

Arbitraje de inversión y desarrollo económico. La relación con el Banco Mundial

Andrés RIGO SUREDA*

Antiguo asesor jurídico adjunto (*Deputy General Counsel*)
del Banco Mundial, árbitro internacional

Sumario: I. Introducción. II. Conexión del CIADI con el Banco Mundial. III. El cambiante concepto de desarrollo económico. 1. “Desarrollo económico” en los convenios constitutivos de las organizaciones del grupo del Banco Mundial. 2. Interpretación de “desarrollo económico” por el Banco Mundial. 3. El Derecho como insumo en el desarrollo económico. 4. La cultura como insumo al desarrollo. IV. Interpretación del Convenio Constitutivo del Banco Mundial. V. Conclusiones.

I. Introducción

El arbitraje de inversión según el Convenio CIADI se circunscribe a diferencias de naturaleza jurídica, que surjan directamente de una inversión, y entre un Estado contratante y un nacional de otro Estado contratante¹. De ahí la importancia de determinar si una inversión califica como tal según las disposiciones del Convenio. A ese efecto los tribunales arbitrales han considerado los siguientes elementos a tener en cuenta: una contribución, asunción de riesgo, la expectativa de rentas, cierta duración y, según el preámbulo del Convenio, una contribución al desarrollo económico del Estado receptor de la inversión. Sin embargo la jurisprudencia y la doctrina no son unánimes y su desacuerdo versa sobre (i) si estos elementos constituyen condiciones de naturaleza jurisdiccional, es decir, si falta uno de ellos el tribunal carece de competencia o si, por el contrario, se trata de características a ser evaluadas con flexibilidad por los tribunales arbitrales², (ii) el

* Este estudio en versión inglesa figura en el *Libro homenaje a Bernardo Cremades*. Las opiniones expresadas aquí son las del autor.

¹ Art. 25.1º del Convenio.

² Vid. por ejemplo *Salini Construttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Morocco* (Caso CIADI No. ARB/00/4), Decision on Jurisdiction, párr. 43 ss, *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. v. United Republic of Tanzania*, Caso CIADI No. ARB/05/22), Laudo, párr. 312–317, *Malaysian Historical Salvors, SDN, BHD v. Malaysia* (Caso CIADI No. ARB/05/10), Laudo, párr.15–49, y *Pantechniki S.A. v. Albania* (Caso CIADI No. ARB/07/21), Laudo,

peso a dar a la contribución de una inversión al desarrollo económico del Estado receptor³ y (iii) el significado de “desarrollo económico”.

párr. 36–46. En cuanto a la doctrina, E. Gaillard se refiere a métodos deductivos e intuitivos en la valoración de la existencia de una inversión (“Identify or Define? Reflections on the Evolution of the Concept of Investment in ICSID Practice”, *International Investment Law for the 21st Century. Essays in Honour of Christoph Schreuer*, 2009, 403–416). C. Schreuer es partidario de un enfoque flexible y considera que “*The development in practice from a descriptive list of typical features towards a set of mandatory legal requirements is unfortunate. The First Edition of this Commentary cannot serve as authority for this development*” *The ICSID Convention. A Commentary*, 2ª ed., 2009, p. 133. Por otra parte, Z. Douglas opina que “*This dichotomy may or may not accurately reflect the different interpretations of an investment adopted by investment treaty tribunals, but in any event it is likely to mislead if each approach is considered in relationship of opposition. It is submitted that the proper definition of an investment ... must incorporate both certain ‘economic’ characteristics and certain ‘legal’ characteristics*” [*The International Law of Investment Claims*, 2009 (en adelante “*Douglas*”), p. 164].

³ E. Gaillard clasifica en cuatro categorías como este factor ha sido entendido por los tribunales (“CIRDI 3 Chronique des sentences arbitrales”, *Journ. dr. int.*, 2007, p. 365). Siguen a continuación algunos ejemplos de la variedad de puntos de vista de los tribunales arbitrales: la comisión de anulación en el caso *Patrick Mitchell* consideró “*the existence of a contribution to the economic development of the host State...an essential –although not sufficient– characteristic or unquestionable criterion*” (*Patrick Mitchell v. Democratic Republic of the Congo*, Caso CIADI No. ARB/99/7, Decisión de anulación). Por otra parte, en *Pey Casado* el tribunal juzgó este criterio difícil de probar y añadió: “Una inversión puede resultar o no útil para el Estado receptor sin dejar por ello de ser una inversión. Es cierto que el preámbulo del Convenio CIADI menciona la contribución al desarrollo económico del Estado receptor. Sin embargo, dicha referencia se presenta como una consecuencia, no como un requisito de la inversión: al proteger las inversiones, el Convenio favorece el desarrollo del Estado receptor. Ello no significa que el desarrollo del Estado receptor sea un elemento constitutivo de la noción de inversión. Es por esta razón, como han señalado algunos tribunales de arbitraje, que este cuarto elemento está englobado en los tres primeros” (*Víctor Pey Casado and President Allende Foundation v. Chile*, Caso CIADI, No. ARB 98/2, Laudo, párr. 232). El juez Shahabuddeen considera que “*The need for a contribution to the economic development of the host State is consistent with both the formative documents of ICSID and with case law*” (Dissenting Opinion, *Malaysian Salvors*, Decisión de anulación, párr.15). En cuanto a las divergentes opiniones de la doctrina, Z. Douglas comenta que la contribución al desarrollo económico del estado receptor es “*an unworkable criterion for the existence of an investment because of its subjective nature; whether or not a commitment of capital resources ultimately proves to have contributed to the economic development of the host State can often be a matter of appreciation and generate a wide spectrum of reasonable opinion*” *Douglas*, 202. I. Fadlallah considera el desarrollo “*une exigence politique: il n’est pas nécessaire d’en faire une condition juridique*” [“La notion d’investissement: vers une restriction à la compétence du CIRDI?”, *International Law, Commerce and Dispute Resolution. Liber Amicorum in Honor of Robert Briner* (G. Aksen, K–H Böckstiegel, M. Mustill, P. Patocchi y A.M. Whitesell, coords.), 2005, p. 267]. M. Jesweski propone un cambio de paradigma donde la contribución al desarrollo del Estado receptor sea “*included not in the technical definition of investment (which is subject to any exclusions by the parties to the treaty or even to the particular dispute) but in the conceptual framework for the whole legal regime. The*

Hasta hace poco los tribunales arbitrales que han considerado la contribución al desarrollo económico del Estado receptor como una condición necesaria para que la inversión califique como tal a los efectos del Convenio CIADI han reconocido el amplio significado de la expresión desarrollo económico y sin dificultad han determinado que una inversión reúne este requisito. Sin embargo en casos recientes la calidad de inversión según el Convenio ha sido denegada con base en este criterio por requerir que la inversión, además de contribución de forma positiva al desarrollo económico del país en cuestión, sea una contribución sustantiva.

El laudo en el caso *Patrick Mitchell* fue anulado en parte porque el tribunal arbitral no había explicado en su razonamiento cómo los servicios de un bufete, el del Sr. Mitchell, habían contribuido al desarrollo económico de la República Democrática del Congo. Según la comisión de anulación, un bufete es algo fuera de lo común desde el punto de vista del concepto de inversión y es necesario que la contribución al desarrollo económico o al menos a los intereses del Estado esté presente en la operación⁴.

La comisión de anulación reconoció que según las declaraciones hechas por ambas partes algunos inversores de EE UU habían consultado ese bufete. Sin embargo la comisión consideró insuficiente y vaga la declaración del tribunal arbitral cuando manifestó que había recibido “amplia información acerca de las actividades del Sr. Mitchell incluidas en particular declaraciones de antiguos clientes del bufete, los acuerdos concluidos con antiguos asociados, y las declaraciones de renta...”⁵. La comisión concluyó así su análisis:

“El laudo es incompleto y confuso acerca de lo que considera una inversión...la insuficiencia de fundamentación es particularmente grave ya que afecta la coherencia del razonamiento y además abre la puerta al riesgo de verdaderos abusos en la medida que viene a calificar como inversor cualquier consultora jurídica o bufete establecido en un país extranjero y por lo tanto permitirle que saque provecho del especial sistema de arbitraje del CIADI”⁶.

principles of sustainable development would therefore have to be considered by any arbitrator dealing with any right of an investor and corresponding duty of the host State [“Defining Investment – Development Concerns”, *Sustainable Development in International Investment Law* (M. Claire-Segger, M. Gehring y A. Newcombe, coords.), párr. 39. De próxima publicación].

⁴ Párr. 39.

⁵ *Ibid.*

⁶ *Ibid.* párr. 40. Traducción del autor.

La comisión de anulación llegó a esta conclusión no obstante haber considerado “suficiente que la operación contribuya de alguna u otra manera al desarrollo económico del Estado receptor y este concepto de desarrollo económico es, en cualquier caso, extremadamente amplio y variable según el caso de que se trate”⁷. Es difícil comentar sobre el laudo pues no ha sido publicado excepto por las citas en la decisión de la comisión de anulación. En todo caso resulta evidente que a la comisión le parece dudoso que los servicios jurídicos puedan contribuir al desarrollo económico⁸.

En el caso de *Malaysian Salvors* el tribunal arbitral rechazó la reclamación en parte porque la operación en cuestión era de tal naturaleza que no podía haber contribuido al desarrollo de Malasia:

“El tribunal reconoce que en la medida que la demandante ofreció empleo remunerado a malayos el contrato de salvamento benefició el interés público de Malasia y, hasta cierto punto, su economía. Sin embargo, ni este beneficio es evidente ni su cuantía se ajusta a la jurisprudencia del CIADI. Los beneficios que el contrato supuso para la demandada son en gran medida culturales e históricos. No sea demostrado que estos beneficios y cualquier otro beneficio financiero directo hayan resultado en contribuciones importantes a la economía de la demandada tal como contempla la jurisprudencia del CIADI”⁹.

El factor de la contribución al desarrollo del Estado receptor tiene su origen en el hecho que el CIADI es una institución afiliada al Banco Mundial¹⁰. Este artículo analiza como la expresión “desarrollo económico” ha sido entendido por el Banco y su relevancia para la interpretación del Convenio CIADI. Por otra parte no es la intención examinar si tal contribución debe o no ser parte del concepto de inversión previsto en el Convenio, o si se trata de un asunto a determinar en la fase de competencia del tribunal arbitral o del fondo de la controversia, o si es un elemento subjetivo u objetivo de la definición.

Este artículo está dividido en cuatro partes. La primera examina la conexión del CIADI con el Banco Mundial. La segunda analiza cómo

⁷ *Ibid.* párr. 33.

⁸ “It bears recalling that the case at hand did not involve a ‘readily recognizable’ investment, as it concerned a legal counseling firm established by a U.S. citizen in the DRC. It is the first time that such an operation was considered within the special arbitration system of ICSID as a dispute between a State and an investor from another State. Moreover, during the proceedings before the Arbitral Tribunal, the DRC had concretely contested the existence of an investment, mainly in respect of the criterion of the contribution to the economic development of the country” (Decisión de anulación, párr. 34).

⁹ *Malaysian Salvors*, párr. 132. El laudo ha sido anulado.

¹⁰ Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (BIRD).

el Banco ha entendido la noción de desarrollo económico a través de su historia y particularmente la integración del derecho y la cultura en el proceso de desarrollo. La tercera considera como desde un punto de vista jurídico el Banco lo ha incorporado en sus operaciones y su relevancia para el CIADI. La cuarta aventura ciertas conclusiones que pueden ser útiles a los tribunales arbitrales si consideran la contribución al desarrollo económico del Estado receptor como una condición para que una inversión califique como tal según el Convenio CIADI.

II. Conexión del CIADI con el Banco Mundial

La relación entre una inversión y su relación al desarrollo económico se ha fundamentado en el primer considerando del preámbulo del Convenio CIADI que reza así: “Considerando la necesidad de la cooperación internacional para el desarrollo económico y la función que en ese campo desempeñan las inversiones internacionales de carácter privado”. El preámbulo también hace referencia al hecho de que a disponibilidad de medios de conciliación y arbitraje internacionales previstos en el Convenio han sido creados “bajo los auspicios del Banco Internacional de Reconstrucción y Desarrollo” de acuerdo con los deseos de los Estados contratantes¹¹. La expresión “desarrollo económico” usada en el Convenio se repite en los convenios de las instituciones que forman parte del grupo del Banco Mundial. De ahí la relevancia que pueda tener para el arbitraje de inversión cómo el Banco ha interpretado esta expresión¹².

La creación del CIADI se debió, en primer lugar, a que gobiernos e inversores extranjeros solicitaban la asistencia del Banco o de su presidente en su capacidad personal para el arreglo de diferencias relacionadas con inversiones. Esta experiencia influyó en que el Banco Mundial considerara que una institución permanente que tratara de las diferencias entre Estados e inversores extranjeros relacionadas con inversiones podría ayudar a promover la confianza mutua y estimular el flujo de capital internacional privado hacia los países interesados¹³.

¹¹ Quinto considerando del preámbulo del Convenio CIADI.

¹² En el convenio constitutivo del Banco Mundial se utiliza únicamente el vocablo “desarrollo”.

¹³ E. Mason y R. Asher, *The World Bank since Bretton Woods*, 1973 (en adelante “Mason & Asher”), p. 82.

En segundo lugar desde sus primeros días el Banco ha seguido una política en cuanto a expropiaciones de inversiones extranjeras que en su redacción actual dice así:

“El Banco reconoce que un país puede expropiar la propiedad de extranjeros de acuerdo con las normas jurídicas aplicables por razón de interés público entendido de buena fe, sin discriminar en base a la nacionalidad, y siempre que pague una indemnización apropiada. Cuando se dan diferencias respecto de expropiaciones y en la opinión del Banco el país miembro no hace un esfuerzo razonable para llegar a un arreglo y aquéllas dañan sustancialmente el crédito internacional del país, entonces el Banco considera si continuar otorgando nuevos créditos al país en cuestión o con su garantía...”¹⁴.

La declaración de política especifica lo que el Banco entiende por “esfuerzo razonable”:

“Al juzgar ‘un esfuerzo razonable’ el Banco da el beneficio de la duda al país miembro al menos por un breve periodo si éste demuestra su disposición a aceptar un procedimiento independiente de arreglo de las diferencias o reconoce el principio de indemnización. El Banco acepta negociaciones o esfuerzos de mediación serios como una indicación de ‘esfuerzos razonables’”¹⁵.

En casos de expropiación el Banco prefiere que sea una tercera parte quien decida si la indemnización es apropiada para evitar enfrentamientos con una u otra de las partes en la controversia. Con la creación del CIADI el Banco contaba con que tal decisión se hiciera a través de otro organismo internacional¹⁶.

¹⁴ OP 7.40 – *Disputes over Defaults on External Debt, Expropriation, and Breach of Contract*, <http://web.worldbank.org/WBSITE/EXTERNAL/PROJECTS/EXTPOLICIES/EXTOPMANUAL/0,,contentMDK:20064628~menuPK:4564185~pagePK:64709096~piPK:64709108~theSitePK:502184,00.html>.

¹⁵ *Ibid.*, nota 2. Énfasis añadido por el autor.

¹⁶ Mason & Asher, p. 338. La política hace referencia al CIADI: “*The Bank seeks to avoid passing judgment on the merits of the types of disputes described above [external debts defaults and expropriation] (although it may eventually have to do so for the purpose of determining its own position). In general, the Bank limits its role to improving communications between the parties to the dispute and impressing on them the desirability of a settlement. The Bank may seek to promote prompt and adequate settlements, either negotiated between the parties on a mutually satisfactory basis or arrived at through mediation, conciliation, arbitration, or judicial determination. The Bank may point out to parties that they may submit their dispute to any of the various internationally recognized forms of conciliation or arbitration, including conciliation or arbitration under the auspices of the International Center for Settlement of Investment Disputes (ICSID), the World Bank Group organization established to facilitate the resolution of disputes between governments and foreign investors.*”.

La historia de la negociación y de la redacción del texto del Convenio CIADI ha sido narrada en detalle¹⁷. Baste aquí destacar que los más altos órganos en la jerarquía decisoria del Banco participaron en su preparación: la junta de gobernadores dio instrucciones a los directores ejecutivos para que estudiaran la mejor manera de cursar las solicitudes de mediación mencionadas con anterioridad. A este efecto, los directores ejecutivos decidieron que el Banco convocara reuniones de expertos jurídicos designados por los gobiernos miembros del Banco para discutir un borrador preliminar de un convenio.

En septiembre de 1964 los directores ejecutivos dieron cuenta de los resultados de las consultas que tuvieron lugar a nivel continental y que en general eran favorables a la creación de medios institucionales para el arreglo de diferencias entre Estados e inversores extranjeros. La junta de gobernadores dio nuevas instrucciones a los directores ejecutivos para que redactaran un convenio y lo presentaran a los Estados miembros para su firma y ratificación. Los directores ejecutivos constituyeron una comisión de expertos jurídicos que contó con la representación de 61 de los Estados miembros. El borrador preparado por esta comisión fue aprobado por los directores ejecutivos con pocos cambios de sustancia. Una vez aprobado el texto del Convenio y una vez firmado por el presidente y el asesor jurídico del Banco éste fue transmitido a los países miembros del Banco para su firma. Únicamente los países miembros del Banco Mundial pueden firmar el Convenio y aquellos Estados que no lo sean pueden firmarlo si son invitados por el consejo administrativo del CIADI y son parte del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia¹⁸.

La preparación del Convenio es inusitada en términos de la preparación de tratados y siguió los pasos de la creación bajo los auspicios del Banco Mundial de la Corporación Financiera Internacional (CFI) y la Asociación Internacional de Desarrollo (IDA). De la misma mane-

¹⁷ Vid. A. Broches, "Development of International Law by the International Bank for Reconstruction and Development", *Selected Essays*, 1995, pp. 81-82.

¹⁸ Art. 67. La decisión del Consejo Administrativo requiere el voto de dos tercios de sus miembros. El juez Shahabbudeen ha recalado la influencia del Banco en el CIADI en apoyo de de su punto de vista respecto de la necesidad de que las inversiones protegidas por el CIADI contribuyan al desarrollo. En su opinión individual anexa a la decisión de anulación en el caso *Malaysian Salvors*, se refiere al hecho de que la sede del CIADI se encuentre en la sede del Banco Mundial y al modo de financiación del CIADI. A ese respecto opina que los gastos del CIADI no son un asunto privado porque según el art. 17 del Convenio "Si los gastos del Centro no pudieren ser cubiertos con los Derechos percibidos por la utilización de sus servicios, o con otros ingresos, la diferencia será sufragada por los Estados Contratantes miembros del Banco en proporción a sus respectivas suscripciones de capital del Banco...", párr. 20.

ra se creó la Agencia Multilateral de Garantía de Inversiones¹⁹. Este procedimiento para crear nuevas instituciones supone que los órganos de gobierno del Banco participaron en la creación de cada una de las instituciones afiliadas lo que tiene relevancia a la hora de interpretar los términos utilizados.

III. El cambiante concepto de desarrollo económico

Los convenios constitutivos de las instituciones que forman el grupo del Banco Mundial no definen “desarrollo” ni “desarrollo económico”. Su significado y evolución puede entresacarse revisando sus objetivos y como han sido llevados a cabo a través de sus políticas y sus prácticas.

1. *“Desarrollo económico” en los convenios constitutivos de las organizaciones del grupo del Banco Mundial*

Según el artículo primero del Convenio constitutivo del Banco su objetivo es en primer lugar reconstruir y desarrollar los territorios de sus miembros facilitando la inversión de capital con fines productivos, la reconversión de medios y recursos productivos a las necesidades de la posguerra y el impulso al desarrollo de medios y recursos productivos en los países en vías de desarrollo.

El segundo objetivo del Banco es el de promover la inversión extranjera privada a través de garantías o participaciones en préstamos y otras inversiones hechas por inversores privados y a través de la financiación con fines productivos.

En tercer lugar el Banco debe promover el crecimiento equilibrado a largo plazo del comercio internacional y mantener el equilibrio de la balanza de pagos impulsando la inversión internacional para el desarrollo de los recursos productivos de sus miembros. De esta manera el Banco ayudará entre otras cosas a aumentar la productividad en los territorios de sus miembros.

El cuarto objetivo consiste en coordinar los préstamos hechos o garantizados por el Banco con los préstamos internacionales otorgados por otras vías para que los proyectos más útiles y urgentes sean grandes o pequeños se financien primero.

En último lugar el Banco debe dirigir sus operaciones teniendo en cuenta el efecto de la inversión internacional en las condiciones para

¹⁹ Más conocida por su sigla en inglés MIGA.

los negocios en los territorios de los miembros y en los años de la posguerra ayudar a una transición fluida de la economía de guerra a una economía de paz.

El vocablo utilizado con más frecuencia en los objetivos del Banco es el de productividad. El desarrollo se relaciona con la productividad, con el “desarrollo de medios y recursos productivos”. La esperada productividad y la urgencia de los proyectos a ser financiados y no su tamaño son el factor determinante a la hora de asentar las prioridades.

El énfasis en la productividad persiste en los convenios constitutivos de las afiliadas del Banco. La CFI fue la primera que se creó y su objetivo general es de fomentar el desarrollo económico impulsando el crecimiento de la empresa privada productiva en los países miembros.

Los objetivos específicos de la CFI incluyen la financiación de empresas privadas productivas y el estimular el capital privado hacia la inversión productiva en los países miembros. Entre otros, el objetivo de AID es fomentar el desarrollo económico y aumentar la productividad. Las Estados partes en el convenio constitutivo de MIGA expresan en el preámbulo su deseo de intensificar hacia los países en vías de desarrollo el flujo de capital y tecnología con fines productivos. El objetivo de MIGA es, entre otros, estimular el flujo de la inversión productiva²⁰. Las inversiones garantizadas por MIGA deben satisfacer los criterios de solidez económica y de contribución al desarrollo económico del país receptor.

Si ampliamos esta revisión a los convenios constitutivos de los otros bancos multilaterales de desarrollo (BMD), se observa una tendencia hacia la expansión de los objetivos y un viraje de la productividad al crecimiento y al desarrollo político y social, incluidos el Estado de Derecho y un desarrollo respetuoso del medio ambiente y sostenible. Tales referencias reflejan la expansión del concepto de desarrollo que ha ocurrido desde que se creó el Banco Mundial²¹. En general el

²⁰ Art. 2.

²¹ En el art. 2 de la Declaración sobre el Derecho al Desarrollo, la Asamblea General de la ONU afirmó:

“1. La persona humana es el sujeto central del desarrollo y debe ser el participante activo y el beneficiario del derecho al desarrollo.

2. Todos los seres humanos tienen, individual y colectivamente, la responsabilidad del desarrollo, teniendo en cuenta la necesidad del pleno respeto de sus derechos humanos y libertades fundamentales, así como sus deberes para con la comunidad, único ámbito en que se puede asegurar la libre y plena realización del ser humano, y, por consiguiente, deben promover y proteger un orden político, social y económico apropiado para el desarrollo”.

convenio constitutivo de cada BMD refleja la experiencia de los BMD que le preceden y la evolución de sus políticas y prácticas. La referencia a un objetivo en un convenio pero no en otros no significa que las instituciones correspondientes no participan de ese objetivo, al contrario, ha sido ya incorporado en sus programas a medida que el concepto de desarrollo ha ido evolucionando.

2. Interpretación de “desarrollo económico” por el Banco Mundial

La evolución apuntada en los convenios constitutivos de las instituciones del grupo del Banco Mundial y de otros bancos multilaterales de desarrollo reflejan los cambios en el pensamiento económico en lo que se entiende por desarrollo.

En una primera instancia, el desarrollo económico fue identificado con una “probada capacidad de sustentar una tasa de crecimiento ‘satisfactoria’ en el producto nacional bruto, o tal vez en el PNB *per capita*”²². Más adelante la discusión se encaminó por dos derroteros diferentes pero relacionados entre sí: uno enfocado en los insumos necesarios para la promoción del crecimiento del producto nacional bruto *per capita*, y otro concentrado “en una concepción más amplia del producto, es decir, considerando elementos más allá de la tasa de crecimiento *per capita* que se necesitarían tener en cuenta para un conocimiento más profundo de lo que se entiende por desarrollo”²³.

En la primera etapa de la evolución de qué insumos eran necesarios para promover el crecimiento, el Banco Mundial consideró que la inversión pública en infraestructura tal como transporte, energía eléctrica, puertos y comunicaciones e inversiones privadas generarían desarrollo si “los gobiernos aplicaban políticas económicas razonables”. En una segunda etapa el ámbito de los préstamos se extendió a la educación, la industria y la agricultura. En la siguiente, se amplió a la planificación familiar, urbanismo y nutrición. Más ade-

En 1987, la Comisión Brundtland definió así el desarrollo sostenible: “*development that meets the needs of the present without compromising the ability of future generations to meet their own needs*”, *Report of the World Commission on Environment & Development, Our common Future*, 43. En 1992, la Agenda 21 de la Conferencia de Naciones Unidas sobre Medioambiente y Desarrollo relacionó desarrollo con universalidad, democracia, transparencia, *cost-effectiveness* y responsabilidad, párr. 38.2.

²² Mason & Asher, p. 481. Traducción del autor.

²³ *Ibid.* Los mismos autores observan que “*broadening of the scope of inputs that needed to be taken into account and of outputs that constituted development tended to produce a complex means-ens relationship, in which it was difficult to disentangle inputs from outputs*”, p. 482.

lante, la preocupación por un desarrollo sostenible y con buen gobierno conllevó la financiación de proyectos culturales, de medio ambiente, de reforma del ordenamiento jurídico y de reforma judicial²⁴.

Mientras que parece haber un consenso respecto de la evolución en la variedad de insumos que puedan contribuir al desarrollo económico, este consenso desaparece cuando se trata del producto tanto por lo que hace a los factores a tomar en cuenta así como deben ser sopesados²⁵. En cualquier caso cabe preguntarse “si es correcto para una agencia financiera externa sustituir sus propias opiniones respecto de la naturaleza del desarrollo por las del país prestatario”²⁶. Por esta razón, Mason and Asher recomendaron que “es mejor ver el *desarrollo económico* en términos de una capacidad –de una capacidad sostenida– para ayudar a realizar el conjunto de preferencias sociales expresadas por los gobiernos”²⁷. Esta recomendación es una advertencia para cualquier tribunal arbitral que se aventure a evaluar el impacto de una inversión en el desarrollo económico de un país.

Veamos ahora el derecho y la cultura como contribuciones al desarrollo económico.

²⁴ Vid. la evolución del modo de entender el desarrollo por el Banco Mundial en los “World Development Reports” publicados por esta institución desde 1978. En <http://web.worldbank.org/WBSITE/EXTERNAL/EXTDEC/EXTRESEARCH/EXTWDRS/0,,contentMDK:20308790~menuPK:604545~pagePK:478093~piPK:477627~theSitePK:477624,00.html> se encuentra una lista de temas y un resumen de estos informes. Para una visión de conjunto, vid. *The Evolving Role of the World Bank. The First Half Century* (1994).

²⁵ Vid. la contribución reciente de J. Stiglitz, “Towards a better measure of well-being”, *Financial Times*, 14 de septiembre de 2009. Stiglitz preside la “Commission on the Measure of Economic Performance and Social Progress” creada por el presidente Sarkozy de Francia. El informe de esta comisión una vez publicado estará disponible en www.stiglitz-sen-fitoussi.fr/.

²⁶ Mason & Asher, p. 485. W. Ben Hamida plantea la misma cuestión con referencia a los tribunales arbitrales: “*is it optimal to allow ICSID arbitrators to analyze state policies, to determine the conformity of a project with a host state’s priorities, conceptions and own views as to development, prosperity and wealth? Do they have the requisite legitimacy to do such a sensitive analysis? It should be remembered that one of the aims of the Convention is to depoliticize the dispute settlement process by offering states and investors a forum that applies rules of law and not economic, political or development theories*” (“Two Nebulous ICSID Features: The Notion of Investment and the Scope of Annulment Control”, *J. Int’l Arb.*, vol. 24, n° 3, 2007, p. 297).

²⁷ Mason & Asher, p. 486. Traducción del autor.

3. *El Derecho como insumo en el desarrollo económico*

A modo de ejemplo de los insumos cada vez más amplios requeridos para el desarrollo económico encontramos la siguiente declaración en el sitio de Internet del Banco Mundial:

“Está muy extendida la creencia de que el buen funcionamiento de instituciones jurídicas y un Estado de Derecho son importantes para el desarrollo económico, político y social. En consecuencia, quienes se especializan en el campo del desarrollo están prestando mayor atención a esas instituciones”²⁸.

La conexión entre el Estado de Derecho y los objetivos del Banco Mundial fue estudiada en un dictamen del asesor jurídico del Banco sobre “*Cuestiones de ‘buen gobierno’ en los países miembros prestatarios. La medida de su relevancia según el Convenio Constitutivo del Banco*”. Según este dictamen, una cuestión de buen gobierno estaría dentro del mandato del Banco “sólo en el sentido estricto del buen orden requerido para crear un contexto favorable a la inversión y al uso de recursos”. Por lo tanto, sería legítimo para el Banco ocuparse de si existen normas y éstas son aplicadas correctamente a los efectos de la administración eficiente de los recursos de un país y dedicarse a cuestiones de reforma del ordenamiento jurídico, reforma de la función pública, disciplina en el uso de los fondos públicos y, más en general, objetividad y eficiencia en las normas y procedimientos relacionadas con la gestión de recursos²⁹.

En 1994 el mismo asesor jurídico –Ibrahim Shihata– observó que pocos fuera de la abogacía eran conscientes de la relevancia directa del Derecho para el desarrollo económico³⁰. En el Banco Mundial el cambio en el modo de ver el papel del Derecho y de las instituciones jurídicas fue impulsado por los cambios políticos en Europa oriental y la antigua Unión Soviética, los consecuentes cambios en sus ordena-

²⁸ <http://web.worldbank.org/WBSITE/EXTERNAL/TOPICS/EXTLAWJUSTINST/0,,contentMDK:20934363~menuPK:1989584~pagePK:210058~piPK:210062~theSitePK:1974062,00.html>. Vid. también *Initiatives in Legal and Judicial Reform*, 2004, en http://www-wds.worldbank.org/external/default/WDSContentServer/WDSP/IB/2004/03/01/000012009_20040301142827/Rendered/INDEX/250820040Edition.txt

²⁹ Legal Memorandum, Issues of “Governance” in Borrowing Members. The Extent of their Relevance under the Bank’s Articles of Agreement (SecM91–131). Con fecha de 5 de febrero de 1991, publicado en I.F.I. Shihata, *The World Bank in a Changing World*, 1991, vol. I, p. 53.

³⁰ I.F.I. Shihata, “Law, Development and the Role of the World Bank” en *Complementary Reform. Essays on Legal, Judicial, and Other Institutional Reforms Supported by the World Bank*, 1997, p. 4.

mientos jurídicos, y la experiencia de muchos otros países en vías de desarrollo que demostraron la importancia del buen funcionamiento de instituciones administrativas y judiciales. Desde entonces el Banco ha asistido a sus prestatarios:

“... a corregir las deficiencias en sus ordenamientos jurídicos que obstruyen el proceso de desarrollo, tales como leyes impropias (por su falta de apoyo a los cambios de política requeridos y la introducción de incentivos y recursos), ignorancia de su contenido, incertidumbre en su aplicación, ineficaz cumplimiento, arbitrariedad en el ejercicio del poder discrecional, gestión ineficaz de los tribunales, y procedimientos lentos y complejos”³¹.

Esta evaluación ha supuesto numerosas iniciativas que cubren un amplio cambio desde la preparación de leyes a su cumplimiento, y desde apoyo a la preparación de legislación a cimentar la capacidad de la judicatura y la infraestructura requerida para acceder a la justicia, incluida una representación ante los tribunales competente y de costo razonable³².

4. *La cultura como insumo al desarrollo*

En los años 1990 cambió la percepción de la relación entre cultura y desarrollo. En 1992 las Naciones Unidas crearon una comisión independiente sobre cultura y desarrollo dirigida por la Unesco. El presidente de la comisión observó:

“De la misma manera que la Comisión Brundtland advirtió con éxito a la comunidad internacional de que el enlace de la economía y el medio ambiente era ya tardío y puso en marcha una nueva orden del día mundial, la relación entre cultura y desarrollo debería ser aclarada y profundizada por caminos prácticos y constructivos”³³.

El presidente Wolfensohn del Banco Mundial incluyó la cultura como una de las áreas centrales de las que se debía ocupar el Banco con la misma importancia que la educación, agua potable, transporte

³¹ *Ibid.*, 15.

³² Para una visión de conjunto, *vid.* “Initiatives in Legal and Judicial Reform on Legal and Judicial Reform” en http://www-wds.worldbank.org/external/default/WDSContentServer/WDSP/IB/2004/03/01/000012009_20040301142827/Rendered/INDEX/250820040Edition.txt y en general Law and Justice en el website del Banco Mundial http://www-wds.worldbank.org/external/default/WDSContentServer/WDSP/IB/2004/03/01/000012009_20040301142827/Rendered/INDEX/250820040Edition.txt.

³³ Citado en *Culture and Sustainable Development: A Framework for Action*, 13, disponible en http://www.wds.worldbank.org/external/default/WDSContentServer/WDSP/IB/2005/12/16/000011823_20051216164530/Rendered/PDF/34671.pdf, fechado en 1999.

y comunicaciones y un sistema judicial eficaz. Wolfensohn explicó así los dos aspectos de interés para el Banco:

“En primer lugar, consideraciones culturales deben ser incorporadas en todos los aspectos del desarrollo si el desarrollo va a ser sostenible y eficaz. No tanto para apoyar la cultura de por sí como por asegurarse que los proyectos reflejan las vidas e intereses del pueblo al que sirven... En segundo lugar, hay aspectos de la cultura que tocan directamente al desarrollo... La cultura puede ser una fuente de rentas por medio del turismo, la artesanía... Ambos aspectos de la cultura son importantes para reducir la pobreza: uno puede contribuir a que las intervenciones sean más eficaces y significativas sin ningún coste adicional, el otro puede generar fondos, que en muchos países son desesperadamente necesarios, dar vigor a comunidades pobres, y cimentar la autoestima”³⁴.

El documento estratégico sobre “Cultura y desarrollo sostenible; un plan de acción” describe la evolución del Banco en el campo cultural. En una primera etapa, el Banco se preocupó de que los proyectos financiados por él estuvieran situados y fueran diseñados con el fin de evitar, minimizar o mitigar los impactos adversos a la propiedad cultural. De ahí pasó a ayudar a los países y comunidades a conservar las partes más importantes de su pasado y celebrar su diversidad.³⁵ Esta evolución se ve en los beneficios a tener en cuenta en los análisis económicos de los proyectos financiados por el Banco:

“El Banco Mundial ha reconocido siempre que las rentas del turismo ayudan a justificar inversiones que conserven el acervo cultural. Este punto de vista sigue siendo válido, pero *las rentas del turismo no deben ser consideradas como la única razón para financiar tales inversiones*. La justificación económica de las inversiones culturales debe reconocer también *su valor intrínseco, su carácter de bienes públicos y las externalidades positivas* que la cultura conlleva”³⁶.

Este documento recoge ejemplos de proyectos culturales por todo el mundo financiados por el Banco³⁷.

³⁴ *Culture Counts. Financing, Resources, and the Economics of Culture in Sustainable Development*, Banco Mundial, 2000, 12. De la misma manera Amartya Sen opina que “*Perhaps the simplest connections concern the direct economic value of cultural investment. Some cultural developments, for example those that strengthen efforts in expanding tourism, can be directly beneficial from an economic –even a commercial– point of view. Cultural projects can, in this direct and immediate way, be good economic investment as well. That must be seen to be connection enough even by those who are generally skeptical of taking much note of culture in considering development*” (“Culture and Development”, disponible en info.worldbank.org/etools/docs/voddocs/354/688/sen-tokyo.pdf, traducción del autor).

³⁵ Anexo A.

³⁶ *Ibíd.*, para. 24. Énfasis añadido por el autor.

³⁷ Anexo B. *Vid.* otros ejemplos en *Cultural Heritage and Development, Orientations in Development Series*, publicación del Banco Mundial, 2001, y el informe sobre “Activities Financed” del *Italian Trust Fund for Culture and Sustainable Development* mana-

* * *

En resumen, la naturaleza cambiante de los elementos considerados esenciales para el desarrollo se debe a la toma de conciencia de que muchas facetas de la actividad humana están entrelazadas en su consecución. Amartya Sen lo expresa así:

“...vivimos en un mundo donde diferentes instituciones actúan entre sí, y el éxito de los esfuerzos para desarrollarse depende en gran medida de que estas actuaciones porten fruto. El mercado, la legislatura, la judicatura, los medios de comunicación, los partidos políticos, las empresas, las organizaciones no-gubernamentales y otras instituciones económicas, políticas y sociales juegan papeles específicos y entrecruzados en la experiencia conjunta del desarrollo de un país. Es esencial no perder de vista esta perspectiva amplia e inclusiva de ver el desarrollo y no restringirla artificialmente enfocando una parte de esta estructura entrelazada y olvidando las otras”³⁸.

IV. Interpretación del Convenio Constitutivo del Banco Mundial³⁹

El Banco y las otras instituciones de su grupo, excepto en el caso del CIADI⁴⁰, tienen un procedimiento poco corriente para interpretar sus convenios constitutivos. Los países miembros de la institución a través de sus órganos de gobierno son quienes los interpretan. La relevancia para el CIADI es que sus miembros lo son también del Banco

ged by the World Bank”, disponible en <http://siteresources.worldbank.org/INTCHD/Resources/itfcsd-rev.pdf>

³⁸ A. Sen, “What is the Role of Legal and Judicial Reform in the Development Process” 23, ensayo presentado a la “World Bank Legal Conference” que tuvo lugar el 5 de junio de 2000 y está disponible en <http://siteresources.worldbank.org/INTLAWJUSTINST/Resources/legalandjudicial.pdf>. Traducción del autor. Se añade: “*Partisans of various schools of thought have often tried to glorify one part of the complex reality, while excluding others, thereby producing an artificially restricted view of development. Many commentators have seen the market – and the market alone – as central, whereas others have conceptualized development simply in terms of policies executed by the government and as exercises of planning. There have also been other constricted and circumscribed views, which have done less than justice to the inclusive and multidimensional nature of development. It is, thus, extremely important to see the linkages clearly and to see the extent to which different aspects of development relate to one another*”, *ibíd.*, pp. 23–24. *Vid.* también M. Jeweski, *op. cit.* en la nota de pie de página 4.

³⁹ Esta sección está en parte extraída de A. Rigo Sureda, “The Law Applicable to the Activities of International Development Banks”, *R. des C.*, t. 308, 2005.

⁴⁰ El art. 64 Convenio CIADI dispone que “Toda diferencia que surja entre Estados Contratantes sobre la interpretación o aplicación de este Convenio y que no se resuelva mediante negociación se remitirá, a instancia de una u otra parte en la diferencia, a la Corte Internacional de Justicia, salvo que dichos Estados acuerden acudir a otro modo de arreglo”.

Mundial y participan en el procedimiento formal e informal de interpretación descrito a continuación.

Cuando se plantea una cuestión sobre qué interpretación⁴¹ dar al convenio constitutivo bien sea entre un miembro y el Banco mismo o entre dos o más de sus miembros, se somete a la decisión de los directores ejecutivos. Una vez que éstos deciden, el asunto puede ser referido a la junta de gobernadores por cualquier país miembro. La decisión de los gobernadores es concluyente. Tanto la decisión de los directores ejecutivos como la de la junta de gobernadores se toman por mayoría simple de los votos que se han ejercido. En caso de que la decisión de los directores ejecutivos se apele a la junta de gobernadores y mientras el asunto está pendiente de su decisión, el Banco puede operar en base a la decisión de los directores ejecutivos hasta que ésta fuere revocada.

Los delegados reunidos en Bretton Woods deseaban mantener la interpretación del convenio constitutivo en manos de expertos financieros. La cooperación en las áreas de competencia de las instituciones de Bretton Woods se consideraba un experimento demasiado nuevo y delicado para someterlo a control judicial⁴². En su opinión mantener la autonomía de los procedimientos institucionales interpretativos era una consideración de primer orden aun si como resultado los intérpretes del convenio constitutivo –los directores ejecutivos– serían también quienes tomaban las decisiones. Los negociadores del convenio constitutivo deseaban crear un marco en el que las principales políticas institucionales podrían evolucionar con la debida consideración al equilibrio de intereses reflejado en las diferentes cuotas de los

⁴¹ La interpretación juega un papel importante dada la brevedad de los principios operativos del Banco y los cambios ocurridos desde su creación y en el papel que desempeña. El carácter ejecutivo de la institución y su estructura financiera constituían novedades para una organización internacional. De ahí que se optara por un convenio breve. Keynes lo explica así: “*For it may be better not to attempt to settle too much beforehand and to provide that the plan shall be reconsidered after an initial experimental period of say (five years). Only by collective wisdom and discussion can the right compromise be reached between law and license*”, citado por J. Gold en *The Rule of Law in the International Monetary Fund*, Pamphlet Series No. 32, Fondo Monetario Internacional, 4. Se ha observado que “*It is remarkable, considering the disparity between the vision of Bretton Woods and what in fact happened, that the Bank and the Fund have continued to flourish in roles that are different from those contemplated by their founders*” Mason & Asher, p. 4.

⁴² E.P. Hexner, “Interpretation by Public International Organizations of their Basic Instruments”, *AJIL.*, vol. 53, 1959, pp. 344 y 367. *Vid.* también la crítica de F.A. Mann en “The Interpretation of the Constitutions of International Financial Institutions”, *BYIL*, 1968–1969, pp. 1–20.

países miembros del FMI o en los porcentajes de acciones distribuidos entre los miembros del Banco. Además aspiraban a crear un marco constitucional que no precluiría el ajuste de las políticas institucionales a los cambios en las circunstancias políticas y económicas. Creían que todos estos objetivos se verían menoscabados si la función interpretativa residía en una autoridad judicial externa⁴³. De esta manera los directores ejecutivos son juez y parte⁴⁴.

Las interpretaciones formales son escasas y ninguna ha sido apelada a la junta de gobernadores. La mayoría se han debido a la necesidad de aclarar disposiciones financieras en el convenio constitutivo cuando el Banco Mundial emitió bonos por primera vez en los mercados de capitales. Aunque la iniciativa fue tomada por los directores ejecutivos, éstos reaccionaban ante una necesidad externa a la institución y no a un asunto contencioso entre los países miembros o entre los miembros y el Banco.

Como el órgano responsable por la interpretación es el mismo órgano ejecutivo que aprueba las políticas del Banco, poca diferencia existe entre seguir el procedimiento de interpretación previsto en el convenio constitutivo del Banco o proceder por vía informal dado que las interpretaciones son adoptadas por mayoría y, si fueran apeladas, es dudoso que los gobernadores revoquen una decisión de los directores ejecutivos. Su decisión requiere sólo una mayoría simple y los mismos países con el mismo peso a la hora de votar están representados en la junta de gobernadores.

Las interpretaciones informales mantienen la flexibilidad y son más adecuadas para tratar temas innovadores. En una interpretación informal el asesor jurídico del Banco presenta su punto de vista a los directores ejecutivos en un dictamen sobre la cuestión a decidir y éstos asienten o actúan en base a dicho dictamen sin invocar su autoridad interpretativa. Cuando el asesor jurídico presentó su dictamen estableciendo la base jurídica para que el Banco Mundial se involucrara en asuntos de buen gobierno, explicó que el Banco había innovado a través de cambios en sus políticas y prácticas sin recurrir a la

⁴³ *Ibíd.*, p. 344.

⁴⁴ S.D. Metzger comentó que “*nations have a lively sense of practicalities in international affairs: In a negotiation (with voting only as a last resort) it is rare that any important interest will suffer a complete defeat, a result which can all too easily occur in a 'judicial' proceeding. The legislative process of compromise, rather than the judicial process of victory–defeat, is considered more suitable to the resolution of disputes in these relatively new and uncharted paths of economic cooperation among nations*”. “Settlement of international disputes by Non–Judicial Methods”, *AJIL*, vol. 48, 1954, p. 418.

enmienda del convenio constitutivo el Banco ha entendido liberalmente el significado del convenio guiado por su objetivo fundamental y el mandato global de la institución. Según el asesor jurídico, esta interpretación teleológica se justifica jurídicamente y en particular por razones de política institucional en un organismo internacional que por la naturaleza de su mandato debe responder a las necesidades cambiantes de sus miembros⁴⁵.

Como lo ha entendido el propio Banco, “desarrollo económico” es el resultado de un largo proceso que refleja las prácticas del Banco y la interpretación informal del convenio constitutivo. Este proceso continúa y en él están involucrados los Estados miembros del CIADI a través de su representación en los órganos de gobierno del Banco. Esta evolución ha sido guiada por las necesidades de los países importadores de capital prestatarios del Banco. No refleja posiciones contrapuestas adoptadas por países desarrollados y en vías de desarrollo sino una interpretación consensual que ajusta los objetivos del Banco por el bien de todos sus miembros.

V. Conclusiones

Primera, lo que contribuye al desarrollo económico y el concepto mismo de desarrollo económico han evolucionado y siguen haciéndolo. De ahí que los tribunales arbitrales deberían ser cautos a la hora de determinar si una inversión particular contribuiría o ha contribuido al desarrollo económico del Estado receptor.

Segunda, los tribunales arbitrales deberían darse cuenta que al añadir elementos a la definición de inversión –tales como una contribución sustancial al desarrollo– implica determinar el impacto de una inversión y de las relevantes políticas del Estado, lo que a su vez puede suponer extender la competencia de los tribunales arbitrales a áreas de políticas gubernamentales que tal vez no tengan conocimientos suficientes para juzgarlas o no sea prudente hacerlo.

Tercera, los tribunales arbitrales no están obligados a tener en cuenta lo que el Banco Mundial ha entendido por desarrollo económico. Por otra parte, su interpretación debería tener un cierto peso considerable cuando los tribunales tienen que interpretar el mismo término en el convenio constitutivo de una institución afiliada como es el CIADI. No deja de resultar paradójico que, mientras el presidente del Banco Mundial y economistas punteros endosan un concepto de desa-

⁴⁵ SecM91-431, 2, párr. 4 y 5.

rollo económico integrado, tribunales arbitrales constituidos bajo los auspicios del convenio CIADI excluyan ciertos elementos integrantes de este concepto.

SUMARIO: Este artículo ofrece un análisis de las diferentes funciones que el abogado lleva a cabo en un arbitraje internacional. Dicho análisis se refiere a las reglas elaboradas por diversas instituciones arbitrales –como la CCI o la LCIA– y a organizaciones internacionales, como el CIADI o la Uncitral, reglas que son relativamente uniformes en cuanto a la estructura básica de un arbitraje, previendo una fase oral y otra escrita. La regla general es permitir que el abogado pueda libremente adaptar la estructura y forma de presentar el caso, especialmente si se compara con la rigidez y formalismo imperante en el proceso judicial. Si el arbitraje incluye una audiencia, ésta se llevará a cabo libre de formalismos innecesarios, pero la intervención del abogado seguirá requiriendo del dominio de una técnica, específica y propia del arbitraje. El árbitro ofrecerá siempre la oportunidad de acoger las pretensiones de las partes de la forma más rápida y efectiva, sin trámites procesales innecesarios. La elaboración del laudo constituye la esencia del ejercicio de la función arbitral. El árbitro no es ni un mediador ni un conciliador. Su función primordial, eminentemente jurisdiccional, radica en la emisión de un laudo vinculante y con fuerza de cosa juzgada, basado en premisas de argumentación jurídica, solo impugnables en muy excepcionales supuestos.

PALABRAS CLAVE: BANCO MUNDIAL – CONVENIO CONSTITUTIVO – CIADI – DESARROLLO ECONÓMICO – ARBITRAJE DE INVERSIONES.

ABSTRACT: *This piece analyses the variety of functions implemented by lawyers in International arbitration on the basis of the rules of arbitral institutions –like the ICC or LCIA– and international organizations –like ICSID or UNCITRAL–. As to the basic framework of an arbitration procedure, the structure of these rules are relatively uniform, including an oral and a written phase. The general rule is to allow the lawyer to freely adopt the structure and way to present his case, especially if compared to the rigidity and formalism of the judicial process. If the arbitration procedure includes a hearing, it will be performed free of any unnecessary formalism. Nevertheless, due the lawyers' intervention, it will require the knowledge of the arbitration specific techniques. The arbiter will always offer the opportunity to attend parties' claims in the easiest and fastest way, without unnecessary procedural formalities. Writing the arbitration award is the essence of the arbiter arbitral function. The arbiter is not a mediator or conciliator. His primary function, essentially jurisdictional, lies on issuing an award based on juridical arguments which can only be challenged in exceptional cases.*

KEY WORDS: WORLD BANK – ARBITRATION CLAUSE - ICSID- ECONOMIC DEVELOPMENT – INVESTMENT ARBITRATION