MANIFIESTAMENTE EN SUS FACULTADES"

La jurisdicción de un tribunal arbitral viene dada por el acuerdo de las partes de someter sus diferencias a arbitraje. Este acuerdo es el que establece los límites de la jurisdicción del tribunal.

Los casos en que comisiones *ad hoc* han debido conocer de solicitudes de anulación fundadas en esta causal pueden agruparse en dos categorías: (i) falta, exceso o no ejercicio de su jurisdicción por un tribunal, y (ii) no aplicación por el tribunal de la ley aplicable.

A continuación se examinará qué implicancia tiene el que se requiera que la extralimitación tenga un carácter manifiesto, para luego proceder al análisis de las categorías indicadas en el párrafo anterior.

<sup>29</sup> SCHREUER, *The ICSID Convention: A Commentary*, p. 929.

<sup>30</sup> SCHREUER, *The ICSID Convention: A Commentary*, p. 929.

(b.1) *Carácter Manifiesto de la Extralimitación.*

El artículo 52(1)(b) de la Convención establece que la extralimitación debe ser manifiesta. Schreuer señala que la anulación es manifiesta cuando es fácilmente entendida o reconocida, sin necesidad de un mayor análisis<sup>31</sup>. De este modo, el carácter manifiesto de la extralimitación de facultades dice relación con la facilidad con que es percibida, no con la gravedad del exceso.

Schreuer propone dos tipos de aproximaciones a este tema:

- Aproximación escalonada: La comisión *ad hoc* determina primero si es que ha habido una extralimitación de facultades. Si es que esta determinación es positiva, procede luego a determinar si la extralimitación fue manifiesta.
- Aproximación *prima facie*: La comisión *ad hoc* hace un examen sumario para determinar si la extralimitación fue tan evidente como para poder ser considerada manifiesta.

La práctica de las comisiones *ad hoc* no ha sido uniforme en la determinación de qué es lo que constituye una manifiesta extralimitación de facultades. En *Klockner I* la comisión pareció aplicar la aproximación escalonada, pues señaló que primero determinaría si es que el tribunal había excedido sus facultades y luego determinaría si es que la extralimitación fue manifiesta. Luego de examinar el laudo, la comisión determinó que, dado que la posición del tribunal era fundada y no arbitraria, no había una extralimitación de facultades<sup>32</sup>.

En *Amco I* la comisión *ad hoc* consideró que existía una extralimitación de facultades, pero no se detuvo a analizar el carácter manifiesto de esta.

En *Wena* la comisión *ad hoc* recurrió a una aproximación *prima facie*, enfocándose en el aspecto cognitivo para determinar si es que una extralimitación de facultades es manifiesta:

*"The excess of powers must be self-evident rather than the product of elaborate interpretations one way or the other. When the latter happens the excess of powers is no longer manifest. This is, among others, the reason why earlier decisions reached by ad hoc committees have been extensively debated"*<sup>33</sup>.

En *Vivendi*, sin embargo, la comisión parece adoptar una aproximación escalonada y enfocarse más en las consecuencias de la extralimitación de facultades que en el proceso cognoscitivo:

*"For all of these reasons, the Committee concludes that the Tribunal exceeded its powers in the sense of Article 52 (1)(b), in that the Tribunal, having jurisdiction over the Tucumán*

<sup>31</sup> SCHREUER, *The ICSID Convention: A Commentary*, p. 932-933.

<sup>32</sup> *Klockner v. Cameroon*. 2 ICSID Reports 116.

<sup>33</sup> *Wena v. Egypt*, 41 International Legal Materials 939 (énfasis añadido).

*claims, failed to decide those claims. Given the clear and serious implications of that decision for Claimants in terms of article 8(2) of the BIT, and the surrounding circumstances, the Committee can only conclude that the excess of powers was manifest*<sup>34</sup>.

En *Vivendi*, lo relevante en la determinación del carácter manifiesto de la extralimitación ya no es el que la misma sea autoevidente (*self-evident*), sino que lo relevante son las consecuencias (*implications*) de esta. Si las consecuencias de la extralimitación son serias y claras, entonces se considerará que se da el carácter manifiesto.

### *(b.2) Falta de Jurisdicción*

En general las comisiones *ad hoc* han considerado que el laudo de un tribunal que carece de jurisdicción es un obvio ejemplo de una extralimitación de facultades. Así lo señaló expresamente la comisión en *Klockner I*:

*"Clearly, an arbitral tribunal's lack of jurisdiction, whether said to be partial or total, necessarily comes within the scope of an 'excess of powers' under Article 52(1)(b)"*<sup>35</sup>.

Los requisitos jurisdiccionales que debe cumplir un tribunal CIADI están contemplados en el artículo 25 de la Convención, así como en la respectiva cláusula de arbitraje CIADI. La infracción a cualquiera de estas puede dar lugar a una anulación fundada en una extralimitación de facultades<sup>36</sup>.

El uso de la expresión "extralimitación" da a entender que no es necesario que la falta de jurisdicción sea absoluta, sino que puede también darse el caso que un tribunal tenga jurisdicción pero se exceda en el ejercicio de la misma.

La falta de ejercicio de la jurisdicción que un tribunal posee puede también constituir una extralimitación de facultades. Así lo ha sostenido la doctrina<sup>37</sup> y la comisión *ad hoc* en *Vivendi* se hizo cargo expresamente de esta situación:

*"It is settled, and neither party disputes, that an ICSID Tribunal commits an excess of powers not only if it exercises jurisdiction which it does not have under the relevant agreement or treaty and the ICSID Convention, read together, but also if it fails to exercise a jurisdiction which it possesses under those instruments"*<sup>38</sup>.

La misma comisión precisa en qué casos la falta de ejercicio de su jurisdicción por un tribunal puede traer como consecuencia la anulación:

*"One might qualify this by saying that it is only where the failure to exercise a jurisdiction is clearly capable of making a difference to the result that it can be*

<sup>34</sup> *Vivendi v. Argentina*, 41 International Legal Materials 1158 (énfasis añadido).

<sup>35</sup> *Klockner v. Cameroon*. 2 ICSID Reports 98.

<sup>36</sup> Ver *Klockner v. Cameroon*. 2 ICSID Reports 98.

<sup>37</sup> Ver SCHREUER, *The ICSID Convention: A Commentary*, p. 937-938.

<sup>38</sup> *Vivendi v. Argentina*, 41 International Legal Materials 1152.

*considered a manifest excess of powers. Subject to that qualification, however, the failure by a tribunal to exercise a jurisdiction given it by the ICSID Convention and a BIT, in circumstances where the outcome of the inquiry is affected as a result, amounts in the Committee's view to a manifest excess of powers within the meaning of Article 52(1)(b)*<sup>39</sup>.

En la decisión original en *Vivendi*<sup>40</sup>, el tribunal determinó que poseía jurisdicción respecto del reclamo del inversionista por los actos de la provincia de Tucumán, atribuíbles a la República Argentina, actos que infringían el APPI respectivo. Sin embargo, el Tribunal determinó que no procedía resolver los reclamos sometidos a su jurisdicción y los remitió al tribunal local de Tucumán. A este respecto, la comisión *ad hoc* en *Vivendi* sostuvo:

*"In the Committee's view, it is not open to an ICSID Tribunal having jurisdiction under a BIT in respect of a claim based upon a substantive provision of that BIT, to dismiss the claim on the ground that it could or should have been dealt with by a national court. In such a case, the inquiry which the ICSID tribunal is required to undertake is one governed by the ICSID Convention, by the BIT and by applicable international law. Such an inquiry is neither in principle determined, nor precluded, by any issue of municipal law, including any municipal law agreement of the parties"*<sup>41</sup>.

Finalmente, la comisión concluyó que el tribunal se extralimitó en sus facultades al no haber decidido sobre los reclamos del inversionista teniendo jurisdicción para ello:

*"For all of these reasons, the Committee concludes that the Tribunal exceeded its powers in the sense of Article 52 (1)(b), in that the Tribunal, having jurisdiction over the Tucumán claims, failed to decide those claims"*<sup>42</sup>.

Conforme a la Regla de Arbitraje 41(1), las excepciones de jurisdicción deberán presentarse ante el Secretario General del CIADI a más tardar antes del vencimiento del plazo fijado para la presentación del memorial de contestación, a menos que la parte no haya tenido conocimiento entonces de los hechos en los que se funda la excepción, caso en el que deberá oponerse lo antes posible. De no hacerlo así, se entenderá que ha renunciado a su derecho a objetar, según lo dispuesto en la Regla de Arbitraje 27.

<sup>39</sup> *Vivendi v. Argentina*, 41 International Legal Materials 1152.

<sup>40</sup> *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal v. República Argentina* (Caso N° ARB/97/3) Decisión de 21 de noviembre de 2000. Disponible en [http://ita.law.uvic.ca/documents/Eaux-Award-Sp\\_000.pdf](http://ita.law.uvic.ca/documents/Eaux-Award-Sp_000.pdf) [fecha de consulta: 2 de marzo de 2005]

<sup>41</sup> *Vivendi v. Argentina*, 41 International Legal Materials 1156.

<sup>42</sup> *Vivendi v. Argentina*, 41 International Legal Materials 1158.

De este modo, una parte no podría esperar el resultado del procedimiento sobre el fondo del asunto para oponer las objeciones de jurisdicción en caso que la decisión le sea desfavorable.

*(b.3) No aplicación del Derecho Aplicable.*

*(b.3.i) No aplicación del Derecho Aplicable como Causal de Anulación.*

El artículo 42(1) de la Convención establece cómo determinar la ley aplicable a la disputa:

*“El Tribunal decidirá la diferencia de acuerdo con las normas de derecho acordadas por las partes. A falta de acuerdo, el Tribunal aplicará la legislación del Estado que sea parte en la diferencia, incluyendo sus normas de derecho internacional privado, y aquellas normas de derecho internacional que pudieren ser aplicables”.*

La no aplicación de la ley aplicable no aparece mencionada expresamente en el artículo 52 (1) de la Convención como una causal de anulación. Sin embargo, dado que las normas sobre el derecho aplicable son una parte esencial de las cláusulas y acuerdos sobre arbitraje, el que a su vez determina la jurisdicción del tribunal, se ha entendido que una infracción a las disposiciones sobre derecho aplicable importa una extralimitación en las facultades del tribunal.

Se ha llegado a la misma conclusión sobre la base de una interpretación armónica de las normas ya citadas de la Convención. A este respecto la comisión *ad hoc* en *Klockner I* señaló:

*“In the opinion of the ad hoc Committee, the provisions of Article 42 could not be interpreted as stating simple evidence or recommendations to the arbitrators or an obligation without sanction. Obviously, and in accordance with principles of interpretation that are recognized generally –for example, by Article 31 of the Vienna Convention on the Law of Treaties– Article 52 on the annulment of awards must be interpreted in the context of the Convention and in particular of Articles 42 and 48, and vice versa”<sup>43</sup>.*

La comisión en *Amco I* también aceptó, aunque sin mucha discusión, el que la no aplicación del derecho aplicable importa una extralimitación de facultades.

En *MINE* la comisión *ad hoc* entregó una explicación más acabada del fundamento para considerar la no aplicación del derecho aplicable como una extralimitación de facultades:

*“[T]he parties’ agreement on applicable law forms part of their arbitration agreement. Thus, a tribunal’s disregard of the agreed rules of law would constitute a derogation of*

<sup>43</sup> *Klockner v. Cameroon*. 2 ICSID Reports 118.

*the terms of reference within which the tribunal has been authorized to function. Examples of such a derogation include the application of rules of law other than the ones agreed by the parties, or a decision not based on any law unless the parties had agreed on a decision ex aequo et bono. If the derogation is manifest, it entails a manifest excess of power*<sup>44</sup>.

En *Wena* la comisión confirmó la interpretación efectuada por las comisiones en *Klockner I*, *Amco I* y *MINE*, en cuanto a que la no aplicación del derecho aplicable puede constituir una manifiesta extralimitación de facultades<sup>45</sup>.

(b.3.ii) Distinción entre No aplicación y Errónea aplicación del Derecho Aplicable.

En general hay acuerdo en la jurisprudencia y entre los autores que un error en la aplicación de la ley no es causal de anulación conforme al artículo 52 (1) de la Convención, sino que es necesaria una no aplicación de la ley aplicable. Como veremos, las comisiones *ad hoc* han reconocido esta distinción, al menos en la teoría.

La comisión *ad hoc* en *Klockner I* sostuvo:

*"While the complaint based on failure to observe Article 42 is thus admissible in principle, it remains to be determined what exactly constitutes not deciding in accordance with such rules of law as may be agreed by the parties, or not applying the law of the Contracting State party to the dispute. This raises the fine distinction between 'non-application' of the applicable law and mistaken application of such law".*

*"It is clear that 'error in judicando' could not in itself be accepted as a ground for annulment without indirectly reintroducing an appeal against the arbitral award, and the ad hoc Committee under Article 52 of the Convention does not have the duty to say if the case has been well or ill judged, but whether the award must be annulled*<sup>46</sup>.

Esta distinción entre un error en la aplicación de la ley y la no aplicación del derecho aplicable también fue expresamente reconocida en *Amco I*, *MINE* y *Wena*, decisiones en las que se sostuvo, respectivamente:

*"The law applied by the Tribunal will be examined by the ad hoc Committee, not for the purpose of scrutinizing whether the Tribunal committed errors in the interpretation of the requirements of applicable law or in the ascertainment or evaluation of the relevant facts to which such law has been applied. Such scrutiny is properly the task of a court of appeals, which the ad hoc Committee is not. The ad hoc Committee will limit itself to determining whether the Tribunal did in fact apply the law it was*

<sup>44</sup> *Mine v. Guinea*. 4 ICSID Reports 87.

<sup>45</sup> *Wena v. Egypt*, 41 International Legal Materials 939.

<sup>46</sup> *Klockner v. Cameroon*. 2 ICSID Reports 119.

*bound to apply to the dispute. Failure to apply such law, as distinguished from mere misconstruction of that law, would constitute a manifest excess of powers on the part of the Tribunal and a ground for nullity under Article 52 (1)(b) of the Convention. The ad hoc Committee has approached this task with caution, distinguishing failure to apply the applicable law as a ground for annulment and misinterpretation of the applicable law as a ground for appeal*<sup>47</sup>.

*"Disregard of the applicable rules of law must be distinguished from erroneous application of those rules which, even if manifestly unwarranted, furnishes no ground for annulment"*<sup>48</sup>.

*"[The Committee] is also mindful of the distinction between failure to apply the proper law and the error in judicando drawn in Klöckner I, and the consequential need to avoid the reopening of the merits in proceedings that would turn annulment into appeal"*<sup>49</sup>.

Sin perjuicio de la concordancia teórica en los considerandos de las decisiones citadas más arriba, en la práctica la aproximación al tema de la distinción entre un error en la aplicación de la ley y la no aplicación del derecho aplicable fue distinta en los casos citados. En *Klockner I* y en *Amco I* las comisiones *ad hoc* fueron más allá de meramente determinar si es que los tribunales arbitrales habían aplicado el derecho aplicable, al revisar cómo había sido aplicada la ley. Esto significó que dichas decisiones fueran criticadas pues se consideró que habían traspasado la línea que separa la anulación de la apelación.

*MINE* y *Wena*, sin embargo, adoptaron una aproximación más restringida.

### (b.3.iii) Determinación del Derecho Aplicable.

Como ya se vio, el artículo 42 (1) de la Convención establece cómo determinar el derecho aplicable a la disputa.

El tribunal debe primero establecer si es que ha existido una determinación en cuanto al derecho aplicable efectuada por las partes, sea en el respectivo contrato de inversión extranjera o en el APPI correspondiente. En algunos casos tribunales CIADI han tratado de establecer si es que ha existido una determinación implícita o indirecta del derecho aplicable por las partes, sea en el contrato o acuerdo o en la conducta posterior de las partes (por ejemplo, en sus presentaciones ante el tribunal arbitral). Sin embargo, Schreuer advierte que la determinación del derecho aplicable por las partes deber ser probada y no inferida. De no haber una indicación clara a este respecto, el tribunal debe actuar sobre la base de que no existe determinación del derecho aplicable por las partes y proceder a aplicar la regla subsidiaria del artículo 42 (1)<sup>50</sup>.

<sup>47</sup> *Amco v. Indonesia*, 1 ICSID Report 515-516.

<sup>48</sup> *Mine v. Guinea*, 4 ICSID Reports 87.

<sup>49</sup> *Wena v. Egypt*, 41 International Legal Materials 939.

<sup>50</sup> SCHREUER, *The ICSID Convention: A Commentary*, p. 597.



Sobre la base del texto del artículo 42 (1) Schreuer advierte que no se debe inferir un supuesto acuerdo de las partes relativo al derecho aplicable a partir de la relación jurídica entre estas o de la conducta de las mismas durante el curso del procedimiento arbitral:

*"It is an open question whether a choice of law by the parties must be direct and explicit or can be indirect and implicit and may be inferred from the facts and circumstances of the relationship between the parties. On the other hand, imputations of a hypothetical agreement derived from the objective circumstances of a case, which are sometimes utilized in private international law, would not be in line with the meaning of Art. 42(1) and are likely to undermine the residual rule of its second sentence. The French version of the Convention, which uses the word 'adoptées' for 'agreed' in the English text, would suggest that the parties must have taken some positive action to justify an assumption of choice of law. Therefore, no conclusions as to applicable law may be drawn from the fact that the dispute has been submitted to international arbitration and certainly not from the place of the proceedings determined under Arts. 62 and 63"<sup>51</sup>.*

El artículo 42 (1) dispone que en caso que no haya acuerdo entre las partes con respecto al derecho aplicable, "el Tribunal aplicará la legislación del Estado que sea parte en la diferencia, incluyendo sus normas de derecho internacional privado, y aquellas normas de derecho internacional que pudieren ser aplicables".

Esta norma ha generado bastante controversia. ¿Son ambas normas igualmente aplicables a la controversia? ¿Si es que las normas del Estado receptor son contradictorias con las normas de derecho internacional, que norma prevalece?

Este tema ha sido abordado por distintos autores como también por las comisiones *ad hoc*. En general, la jurisprudencia de las comisiones ha evolucionado desde una posición que privilegiaba el rol del derecho local, otorgándole una función subsidiaria al derecho internacional, hacia una posición que concede un papel más amplio al derecho internacional.

Las primeras decisiones sobre anulación, al interpretar la segunda oración del artículo 42 (1), concibieron un rol limitado para el derecho internacional. A este respecto, la comisión en *Klockner I* sostuvo que el derecho internacional solo tenía una función complementaria o correctiva del derecho local, en aquellos casos en que existieran lagunas en el derecho local o si es que este estuviera en contradicción con el derecho internacional:

*"[T]he arbitrators may have recourse to the 'principles of international law' only after having inquired into and established the content of the law of the State party to the dispute (which cannot be reduced to one principle, even a basic one) and after having applied the relevant rule of the State's law."*

<sup>51</sup> SCHREUER, *The ICSID Convention: A Commentary*, p. 573.

*Article 42 (1) therefore clearly does not allow the arbitrator to base his decision solely on the 'rules' or 'principles of international law'*<sup>52</sup>.

En *Amco I* la comisión también dio primacía al derecho local, asignando una función meramente correctiva y complementaria al derecho internacional<sup>53</sup>.

La posición sostenida por las comisiones *ad hoc* en *Klockner I* y en *Amco I* parece estar respaldada por la historia fidedigna del artículo 42 (1). Como explica Schreuer refiriéndose al debate durante la Convención:

*"The Chairman's explanation of the vote which retained the reference to international law (...) pointed out that international law would come to play both in the case of a lacuna in domestic law and in the case of any inconsistency between the two (...). The formula of the supplemental and corrective effect of international law has since been widely accepted"*<sup>54</sup>.

La interpretación efectuada por las comisiones *ad hoc* en *Klockner I* y en *Amco I* fue radicalmente modificada por la decisión de la comisión en *Wena*.

En dicho procedimiento de anulación, Egipto, país receptor de la inversión, alegó que el tribunal arbitral no había aplicado la ley aplicable, sino que había privilegiado la aplicación del derecho internacional en desmedro del derecho egipcio. El laudo del tribunal arbitral determinó que dado que el caso se refería a una supuesta infracción por parte de Egipto a las normas del APPI (IPPA, en inglés) respectivo, dicho acuerdo constituía el derecho aplicable en primer término.

La comisión *ad hoc* analizó si es que el tribunal había aplicado el derecho aplicable conforme a lo dispuesto en la segunda oración del artículo 42 (1). La cuestión relevante fue planteada por el tribunal en los siguientes términos:

*"[W]hether in the instant case the Tribunal, although having referred to the law of the host State, has in fact failed to apply Egyptian law because of having turned to the application of the provisions of the IPPA as the primary source"*<sup>55</sup>.

La comisión examinó el rol del derecho internacional y del derecho local en conformidad a lo dispuesto en el artículo 42 (1):

*"Further, the use of the word "may" in the second sentence of this provision indicates that the Convention does not draw a sharp line for the distinction of the respective scope of international and of domestic law and, correspondingly, that this has the effect to confer on to the Tribunal a certain margin of power and interpretation"*<sup>56</sup>.

<sup>52</sup> *Klockner v. Cameroon*, 2 ICSID Reports, p. 122.

<sup>53</sup> *Amco v. Indonesia*, 1 ICSID Report 515.

<sup>54</sup> SCHREUER, *The ICSID Convention: A Commentary*, p. 622-623. Esto fue escrito antes de la decisión en *Wena*.

<sup>55</sup> *Wena v. Egypt*, 41 International Legal Materials 939.

<sup>56</sup> *Wena v. Egypt*, 41 International Legal Materials 941.

La comisión concluyó que tanto el derecho internacional como el derecho local tienen una función que cumplir, aunque dejó al tribunal la decisión de cuál aplicar y en qué extensión, basado en las circunstancias del caso:

*“What is clear is that the sense and meaning of the negotiations leading to the second sentence of Article 42(1) allowed for both legal orders to have a role. The law of the host State can indeed be applied in conjunction with international law if this is justified. So too international law can be applied by itself if the appropriate rule is found in this other ambit”<sup>57</sup>.*

De este modo, la comisión *ad hoc* en *Wena*, en su interpretación del artículo 42 (1) de la Convención, convirtió a la conjunción copulativa “y” en la conjunción disyuntiva “o”, otorgándole al tribunal arbitral la facultad de decidir qué ley aplicar. Asimismo, la comisión le da un significado a la palabra “pudieren”, en la segunda oración del Artículo 42 (1), que no parece estar de acuerdo con el sentido corriente<sup>58</sup> de dicha palabra, especialmente si se considera su ubicación en dicha oración. En efecto, al estar ubicada al final de la oración, es claro que la palabra “pudieren” está dirigida solo al uso del derecho internacional, no siendo aplicable respecto del derecho local.

A este respecto, Schreuer ha señalado que la frase “*que pudieren ser aplicables*” no puede ser interpretada como dando al tribunal un margen de discreción para determinar qué derecho corresponde aplicar, según sean las circunstancias del caso, pues dicha frase no está referida a la legislación del Estado parte en la disputa<sup>59</sup>.

La comisión en *Wena* concluyó que no existió una manifiesta extralimitación de facultades por parte del tribunal arbitral al aplicar el derecho internacional, puesto que el tribunal estaba facultado para determinar qué derecho correspondía aplicar.

Con posterioridad a la decisión en el procedimiento de anulación en *Wena*, diversos autores han criticado las decisiones en *Klockner I* y *Amco I* por no conferir al derecho internacional su verdadero rol.

Uno de estos críticos ha sido Emmanuel Gaillard, quien refiriéndose a la doctrina sostenida a este respecto en *Klockner I* y *Amco I*, ha señalado que no confiere al derecho internacional el rol que le corresponde conforme al artículo 42 (1) de la Convención, pues solo lo considera en su función de policía u orden público. Sin embargo, a juicio de Gaillard, el derecho internacional constituye un orden jurídico plenamente operativo, tanto en sus aspectos de orden público así como también en tanto cuerpo sustantivo de

<sup>57</sup> *Wena v. Egypt*, 41 International Legal Materials 941.

<sup>58</sup> El artículo 31 (1) de la Convención de Viena, referido a la interpretación de los tratados, dispone: “*Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin*”.

<sup>59</sup> SCHREUER, *The ICSID Convention: A Commentary*, p. 598-599.

normas (cubriendo así la totalidad de las fuentes contempladas en el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia)<sup>60 61</sup>.

Gaillard interpreta la decisión en *Wena* como un respaldo a la posición que confiere un papel más extendido al derecho internacional en el contexto del artículo 42 (1) de la Convención. En efecto, Gaillard entiende que el verdadero rol del derecho internacional, conforme a esta norma, no es el de ser un cuerpo normativo aplicable solo en subsidio del derecho local, sino que es el de ser un cuerpo sustantivo de normas en las que los tribunales CIADI pueden basar sus decisiones. Justifica esta interpretación señalando:

*"In the circumstances of each case, the freedom of ICSID tribunals to resort directly to the rules of international law as the proper rules to resolve any of the issues brought to arbitration may be all the more justifiable in that, in treaty arbitration, what is at stake is the international responsibility of the host State under the relevant treaty and, therefore, under international law. However, the fact that the arbitration is based on a treaty does not alter the scope of the ICSID tribunals' power, under Article 42(1), to determine and apply the law they deem applicable. As a result, the extent of the review of the award rendered on such basis is not altered under the standards of Article 52 of the Washington Convention"*<sup>62</sup>.

Esta interpretación de la decisión en *Wena* no es compartida por todos los autores. Gabrielle Kaufmann-Kohler entiende de un modo distinto el fallo en *Wena*, puesto que la aplicación del APPI se fundó en que este había sido incorporado al derecho local. Por ello, a juicio de esta autora no es posible interpretar que *Wena* sostiene una posición que otorga un papel más extendido al derecho internacional en el contexto del artículo 42 (1) de la Convención<sup>63</sup>.

Kaufmann-Kohler sostiene que el texto del artículo 42 (1) confiere un papel suficientemente extenso al derecho internacional. A este respecto, Kaufmann-Kohler alude al análisis efectuado por Michael Reismann del rol del derecho internacional en el artículo 42 (1). De acuerdo a Reismann, el derecho internacional es aplicable en las siguientes circunstancias:

---

<sup>60</sup> Las fuentes consideradas en el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia son: "a. las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes; b. la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho; c. los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas; d. las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho" (art. 38).

<sup>61</sup> Emmanuel GAILLARD, "The Extent of Review of the Applicable Law in Investment Treaty Arbitration", en *Annulment of ICSID Awards*, p. 234.

<sup>62</sup> Emmanuel GAILLARD, "The Extent of Review of the Applicable Law in Investment Treaty Arbitration", en *Annulment of ICSID Awards*, p.235-236.

<sup>63</sup> Gabrielle KAUFMANN-KOHLER, "Annulment of ICSID awards in Contract and Treaty Arbitrations: Are there Differences?", en *Annulment of ICSID Awards*, p. 211 - 213.

- (a) Si las partes lo han acordado (primera oración del artículo 42 (1));
- (b) Si la legislación del Estado parte en la disputa dispone la aplicación del derecho internacional (primera parte de la segunda oración del artículo 42 (1));
- (c) Si la materia objeto de la disputa es regulada directamente por el derecho internacional (segunda oración del artículo 42 (1), parte final);
- (d) Para cubrir los vacíos en la legislación local aplicable (segunda oración del artículo 42 (1), parte final – función complementaria del derecho internacional);
- (e) Para corregir o enmendar a la legislación local en los casos en que esta es contraria al derecho internacional (segunda oración del artículo 42 (1), parte final – función correctiva del derecho internacional)<sup>64</sup>.

#### (b.3.iv) Laudos basados en la equidad.

Conforme al artículo 42 (3) de la Convención, el tribunal arbitral puede, “*si las partes así lo acuerdan, decidir la diferencia ex aequo et bono*”. De este modo, si no hay acuerdo de las partes, un tribunal incurriría en una manifiesta extralimitación de sus facultades al decidir una disputa conforme a la equidad.

Sin embargo, sería muy inusual que un tribunal desconociera abiertamente el derecho aplicable para decidir conforme a la equidad. Lo más frecuente será que el tribunal disfrace consideraciones de equidad como normas legales.

Por otro lado, un tribunal puede aplicar consideraciones de equidad, aun cuando no haya un acuerdo de las partes, sin desviarse del derecho aplicable, en cuanto estas consideraciones se encuentren incorporadas en dicho derecho<sup>65</sup>.

En *Klockner I* el comité *ad hoc* consideró que el tribunal había basado su decisión en la equidad, en lugar del derecho aplicable. El tribunal identificó correctamente al derecho francés como la ley aplicable y no invocó la equidad para justificar su decisión. Sin embargo, el comité determinó, fundado en la falta de referencias al derecho aplicable y en el uso de un lenguaje muy general en el laudo, que no había decidido conforme al derecho aplicable.

La decisión en *Klockner I* ha sido objeto de críticas a este respecto, pues se ha estimado que se excedió al estimar que el uso de cierta expresiones en el fallo, tales como “corresponde en equidad”, “cierto equilibrio” y “equivalente aproximado”<sup>66</sup>, y la falta de citas específicas de fuentes legales, implicaban que el fallo estaba basado en la equidad.

En *Amco I* la comisión *ad hoc* sostuvo un criterio distinto. En este caso, al igual que en *Klockner I*, no existía acuerdo de las partes para que la disputa se decidiera conforme a la equidad. Sin embargo, la comisión en *Amco I* rechazó el criterio de que toda consideración basada en la equidad o en principios generales implicaba el fundar el fallo en la equidad, estimando a este respecto que solo procedería anular un fallo por

<sup>64</sup> Gabrielle KAUFMANN-KOHLER, “Annulment of ICSID awards in Contract and Treaty Arbitrations: Are there Differences?”, en *Annulment of ICSID Awards*, p. 211 - 213.

<sup>65</sup> *Amco v. Indonesia*, 1 ICSID Report 529.

<sup>66</sup> En la versión en inglés del fallo: “*corresponds equitably*,” “*certain equilibrium*” y “*approximately equivalent*”.

manifiesta extralimitación de facultades en caso que el tribunal decidiera *ex aequo et bono* en vez de aplicar la ley aplicable<sup>67</sup>.

Dada la falta de uniformidad en la jurisprudencia de las comisiones *ad hoc* que han tratado la cuestión de determinar si es que un laudo está fundado en la equidad o en la ley aplicable, Schreuer ha propuesto una fórmula de análisis que combina aspectos sustantivos y formales. La comisión *ad hoc* deberá examinar la intención del laudo, buscando referencias a la equidad, la justicia o conceptos similares. La comisión *ad hoc* deberá también examinar la adhesión del fallo a la ley aplicable<sup>68</sup>.

(C) "QUE HUBIERE HABIDO CORRUPCIÓN DE ALGÚN MIEMBRO DEL TRIBUNAL"

La Regla de Arbitraje 6 dispone que en la primera sesión del tribunal o antes, cada árbitro firmará una declaración, señalando, entre otras cosas, lo siguiente: "...no aceptaré instrucción o compensación alguna de ninguna otra fuente con respecto al procedimiento, salvo según lo dispuesto en el Convenio..."

La contravención a esta norma daría lugar a una presunción de que ha existido corrupción de parte de un miembro del tribunal.

La Regla de Arbitraje 6 también establece que los árbitros deben adjuntar una declaración sobre su experiencia profesional, de negocios y otras relaciones (de haberlas) que hayan tenido o tengan con las partes. Una declaración falsa o incompleta a este respecto no necesariamente servirá para acreditar corrupción del árbitro en cuestión. Habrá corrupción en cuanto la relación omitida pueda haber influido en la decisión del árbitro.

Hasta el momento no se ha sabido de alegaciones de corrupción en procedimientos de anulación. Esto puede deberse a la naturaleza secreta de las causales de corrupción. Por ello es que el artículo 52 (2) de la Convención contiene una excepción a la regla general del plazo para alegar las causales de nulidad para el caso de corrupción:

*"Las solicitudes deberán presentarse dentro de los 120 días a contar desde la fecha de dictarse el laudo. Si la causa alegada fuese la prevista en la letra (c) del apartado (1) de este Artículo, el referido plazo de 120 días comenzará a computarse desde el descubrimiento del hecho pero, en todo caso, la solicitud deberá presentarse dentro de los tres años siguientes a la fecha de dictarse el laudo".*

(D) "QUE HUBIERE QUEBRANTAMIENTO GRAVE DE UNA NORMA DE PROCEDIMIENTO"

Respecto de esta causal, es necesario tener presente una diferencia que existe entre los textos en inglés y francés y la versión en español del artículo 52 (2)(d)<sup>69</sup>. Mientras en

<sup>67</sup> *Amco v. Indonesia*, 1 ICSID Report 517.

<sup>68</sup> Ver SCHREUER, *The ICSID Convention: A Commentary*, p. 962.

<sup>69</sup> La Convención fue hecha en estos tres idiomas, siendo los textos en cada uno de ellos igualmente auténticos.

los dos primeros se hace referencia a un grave quebrantamiento de una norma *fundamental* de procedimiento<sup>70</sup>, en la versión en español no se hace calificación alguna a la norma de procedimiento, sino que solo respecto de su quebrantamiento, el que debe ser “grave”.

Sin perjuicio de esta omisión en la versión en español, debe entenderse que la anulación solo es procedente en caso de quebrantamiento grave de una norma *fundamental* de procedimiento. Como lo veremos más adelante, así lo ha entendido la jurisprudencia de las comisiones *ad hoc* y así se desprende de la historia de la Convención. Por lo demás, aparecería como un sinsentido el poder obtener la anulación de un fallo CIADI por la infracción de una norma de procedimiento de poca relevancia.

De este modo, los dos requerimientos que debe cumplir la infracción a una norma de procedimiento para constituir una causal de anulación: (i) el quebrantamiento debe ser *grave* y (ii) debe ser de una norma *fundamental* de procedimiento.

(d.1) “*Grave*” y “*fundamental*”.

El artículo 52 (2)(d) no señala cuándo el quebrantamiento es grave o cuándo una norma de procedimiento puede ser considerada como fundamental.

La respuesta a estas interrogantes debe encontrarse en la jurisprudencia de las comisiones *ad hoc* y en la historia de la Convención.

La comisión en *MINE* señaló a este respecto:

“...the text of Article 52(1)(d) makes [it] clear that not every departure from a rule of procedure justifies annulment; it requires the departure to be a serious one and that the rule of procedure be fundamental in order to constitute a ground for annulment”<sup>71</sup>.

Más adelante la comisión examinó estos dos requerimientos:

“A first comment on this provision concerns the term ‘serious’. In order to constitute a ground for annulment the departure from a “fundamental rule of procedure” must be serious. The Committee considers that this establishes both quantitative and qualitative criteria: the departure must be substantial and be such as to deprive a party of the benefit or protection which the rule was intended to provide”.

“A second comment concerns the term ‘fundamental’; even a serious departure from a rule of procedure will not give rise to annulment, unless that rule is ‘fundamental’. The Committee considers that a clear example of such fundamental rule is to be found in Article 18 of the UNCITRAL Model Law on International Arbitration which provides:

<sup>70</sup> En la versión en inglés: “that there has been a serious departure from a fundamental rule of procedure”. En la versión en francés: “inobservation grave d’une règle fondamentale de procédure”.

<sup>71</sup> *Mine v. Guinea*. 4 ICSID Reports 85.

*The parties shall be treated with equality and each party shall be given full opportunity of presenting his case.*

*The term 'fundamental rule of procedure' is not to be understood as necessarily including all of the Arbitration Rules adopted by the Centre*<sup>72</sup>.

La comisión *ad hoc* en *MINE* determinó que el quebrantamiento sería grave si era sustancial y privaba a la parte del beneficio o protección que la norma estaba destinada a proporcionarle.

La determinación de la comisión en *MINE* en cuanto a que el quebrantamiento debía ser de una norma fundamental de procedimiento se ve respaldada por la historia de la redacción del artículo 52 (1). Durante la redacción de esta norma existió consenso entre los delegados a la convención en cuanto a que no cualquier infracción a las Reglas de Arbitraje constituiría una causal de anulación, sino que solo la infracción de aquellas que pudieran ser consideradas como principios de justicia natural.

La comisión *ad hoc* en *Wena* también trató la cuestión de los requisitos para anular un fallo conforme al artículo 52 (1)(d):

*"The Applicant has to identify the fundamental rule of procedure from which the Tribunal departed and it has to show that such departure has been serious"*<sup>73</sup>.

La comisión en *Wena* siguió la definición de "grave" establecida en *MINE*, agregando que el quebrantamiento debía haber conducido al tribunal a un resultado sustancialmente distinto de aquel al que habría llegado si es que la norma se hubiese cumplido<sup>74</sup>.

*Wena* también se refiere a lo que debe entenderse por norma fundamental de procedimiento:

*"The said provision refers to a set of minimal standards of procedure to be respected as a matter of international law. It is fundamental, as a matter of procedure, that each party is given the right to be heard before an independent and impartial tribunal. This includes the right to state its claim or its defense and to produce all arguments and evidence to support it. This fundamental right has to be ensured on an equal level, in a way that allows each party to respond adequately to the arguments and evidence presented by the other"*<sup>75</sup>.

En *Vivendi* la comisión *ad hoc* se refiere al derecho a ser oído o bilateralidad de la audiencia como una norma fundamental de procedimiento<sup>76</sup>.

<sup>72</sup> *Mine v. Guinea*, 4 ICSID Reports 87.

<sup>73</sup> *Wena v. Egypt*, 41 International Legal Materials 944.

<sup>74</sup> *Wena v. Egypt*, 41 International Legal Materials 944.

<sup>75</sup> *Wena v. Egypt*, 41 International Legal Materials 944.

<sup>76</sup> *Vivendi v. Argentina*, 41 International Legal Materials 1152.



La imparcialidad del tribunal también ha sido mencionada como una norma fundamental de procedimiento. En *Klockner II* la comisión señaló a este respecto:

*"Without any doubt equality of the parties is an important principle in all jurisdictions. It is without a doubt, a fundamental rule of procedure"*<sup>77</sup>.

(d.2) *Infracciones a normas fundamentales de procedimiento en la jurisprudencia de las comisiones ad hoc.*

En todos los casos de anulación que han sido publicados se ha alegado el quebrantamiento grave de una norma fundamental de procedimiento. En particular estas alegaciones han sido las siguientes:

- Falta de imparcialidad
- Infracción al principio de bilateralidad de la audiencia
- Ausencia de deliberación por parte de los árbitros o abusos cometidos a este respecto
- Quebrantamiento a las normas probatorias

(d.2.i) Falta de imparcialidad.

Casos de manifiesta o abierta falta de imparcialidad en un tribunal CIADI, generalmente compuestos de destacados juristas, son de escasa ocurrencia.

La experiencia hasta el momento muestra que una parte alegando la falta de imparcialidad de un tribunal enfrenta una pesada carga en cuanto a probar esta infracción. En *Amco I* y en *Klockner I* se alegó la falta de imparcialidad del tribunal, pero las alegaciones fueron desechadas por las respectivas comisiones *ad hoc*.

(d.2.ii) Infracción al principio de bilateralidad de la audiencia.

Como se vio más arriba, las comisiones *ad hoc* han considerado el derecho de una parte a ser oída o bilateralidad de la audiencia como una norma fundamental de procedimiento. Sin embargo, la única alegación exitosa en este sentido se dio respecto de la decisión del segundo tribunal en *Amco* en cuanto a rectificar el laudo<sup>78</sup>. Esta decisión fue anulada por cuanto el tribunal la adoptó a petición de una parte sin darle a la otra la oportunidad de hacer sus observaciones a este respecto<sup>79</sup>.

En otros casos de anulación se han hecho alegaciones de infracción indirecta del principio de bilateralidad de la audiencia. En *Klockner I*, *Wena* y *Vivendi* los peticiona-

<sup>77</sup> *Klockner Industrie-Anlagen GmbH and others v. United Republic of Cameroon and Société Camerounaise des Engrais*. Decision rejecting the parties' application for annulment, May 17, 1990 (no publicada) p. 68.

<sup>78</sup> El artículo 49 (2) del Convenio dispone, en la parte pertinente: "A requerimiento de una de las partes, instado dentro de los 45 días después de la fecha del laudo, el Tribunal podrá, previa notificación a la otra parte, decidir cualquier punto que haya omitido resolver en dicho laudo y rectificar los errores materiales, aritméticos o similares del mismo. La decisión constituirá parte del laudo y se notificará en igual forma que este".

<sup>79</sup> *Amco Asia Corporation and others v. Republic of Indonesia*, Decision rejecting the parties' application for annulment of the award and annulling the decision on supplemental decisions and rectification, Dec. 17, 1992 (esta decisión no ha sido publicada).

rios reclamaron que el laudo se había fundado en argumentos que no habían sido discutidos por las partes ante el tribunal. Estos reclamos fueron rechazados en los tres casos mencionados, al estimar las respectivas comisiones *ad hoc* que los tribunales no están limitados, en sus laudos, a los argumentos presentados por las partes<sup>80</sup>.

(d.2.iii) Ausencia de deliberación por parte de los árbitros o abusos cometidos respecto de la misma.

En *Klockner I* el peticionario alegó que no existió una deliberación seria entre los árbitros. La alegación se fundó en las aparentes discrepancias entre la opinión de mayoría y la opinión disidente. La comisión *ad hoc* consideró que la existencia de una deliberación real, y no solo aparente, entre los árbitros constituía una norma fundamental de procedimiento<sup>81</sup>. Sin embargo la comisión estimó que en el caso concreto existía evidencia suficiente de la existencia de deliberación entre los árbitros.

En *Klockner II*, Camerún, el Estado parte en el litigio, alegó la violación del deber de secreto de las deliberaciones, contemplado en la Regla de Arbitraje 15, por parte de uno de los árbitros. En particular el reclamo se refería a la conducta del árbitro Schmidt, quien actuó como árbitro en el primer tribunal y luego como abogado de una de las partes ante el segundo tribunal constituido tras la anulación del laudo del primer tribunal.

La comisión *ad hoc* determinó que este solo hecho no constituía de por sí una violación del deber de secreto de las deliberaciones, sino que esta debía ser probada, lo que Camerún no había hecho<sup>82</sup>.

(d.2.iv) Quebrantamiento a las normas probatorias

Conforme al artículo 34 (1) de las Reglas de Arbitraje “[e]l Tribunal decidirá sobre la admisibilidad de cualquier prueba rendida y de su valor probatorio”. La Convención no contiene normas probatorias, por lo que el tribunal arbitral es soberano a este respecto.

Existen ciertas normas probatorias que pueden ser consideradas como fundamentales, por lo que su infracción puede dar lugar a la anulación del laudo<sup>83</sup>.

En *Amco I* y en *Klockner II* los solicitantes reclamaron respecto de la distribución de la carga de la prueba. En *Amco I* el reclamo fue rechazado.

En *Klockner II* la comisión consideró que la inversión de la carga de la prueba podía constituir una infracción a una norma fundamental de procedimiento, dependiendo de la relevancia de la materia en la que dicha inversión operara<sup>84</sup>.

<sup>80</sup> *Klockner v. Cameroon*. 2 ICSID Reports 129.

<sup>81</sup> *Klockner v. Cameroon*. 2 ICSID Reports 127.

<sup>82</sup> *Klockner v. Cameroon*. Decision rejecting the parties' application for annulment, May 17, 1990, p. 67-69.

<sup>83</sup> Peter D. TROOBOFF, "To What Extent May an Ad Hoc Committee Review the Factual Findings of an Arbitral Tribunal Based on a Procedural Error?" en *Annulment of ICSID Awards*, p. 258.

<sup>84</sup> *Klockner v. Cameroon*. Decision rejecting the parties' application for annulment, May 17, 1990, p. 81.

En *Wena* el solicitante alegó que el tribunal había errado al invertir la carga de la prueba. La comisión rechazó este reclamo, pues estimó que el solicitante no identificó la regla relativa a la carga de la prueba que habría sido erróneamente invertida, así como tampoco demostró el efecto que esta supuesta inversión de la carga de la prueba tuvo en el laudo o cómo se habría producido la inversión de la carga de la prueba<sup>85</sup>.

En *Wena* el solicitante también alegó que el tribunal había determinado el monto de los daños basado solo en las alegaciones de *Wena* a este respecto, sin analizar las pruebas pertinentes, y que el tribunal no había solicitado oír a un testigo relevante. La comisión rechazó estas alegaciones, pues concluyó que las reglas probatorias son de carácter discrecional y que el tribunal es soberano para evaluar la prueba<sup>86</sup>.

(E) “QUE NO SE HUBIEREN EXPRESADO EN EL LAUDO LOS MOTIVOS EN QUE SE FUNDE”

El artículo 48 (3) de la Convención dispone: “*El laudo contendrá declaración sobre todas las pretensiones sometidas por las partes al Tribunal y será motivado*”. Esta obligación del tribunal no puede ser renunciada por las partes.

Se exige que el tribunal exprese los motivos en que funda su fallo pues de este modo las partes pueden entender cómo y por qué el tribunal adoptó su determinación.

Esta causal de anulación ha sido invocada en todas las solicitudes de anulación que han sido publicadas. Ofrece las mayores posibilidades para atacar los vicios en el laudo, por lo que aparece como la causal más asequible. Sin embargo, es también la causal en que existe más riesgo de caer en un examen de carácter sustantivo del laudo y por ende, de traspasar la delgada línea que separa la anulación de la apelación.

Como veremos más adelante, tras las decisiones sobre anulación en *Vivendi* y en *Wena*, las limitaciones de esta causal de anulación se han hecho más evidentes. A juicio de Stanimir Alexandrov, abogado de *Vivendi* en el mencionado caso, un solicitante que alega que el laudo no ha expresado los motivos en que se funda debe superar una valla muy alta, pues las comisiones *ad hoc* son naturalmente renuentes a concluir que un tribunal CIADI ha fundado su laudo en razones contradictorias o incomprensibles<sup>87</sup>.

Los autores han dividido esta causal de anulación en las siguientes categorías:

- Ausencia de motivos
- Motivos insuficientes o inadecuados
- Motivos contradictorios
- Falta de pronunciamiento sobre todas las pretensiones sometidas por las partes al tribunal

<sup>85</sup> *Wena v. Egypt*, 41 International Legal Materials 944.

<sup>86</sup> *Wena v. Egypt*, 41 International Legal Materials 945-946.

<sup>87</sup> Stanimir ALEXANDROV, “The Vivendi Annulment Decision and the Lessons for Future ICSID Arbitrations – The Applicant’s Perspective”, in *Annulment of ICSID Awards*, p. 117.

*e.1) Ausencia de motivos.*

Esta causal no se refiere al caso de una completa ausencia de motivos o razones en el laudo, situación que sería muy inusual, sino que más bien a la falta de motivos respecto de un determinado asunto controvertido o de un determinado aspecto del fallo.

Los motivos que deben ser expuestos son las consideraciones de hecho y de derecho que sirven de fundamento al laudo. Esta obligación existe también cuando las partes han autorizado al tribunal a fallar en equidad.

En *Klockner I* la comisión *ad hoc* determinó que el tribunal no había cumplido con la obligación de establecer los motivos que sirvieron de fundamento al fallo, por cuanto de la lectura del mismo era imposible determinar cómo el tribunal había llegado a la conclusión sostenida en el mismo. La comisión concluyó que el laudo del tribunal no permitía reconstituir el razonamiento del tribunal, por lo que la decisión del mismo, si bien podía ser correcta y ajustada a derecho, aparecía como carente de fundamento<sup>88</sup>.

En *Amco I* y en *MINE*, sin embargo, frente a solicitudes de anulación por ausencia de motivos, las comisiones *ad hoc* aportaron las razones que faltaban en el laudo.

Cristoph Schreuer, comentando las decisiones en *Klockner I*, *Amco I* y *MINE*, concluye que existe en las comisiones *ad hoc* una tendencia a aportar las razones que faltan respecto de aquellos laudos cuyo resultado les parece correcto. Sin embargo, si es que a la comisión la decisión le parece errónea o inexplicable, estará más inclinada a ver en la ausencia de razones una causal de anulación<sup>89</sup>.

*e.2) Motivos insuficientes o inadecuados*

Como vimos más arriba, se exige que el tribunal exprese los motivos en que funda su decisión de modo que las partes puedan entender cómo y por qué el tribunal adoptó su determinación. Las comisiones *ad hoc* han adoptado distintos estándares para establecer si es que los tribunales han cumplido con este propósito, aportando razones suficientes y adecuadas. Sin embargo, al revisar si las razones son suficientes y adecuadas, en ciertas ocasiones las comisiones han ido más allá y han revisado el fondo del laudo, con lo que se ha desvirtuado la naturaleza propia de la anulación.

En *Klockner I* la comisión *ad hoc* estableció que las razones o motivos contenidos en el laudo deberían ser "suficientemente relevantes". Refiriéndose al artículo 52(1)(e) la comisión señaló:

*"The text of this Article requires a statement of reasons on which the award is based. This does not mean just any reasons, purely formal or apparent, but rather reasons having some substance, allowing the reader to follow the arbitral tribunal's reasoning, on facts and on law".*

*"A middle and reasonable path is to be satisfied with reasons that are 'sufficiently relevant', that is, reasonably capable of justifying the result reached by the Tribunal. In*

<sup>88</sup> Ver *Klockner v. Cameroon*. 2 ICSID Reports 119.

<sup>89</sup> SCHREUER, *The ICSID Convention: A Commentary*, p. 989.

*other words, there would be a 'failure to state reasons' in the absence of a statement of reasons that are 'sufficiently relevant', that is reasonably sustainable and capable of providing a basis for the decision'*<sup>90</sup>.

El estándar establecido en *Klockner I* para determinar si las razones contenidas en el laudo son suficientes y adecuadas ha sido severamente criticado, no tanto por el contenido del mismo, sino que más que nada por la forma en que fue aplicado. El exigir que los motivos esgrimidos por el tribunal sean suficientemente relevantes aparece como justificado. Sin embargo, al aplicar este criterio la comisión centró su análisis en la corrección y propiedad de las razones contenidas en el laudo, labor más propia de una apelación que de una anulación, y no en la existencia y pertinencia de dichas razones.

La comisión en *Amco I* siguió el estándar establecido en *Klockner I*, explayándose acerca de los límites en que debe actuar una comisión *ad hoc* que está conociendo de una solicitud de anulación para evitar transformarse en un tribunal de apelación:

*"This ad hoc Committee finds the above reading of the Klockner ad hoc Committee convincing. If it be true that a full control and review of the reasoning followed by an ICSID Tribunal would transform an annulment proceeding into an ordinary appeal, it is also true that supporting reasons must be more than a matter of nomenclature and must constitute an appropriate foundation for the conclusions reached through such reasons. Stated a little differently, there must be a reasonable connection between the bases invoked by a tribunal and the conclusions reached by it. The phrase 'sufficiently pertinent reasons' appears to this ad hoc Committee to be a simple and useful clarification of the term 'reasons' used in the Convention"*<sup>91</sup>.

La comisión en *MINE* también examinó el tema del estándar adecuado para determinar si un laudo ha sido suficientemente motivado, aunque a este respecto no siguió los criterios establecidos en *Klockner I* y en *Amco I*:

*"[T]he requirement that an award has to be motivated implies that it must enable the reader to follow the reasoning of the tribunal on points of fact and law. It implies that, and only that. The adequacy of the reasoning is not an appropriate standard of review under paragraph (1)(e), because it almost inevitably draws an ad hoc Committee into an examination of the substance of the tribunal's decision, in disregard of the exclusion of the remedy of appeal by Article 53 of the Convention"*.

*"[T]he 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*

<sup>90</sup> *Klockner v. Cameroon*, 2 ICSID Reports 138-139.

<sup>91</sup> *Amco v. Indonesia*, 1 ICSID Report 520-521.

*conclusion, even if it made an error of fact or law. The minimum requirement is in particular not satisfied by either contradictory or frivolous reasons*"<sup>92</sup>.

De este modo *MINE* rechaza los criterios establecidos en *Klockner I* y en *Amco I*, al considerar que no es tarea de la comisión *ad hoc* el examinar si las razones establecidas en el laudo son adecuadas o pertinentes, pues ello lleva a la comisión a revisar el fondo de la disputa. El estándar establecido en *MINE* se cumple si es que el lector del laudo es capaz de seguir la línea argumental del tribunal, aun cuando haya errores de hecho o de derecho.

En *Klockner II*, decisión adoptada poco tiempo después que *MINE*, la comisión siguió el estándar establecido en *MINE*, aunque reintrodujo el concepto de "razones suficientes"<sup>93</sup>.

Las decisiones en *Vivendi* y en *Wena* siguieron el criterio más restrictivo establecido en *MINE*, limitando aún más los casos en que una comisión *ad hoc* puede anular un laudo en virtud de motivos insuficientes o inadecuados.

La comisión en *Vivendi* determinó que el tribunal puede establecer sus razones sucinta o extensamente, procediendo la nulidad solo en aquellos casos en que la ausencia o insuficiencia de motivos deje al laudo, respecto de un punto en particular, carente de un fundamento expreso, siendo dicho punto necesario para la decisión del tribunal:

*"It is well accepted both in the cases and the literature that Article 52(1)(e) concerns a failure to state any reasons with respect to all or part of an award, not the failure to state correct or convincing reasons. It bears reiterating that an ad hoc committee is not a court of appeal. Provided that the reasons given by a tribunal can be followed and relate to the issues that were before the tribunal, their correctness is beside the point in terms of Article 52(1)(e). Moreover, reasons may be stated succinctly or at length, and different legal traditions differ in their modes of expressing reasons. Tribunals must be allowed a degree of discretion as to the way in which they express their reasoning"*<sup>94</sup>.

*"In the Committee's view, annulment under Article 52(1)(e) should only occur in a clear case. This entails two conditions: first, the failure to state reasons must leave the decision on a particular point essentially lacking in any expressed rationale; and second, that point must itself be necessary to the tribunal's decision"*<sup>95</sup>.

La comisión en *Wena* fue aún más allá, estableciendo que el tribunal no necesita establecer expresamente las razones en las que funda su decisión, sino que las mismas pueden estar implícitas en las consideraciones del fallo:

<sup>92</sup> *Mine v. Guinea*. 4 ICSID Reports 88.

<sup>93</sup> *Klockner v. Cameroon*. Decision rejecting the parties' application for annulment, May 17, 1990, p. 40.

<sup>94</sup> *Vivendi v. Argentina*, International Legal Materials 1149.

<sup>95</sup> *Vivendi v. Argentina*, 41 International Legal Materials 1149.

*“Neither Article 48(3) nor Article 52(1)(e) specify the manner in which the Tribunal’s reasons are to be stated. The object of both provisions is to ensure that the parties will be able to understand the Tribunal’s reasoning. This goal does not require that each reason be stated expressly. The Tribunal’s reasons may be implicit in the considerations and conclusions contained in the award, provided they can reasonably be inferred from the terms used in the decision”*<sup>96</sup>.

La comisión señaló, respecto de la determinación del monto de los daños que se ordenó pagar a una de las partes, que las razones de esta determinación se podían inferir de los escritos y documentos presentados por dicha parte<sup>97</sup>.

Respecto de la determinación de los intereses a pagar efectuada en el laudo, la comisión concluyó que el tribunal tenía un amplio margen de discreción para hacer esta determinación e infirió las razones por las que el tribunal había determinado los intereses que ordenó pagar<sup>98</sup>.

De este modo, la comisión en *Wena* reconstruyó el razonamiento efectuado por el tribunal arbitral, aportando las razones y fundamentos para las decisiones contenidas en el mismo cuando las mismas no estaban expresadas en el laudo.

De la lectura de la jurisprudencia citada se puede apreciar cómo la misma se ha movido desde una posición inicial en la que ante una solicitud de anulación la comisión *ad hoc* realizaba un escrutinio bastante exhaustivo de las razones en las cuales se fundaba el laudo, posición sostenida en *Klockner I*, hacía una posición que admite un margen muy limitado de escrutinio a la comisión *ad hoc*, como se ve en *Wena*. Esta evolución de la jurisprudencia hacia una posición más restrictiva no ha sido recibida en forma unánime por la doctrina. Eric Schwartz critica el que la comisión en *Wena* haya aportado las razones que el laudo omitió, pues ello priva de sentido al artículo 52<sup>99</sup>. Gabrielle Kaufmann-Kohler, sin embargo, concuerda con la posición adoptada en *Wena*, pues considera que el propósito de la obligación de motivar el laudo es que las partes puedan comprender el razonamiento del tribunal, propósito que también se cumple si es que los motivos son aportados *a posteriori* por la comisión *ad hoc*. De lo contrario, habría que anular el laudo e iniciar un nuevo procedimiento, lo que es más costoso para las partes<sup>100</sup>. Por su parte, Schreuer, estima que a futuro no puede esperarse que las comisiones *ad hoc* tengan el mismo grado de tolerancia que *Wena* al conocer del cálculo de daños en un laudo<sup>101</sup>.

<sup>96</sup> *Wena v. Egypt*, 41 International Legal Materials 947.

<sup>97</sup> *Wena v. Egypt*, 41 International Legal Materials 949.

<sup>98</sup> *Wena v. Egypt*, 41 International Legal Materials 949.

<sup>99</sup> Eric SCHWARTZ, “Finality at What Cost., The decision of the Ad Hoc Committee in *Wena Hotels v. Egypt*”, in *Annulment of ICSID Awards*, p. 86.

<sup>100</sup> Gabrielle KAUFMANN-KOHLER “Annulment of ICSID Awards in Contract and Treaty Arbitrations: Are there Differences?” en *Annulment of ICSID Awards*, p. 195.

<sup>101</sup> C. SCHREUER “Three Generations of ICSID Annulment Proceedings” en *Annulment of ICSID Awards*, p. 36.

### *e.3) Motivos contradictorios*

La jurisprudencia de las comisiones *ad hoc* es uniforme en considerar que la existencia de razones contradictorias implica una falta de motivación en el fallo. La razón de esto se contiene en la decisión en *Klockner I*:

*"As for the 'contradiction of reasons,' it is in principle appropriate to bring this notion under the category 'failure to state reasons' for the very simple reasons that two genuinely contradictory reasons cancel each other out. Hence the failure to state reasons. The arbitrator's obligation to state reasons which are not contradictory must therefore be accepted"*<sup>102</sup>.

Sin perjuicio de este acuerdo de las comisiones en considerar la existencia de motivos contradictorios como una ausencia de motivos, la comisión en *Vivendi* advirtió que las comisiones *ad hoc* deben ser cuidadosas en distinguir una verdadera contradicción en los motivos de un fallo de disquisiciones que puedan contenerse en el fallo respecto de consideraciones opuestas:

*"It is frequently said that contradictory reasons cancel each other out, and indeed, if reasons are genuinely contradictory so they might. However, tribunals must often struggle to balance conflicting considerations, and an ad hoc committee should be careful not to discern contradiction when what is actually expressed in a tribunal's reasons could more truly be said to be but a reflection of such conflicting considerations"*<sup>103</sup>.

### *e.4) Falta de pronunciamiento sobre todas las pretensiones sometidas por las partes al tribunal*

El artículo 48 (3) de la Convención dispone: "El laudo contendrá declaración sobre todas las pretensiones sometidas por las partes al Tribunal y será motivado". Sin embargo, el artículo 52 no menciona la falta de declaración sobre las pretensiones de las partes como una causal de anulación.

El artículo 49 (2) de la Convención faculta a las partes para requerir al tribunal que se pronuncie sobre cualquier punto que haya omitido resolver en el laudo<sup>104</sup>. Sin embargo, esta norma es útil solo en casos de inadvertencias o errores técnicos del tribunal, no siendo aplicable en el caso de infracción a la norma del artículo 48(3)<sup>105</sup>.

<sup>102</sup> *Klockner v. Cameroon*. 2 ICSID Reports 137. Ver también *Amco v. Indonesia*, 1 ICSID Report 536; *Mine v. Guinea*. 4 ICSID Reports 108.

<sup>103</sup> *Vivendi v. Argentina*, 41 International Legal Materials 1149.

<sup>104</sup> Artículo 49 (2): "A requerimiento de una de las partes, instado dentro de los 45 días después de la fecha del laudo, el Tribunal podrá, previa notificación a la otra parte, decidir cualquier punto que haya omitido resolver en dicho laudo y rectificar los errores materiales, aritméticos o similares del mismo. La decisión constituirá parte del laudo y se notificará en igual forma que este. Los plazos establecidos en el apartado (2) del Artículo 51 y apartado (2) del Artículo 52 se computarán desde la fecha en que se dicte la decisión".

<sup>105</sup> SCHREUER, *The ICSID Convention: A Commentary*, p. 998.



Si bien la historia legislativa del artículo 52 no permite determinar con claridad si la intención de los delegados a la Convención fue el permitir que se solicitara la anulación de un laudo por la falta de pronunciamiento sobre las pretensiones de las partes, las comisiones *ad hoc* han entendido que sí procede la anulación en dicho caso. Así lo confirman las decisiones en *Klockner I*<sup>106</sup>, *Amco I*<sup>107</sup>, *MINE*<sup>108</sup> y *Wena*<sup>109</sup>.

Estas decisiones, sin embargo, difieren en su aproximación a la cuestión de la anulación de un laudo por la falta de pronunciamiento sobre las pretensiones de las partes. *Klockner I* y *Amco I* parecieran exigir que cada argumento alegado por las partes debiera ser considerado por el tribunal. *MINE*, en tanto, establece que no cualquier falta de pronunciamiento sobre las pretensiones de las partes es causal de anulación. Solo lo será en caso que la falta de pronunciamiento impida la comprensión del laudo.

*Wena* sostiene que la falta de pronunciamiento constituye una causal de anulación solo si es que dicha falta de pronunciamiento afecta los fundamentos en que se basa el fallo.

Otra cuestión que es necesario dilucidar a este respecto es qué debe entenderse por "pretensiones" de las partes. El examen de la jurisprudencia de las comisiones *ad hoc* revela que no cualquier reclamo o argumentación de las partes constituye una pretensión en el sentido del artículo 48 (3) de la Convención.

En efecto, la comisión en *Klockner I* sostuvo:

*"[W]hile some arguments may therefore really be 'questions submitted to the Tribunal', it is clear that the arbitrators do not have to deal with all the parties' arguments"*<sup>110</sup>.

La comisión en *Klockner I* concluyó que para dar lugar a una anulación, debe tratarse de la omisión de reclamos o argumentaciones esenciales que puedan incidir en el resultado del laudo.

Las comisiones en *Amco I*, *MINE* y *Wena* confirmaron que los tribunales arbitrales no están obligados a pronunciarse sobre todas las pretensiones de las partes, sino que solo respecto de aquellas que son importantes o que puedan ser relevantes para la decisión del tribunal<sup>111</sup>.

Ciertas decisiones de las comisiones *ad hoc* también han aceptado que argumentos o pretensiones de las partes sean tratados o considerados de un modo implícito<sup>112</sup>.

A lo anterior debe agregarse lo señalado por Pierre Lalive, quien presidió la comisión *ad hoc* en *Klockner I*, quien también estima que no hay una obligación de los tribunales arbitrales de tratar o discutir todas las pretensiones de las partes en el laudo. Ello, especialmente en consideración a que dado que se trata de procedimientos en los

<sup>106</sup> *Klockner v. Cameroon*. 2 ICSID Reports 137.

<sup>107</sup> *Amco v. Indonesia*, 1 ICSID Report 517-518.

<sup>108</sup> *Mine v. Guinea*. 4 ICSID Reports 104.

<sup>109</sup> *Wena v. Egypt*, 41 International Legal Materials 950.

<sup>110</sup> *Klockner v. Cameroon*. 2 ICSID Reports 143-144.

<sup>111</sup> Ver *Mine v. Guinea*. 4 ICSID Reports 107; *Wena v. Egypt*, 41 International Legal Materials 950.

<sup>112</sup> Ver *Mine v. Guinea*, 4 ICSID Reports 107; *Wena v. Egypt*, 41 International Legal Materials 950.

que Estados son parte, el interés público o consideraciones diplomáticas pueden hacer necesario que ciertos hechos sean mantenidos en reserva<sup>113</sup>.

Lo anterior, en todo caso, no significa que los tribunales arbitrales pueden eximirse de tratar todos los argumentos relevantes de las partes, o que puedan ser descuidados u omitir el considerar los argumentos más importantes de las partes.

### III. CONCLUSIÓN

En el mecanismo de anulación establecido en el artículo 52 de la Convención entran en juego dos objetivos: la eficiencia del procedimiento arbitral y la justicia del mismo. Por razones de eficiencia no se permite la apelación de los laudos arbitrales, de modo de cautelar el carácter final de los mismos. Por razones de justicia se establecen cinco causales de anulación, de modo de cautelar que en todo procedimiento arbitral se respetarán ciertas garantías procesales mínimas.

En la breve historia de los procedimientos de anulación en el CIADI, que como ya vimos, abarca tres etapas, ha existido una tensión entre estos dos objetivos, primando en un principio, al menos en apariencia, el objetivo de justicia, para pasar luego por un periodo de transición y finalmente, tras las decisiones en *Vivendi y Wena*, llegar a un estado en que lo que parece primar es el criterio de eficiencia.

Luego de las primeras decisiones sobre anulación (*Klockner I* y *Amco I*), se alzaron voces criticando el activismo de estas comisiones, que se habrían excedido en sus facultades, al hacer un examen sustantivo de los respectivos laudos. Estas voces predijeron también el inminente colapso del sistema, bajo una cadena sin fin de laudos que posteriormente eran anulados, debiendo iniciarse nuevos procedimientos los que conducirían a laudos que también serían impugnados. Estas predicciones pesimistas no se cumplieron y hoy más bien la crítica va por el lado del excesivo peso que se ha dado a los criterios de eficiencia y finalidad.

Algunos autores han estimado que tras las decisiones en *Vivendi y Wena* se ha establecido un adecuado equilibrio entre los criterios de eficiencia y justicia<sup>114</sup>. Sin embargo, es difícil determinar si es que efectivamente se ha alcanzado dicho equilibrio. La tensión entre los objetivos de finalidad y justicia es una constante en la administración de justicia y el estado evolutivo de la jurisprudencia de las comisiones *ad hoc* es muy incipiente aun como para establecer si es que un tema tan relevante como este se encuentra asentado.

Por lo demás cabe tener presente que, aparte de la propuesta circulada por el Secretariado del CIADI, en diversos tratados sobre comercio e inversión se ha contemplado la posibilidad de crear mecanismos de apelación<sup>115</sup>, lo que obviamente redefiniría los términos de la relación entre los criterios de eficiencia y justicia en los procedimientos arbitrales entre Estados e inversionistas.

---

Fecha de recepción: 18 de mayo de 2005  
Fecha de aceptación: 31 de agosto de 2005

---

<sup>113</sup> Pierre LALIVE, "Concluding Remarks" en *Annulment of ICSID Awards*, p. 306-307.

<sup>114</sup> C. SCHREUER "Three Generations of ICSID Annulment Proceedings" en *Annulment of ICSID Awards*, p. 42.

<sup>115</sup> Por ejemplo, en el Tratado de Libre Comercio entre Chile y Estados Unidos.