

LA DENEGACIÓN DE JUSTICIA AL INVERSIONISTA EXTRANJERO

Por Carlos Hecker Padilla

RESUMEN

El derecho de todo inversionista a acceder a la justicia (ya sea jurisdicción interna o internacional), así como su calificación jurídica, han sido objeto de numerosos artículos y estudios, restándole novedad a prácticamente cualquier análisis al respecto. Las situaciones en que dicho acceso ha sido obstaculizado, sin embargo, no han suscitado el mismo interés. Es la razón que nos ha impulsado a dedicarles el presente análisis; el cual, dada la especial naturaleza del Derecho de las Inversiones Internacionales, nos ha parecido coherente centrar en las decisiones entregadas por la justicia arbitral, más que en las pocas discusiones doctrinarias al respecto.

PALABRAS CLAVES

Denegación de justicia, inversión extranjera, arbitraje internacional, mala fe, trato justo y equitativo.

DENIAL OF JUSTICE TO FOREIGN INVESTORS

BY CARLOS HECKER PADILLA

ABSTRACT

The right of every investor to access justice (whether domestic or international), and its juridical qualification, have been the subject of numerous articles and studies, lessening novelty to any analysis thereof. Situations where such access has been hampered, however, did not elicit the same interest. It is the reason that has prompted us to compose the present analysis, which, given the special nature of International Investment Law, seemed consistent to focus on the decisions delivered by the arbitral justice, rather than the few doctrinal discussions regarding this subject.

KEYWORDS

Denial of justice, foreign direct investment, International arbitration, bad faith, fair and equitable treatment.

LA DENEGACIÓN DE JUSTICIA AL INVERSIONISTA EXTRANJERO

Por Carlos Hecker Padilla*

I. Introducción

El acceso a la justicia consiste en “el derecho de toda persona a tener un ámbito en el cual hacer valer el derecho de que se crea asistida y de lograr la satisfacción de éste” (MARABOTTO, 2003, 291). De allí pueden distinguirse claramente los dos grandes elementos que constituyen la noción: el derecho de acceso al juez y el derecho a un procedimiento justo y equitativo.

En el ámbito del derecho de las inversiones internacionales, el acceso a la justicia pasa a tener un carácter especialmente importante, debido a las arbitrariedades de que puede ser objeto un inversionista en su calidad de extranjero. Debe recordarse que a pesar de las obligaciones de Derecho internacional que pesan sobre todo Estado en torno a la protección y respeto de los extranjeros, no han sido pocos los casos en que aquéllos han abusado de su autoridad, afectando los derechos de éstos.

En materia de inversión extranjera, la denegación de justicia debe entonces entenderse como “todo incumplimiento del Estado en torno su deber de organizar o de ejercer la función jurisdiccional, con el fin de asegurar a los [inversionistas] extranjeros una protección judicial mínima” (CORNU, 1987, 291). En otras palabras, la obstaculización al acceso a la justicia se puede hacer por la vía de impedir el acceso al juez, o de ignorar las reglas propias de un procedimiento justo y equitativo.

II. El impedimento de acceder al juez

La imparcialidad inherente a los tribunales y el procedimiento justo y equitativo a los que toda persona tiene derecho, de poco o nada sirven si la posibilidad de acceder a los tribunales no se encuentra garantizada (PELLOUX, 1975, 336).

La importancia de nuestra afirmación ha sido confirmada por los tribunales arbitrales en la forma que procederemos a exponer:

El primer ejemplo nos lo entrega el caso que enfrentó a la sociedad iraní NIOC con Israel. Al surgir un diferendo entre ambos, el Estado de Israel se rehusó a nombrar un árbitro para conocer del mismo (situación no comprendida en la cláusula compromisoria), impidiendo así al inversionista la posibilidad de acceder a la justicia arbitral. Por otra parte, y para mayor desgracia del inversionista, debemos recordar que

con posterioridad al fallo *Manbar*¹, la sociedad NIOC se encontró en una incapacidad total de acceder a cualquier tipo de jurisdicción, iraní, israelita e incluso internacional (KAHN, 2006, 99).

Como la referida cláusula compromisoria disponía que en caso de desacuerdo entre los árbitros nombrados por las partes, el Presidente sería nombrado por el Presidente de la Cámara de Comercio Internacional (en adelante CCI) de París, la sociedad NIOC se dirigió ante las jurisdicciones internas francesas, en la búsqueda de una decisión favorable.

Más allá de la decisión adoptada por el *Tribunal de Grande Instance* de París que desechó la demanda, los textos realmente interesantes, son los fallos emanados posteriormente de la Corte de Apelaciones de París y de la Corte de Casación respectivamente. En este sentido, la primera estimó que la sociedad NIOC se encontraba efectivamente en una incapacidad absoluta de acceder a toda jurisdicción. Considerando entonces que adoptar una actitud pasiva por su parte, constituiría a su vez una denegación de justicia, falló a favor del inversionista, otorgando a Israel el plazo de un mes para designar un árbitro.

La Corte de Casación, por su parte, confirmó la decisión de segunda instancia, y agregó que en virtud de un nexo con Francia, la denegación de justicia, aun cuando no forme parte de las condiciones previstas en el artículo 1493 del Código de procedimiento civil, puede otorgar competencia a las jurisdicciones francesas, siempre y cuando el orden público internacional sea respetado. De esta forma, señaló que "l'impossibilité pour une partie d'accéder au juge, fût-il arbitral, chargé de statuer sur sa prétention, à l'exclusion de toute juridiction étatique, et d'exercer ainsi un droit qui relève de l'ordre public international consacré par les principes de l'arbitrage international et l'article 6.1, de la Convention européenne des droits de l'homme, constitue un déni de justice qui fonde la compétence internationale du président du tribunal de grande instance de Paris, dans la mission d'assistance et de coopération du juge étatique à la constitution d'un tribunal arbitral, dès lors qu'il existe un rattachement avec la France"².

Sin embargo, las reacciones a esta sentencia en el seno de la doctrina francesa, son divergentes. Algunos la han alabado como un verdadero logro de la moralización del procedimiento arbitral (LAZAREFF, 2007, 4), que garantizaría virtualmente una jurisdicción universal del *juge d'appui* francés, con el fin de evitar toda denegación de justicia en materia de arbitraje internacional (MUIR WATT, 2005, 3). Otros autores, sin criticarla directamente, han considerado que la justicia francesa ha ido muy lejos; en este sentido, no creen que Francia esté investida de poderes especiales para proveer asistencia a todo litigante del mundo que carezca de defensa. El profesor Bertrand ANCEL relata de muy buena manera esta situación, aunque con un toque de ironía, al señalar: "Voici donc l'ordre juridictionnel français rivalisant avec les ONG, Médecins sans frontières, Reporters sans frontières, *Tribunaux sans frontières!*" (ANCEL, 2010, 201).

Un caso más reciente y a la vez más ilustrativo es aquel que enfrentó a la compañía italiana Saipem y Bangladesh ante un vasto número de jurisdicciones, internas e internacionales. El contrato firmado entre

¹ Fallo que consideró a Irán como un Estado enemigo, impidiendo a los tribunales israelíes reconocer o hacer cumplir cualquier sentencia emanada de jurisdicciones iraníes. Por otra parte, y desde ese mismo momento, ningún tribunal israelí podría someter a tramitación, solicitud alguna formulada por un nacional iraní.

ambas partes concernía la construcción de un gasoducto, cuyos plazos de entrega no pudieron ser cumplidos, principalmente debido al sabotaje y la fuerte oposición de las poblaciones locales: Un diferendo surgió rápidamente entre las partes en torno a la inejecución del contrato.

Tal como estaba previsto en el contrato de inversión, Saipem inició una demanda de arbitraje ante la CCI. La sociedad estatal Petrobangla se opuso a ello ante la jurisdicción interna de Bangladesh, alegando que la CCI carecía de jurisdicción en esta materia. El fundamento se encontraría en el artículo 5 del Acta de Arbitraje de Bangladesh de 1940³, que daría en primer término, jurisdicción a los tribunales internos. Según el punto de vista de la Corte de Apelaciones de Dacca, el tribunal arbitral habría desconocido manifiestamente la ley⁴, lo que determinó que la sentencia dictada por el tribunal CCI fuese posteriormente, considerada como inexistente por la Corte Suprema de Bangladesh. Ello llevó a Saipem a dirigirse al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (en adelante Ciadi) en busca de protección, en virtud del tratado bilateral de promoción y protección recíproca de inversiones (en adelante TBI) firmado entre Italia y Bangladesh.

Aun cuando el caso llevado ante el Ciadi trató principalmente acerca de la expropiación de la inversión, lo realmente interesante para nuestro análisis es la conclusión del tribunal, relativa a los obstáculos que Bangladesh ideó con el fin de impedir que Saipem pudiese acceder a la justicia arbitral. El razonamiento se elaboró sobre la base de la noción de abuso del derecho. En este sentido, el tribunal reconoció que la autoridad de un árbitro puede ser cuestionada en caso de falta o de incorrecta aplicación de la ley; sin embargo, ninguna de esas circunstancias tuvieron lugar. A su juicio, el hecho de haber impedido arbitrariamente el acceso del inversionista a una jurisdicción, a través del uso inadecuado del poder de control judicial, constituye un acto contrario al principio internacionalmente aceptado que prohíbe el abuso del derecho⁵.

Lo que nos parece interesante recalcar es que en el caso en cuestión, el Estado asiático había recurrido a instrumentos del todo legales; vale decir, a instrumentos lícitos que se volvieron ilegítimos en virtud de los efectos producidos, en especial, haber privado al inversionista de uno de los derechos fundamentales de que gozaba.

Ahora bien, tal y como veremos, la situación será bastante similar cuando el acceso a la justicia se vea obstaculizado por la inobservancia de las reglas relativas al procedimiento justo y equitativo.

² *Israel c. NIOC*, Cass. Civ. 1^{era}, 01 de febrero de 2005 n° 404, publicada en *Bull.* 2005 I n° 53 p. 45.

³ Redacción original en inglés del referido artículo 5: "The authority of the appointed Arbitrator or umpire shall not be revocable except by leave of the court, unless a contrary intention is expressed in the arbitration agreement".

⁴ *Saipem S.p.A. c. República Popular de Bangladesh*, Ciadi ARB/05/7, sentencia de 30 junio de 2009 § 155, <http://ita.law.uvic.ca/> [Consulta: 10 de julio de 2011].

⁵ "In conclusion, the Tribunal is of the opinion that the Bangladeshi courts exercised their supervisory jurisdiction for an end which was different from that for which it was instituted and thus violated the internationally accepted principle of prohibition of abuse of rights", *Saipem c. Bangladesh*, *Ibid.* § 160.

III. La inobservancia de las reglas relativas al procedimiento justo y equitativo

El principio relativo a la necesidad de un procedimiento justo y equitativo, puede vulnerarse, desde nuestro punto de vista, tanto por las autoridades administrativas (en sentido amplio), como por la justicia ordinaria (cualquiera que sea la instancia).

1. La denegación de justicia por parte de la administración

La posibilidad que sea la administración del Estado receptor de la inversión la que obstaculice el acceso a la justicia, es una hipótesis que no se debe descartar; ya que recordemos, gran parte de las actividades desarrolladas por los inversionistas requieren la intervención de dicha administración, ya sea a través de permisos, vistos buenos, etc. El Estado en dichos casos, no hace más que ejercer su potestad soberana, ¿Pero hasta dónde puede llegar?

La determinación de los límites entre la licitud y la ilicitud del accionar de los Estados es en extremo difícil, y poca jurisprudencia puede ser encontrada al respecto; ello, puesto que los tribunales arbitrales han sido muy prudentes al respecto, con el fin de evitar entrometerse en aspectos propios de la soberanía nacional (KNOLL-TUDOR, 2009, 323).

A nosotros, sin embargo, nos parece un aspecto esencial. Posiblemente ligado al estándar del trato justo y equitativo, el reconocimiento de este tipo de denegación de justicia, podría abrirle nuevas posibilidades de defensa al inversionista.

Algunos tribunales han tratado el tema, adoptando interesantes conclusiones. El primero que amerita ser citado, es el célebre caso *Metalclad c. México*⁶, donde una de las labores del tribunal Ciadi, fue evaluar el procedimiento que le denegó el permiso de construcción al inversionista extranjero. Del análisis efectuado, la doctrina ha podido concluir que uno de los elementos tomados en cuenta por el tribunal para determinar si hubo o no denegación de justicia, fue la legitimidad del procedimiento. Y de forma aún más específica, saber si el inversionista gozaba o no de vías internas destinadas a la revisión de las decisiones administrativas que le concernían directamente (KNOLL-TUDOR, 2009, 323). El tribunal finalmente, consideró estar en presencia de una denegación de justicia, puesto que "the permit was denied at a meeting of the Municipal Town Council of which Metalclad received no notice, to which it received no invitation, and at which it was given no opportunity to appear"⁷.

Un caso más reciente que también merece ser citado, es el caso *Middle East Cement c. Egipto*⁸. El Estado árabe, luego de una serie de conflictos con el inversionista, había decidido embargar un barco perteneciente a este último, y venderlo en pública subasta; ello, como compensación de una deuda equivalente a £E 103.033,97, que Middle East Cement tendría con el Estado. A pesar de los reclamos egipcios relativos al respeto de su legislación interna durante todo el procedimiento, el tribunal Ciadi

⁶ *Metalclad Corporation c. Estados Unidos Mexicanos*, Ciadi ARB(AF)/97/1, sentencia de 30 de agosto de 2000, <http://icsid.worldbank.org/> [Consulta: 10 de julio de 2011].

⁷ *Ibid.*, § 91.

⁸ *Middle East Cement Shipping and Handling Co. S.A. c. República Árabe de Egipto*, Ciadi ARB/99/6, sentencia de 12 de abril de 2002, <http://icsid.worldbank.org/> [Consulta: 11 de julio de 2011].

decidió realizar un doble análisis de la situación, tanto desde el punto del derecho interno, como del derecho internacional. El resultado fue la constatación de una denegación de justicia.

En efecto, el inversionista jamás había sido notificado, debido a que las autoridades de la administración habían obrado de mala fe. De este modo, el tribunal arbitral estimó que el inversionista había sido privado del acceso a la justicia, al negársele un procedimiento justo y equitativo, agregando que una situación "as important as the seizure and auctioning of a ship of the Claimant should have been notified by a direct communication"⁹.

Resulta interesante entonces constatar que la denegación de justicia y el estándar del trato justo y equitativo que todo inversionista tiene derecho a recibir, parecen estar en estrecha armonía, lo que, como ya avanzamos, podría ofrecerle al inversionista una vía adicional para proteger su inversión, en caso de decisiones administrativas arbitrarias. Tal y como señaló el tribunal encargado de resolver el caso *Genin c. Estonia*¹⁰, el trato justo y equitativo otorga "a basic and general standard which is detached from the host State's domestic law"

2.- La denegación de justicia por parte de la justicia ordinaria

Como ya hicimos referencia, al surgir una controversia, es necesario que el Estado ponga todo de su parte con el fin de permitir a cualquier individuo acceder a su jurisdicción interna, así como proporcionarle un procedimiento regular, equitativo y desarrollado en forma imparcial. Las inversiones internacionales no escapan a esta realidad.

En este sentido, el caso más emblemático en materia de inversión extranjera, lo constituye el caso *Løwen c. Estados Unidos*¹¹, donde el grupo canadiense fue condenado por un tribunal estadounidense en virtud de un procedimiento inicuo, llevándolo a la quiebra sólo algunos años más tarde. Así las cosas, y en el marco del arbitraje propio del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (en adelante TLCAN), presentó una demanda ante el Ciadi, alegando, entre otras muchas razones, la falta de un procedimiento justo y equitativo, y la discriminación de que fue objeto por parte de las jurisdicciones estadounidenses, en razón de su nacionalidad (KAHN, 2006, 99).

La decisión de la justicia arbitral fue muy interesante, a pesar de haber desechado la demanda de Løwen por no haber agotado previamente las vías internas. En efecto, el tribunal reconoció la denegación de justicia por parte de la jurisdicción de Minnesota, y en consecuencia, la violación del derecho de acceso a la justicia. En este sentido, el tribunal señaló que "[b]y any standard of measurement, the trial involving O'Keefe and Løwen was a disgrace. By any standard of review, the tactics of O'Keefe's lawyers, particularly Mr Gary, were impermissible. By any standard of evaluation, the trial judge failed to afford

⁹ *Ibid.* § 143.

¹⁰ *Alex Genin & Otros c. Estonia*, Ciadi ARB/99/2, sentencia de 25 junio de 2001 § 367, <http://icsid.worldbank.org/> [Consulta: 11 de julio de 2011].

¹¹ *The Løwen Group, Inc. & Raymond L. Løwen c. Estados Unidos de América*, Ciadi ARB (AF)/98/3, sentencia de 26 de junio 2003, <http://www.state.gov/documents/organization/3921.pdf> [Consulta: 11 de julio de 2011].

Løwen the process that was due” y que “[i]n the present case, the trial court permitted the jury to be influenced by persistent appeals to local favoritism as against a foreign litigant”¹².

La pregunta que debe entonces formularse, es ¿Qué constituye una denegación de justicia durante el desarrollo de un procedimiento judicial? Según el tribunal del caso Løwen, para infringir el artículo 1105 del TLCAN “[a] manifest injustice in the sense of a lack of due process leading to an outcome which offends a sense of judicial property is enough”. Y no se trata del primer fallo en este sentido; podemos citar la decisión adoptada por el tribunal Ciadi en el caso *Azinian c. México*, según el cual la denegación de justicia es sinónimo de “clear and malicious misapplication of the law”¹³.

De lo expuesto, podemos afirmar que hoy en día, la noción de mala fe constituye un sinónimo de denegación de justicia para la justicia arbitral. El dolo o mala fe, implica la existencia de una intención de dañar, por lo que en principio, muy pocos casos deberían verse afectados por este vicio. La pregunta que surge entonces en forma casi espontánea, es ¿Qué ocurre en los casos en que no es el dolo, si no la negligencia del tribunal, la que lleva a un resultado injusto?, en otras palabras ¿Puede la culpa provocar una declaración de denegación de justicia?

Las jurisdicciones internacionales y la doctrina no se han pronunciado en forma expresa al respecto. Por ello es que nos parece tan interesante intentar avanzar una posible solución. En este sentido, creemos que sólo el dolo puede constituir un fundamento de denegación de justicia. Las injusticias derivadas de la culpa pueden ser fácilmente subsanadas por las propias instancias superiores de cada jurisdicción nacional.

La culpa lata o grave, sin embargo, puede hacernos dudar, ya que se trata de errores o fallos tan groseros, que son casi siempre asimilables al dolo: *Culpa lata dolo æquiparatur*. A este respecto, nos parece imposible que durante un procedimiento, todas las instancias judiciales internas cometan errores de esta magnitud, sin un concierto previo, en orden a perjudicar a una de las partes. De este modo, a nuestro juicio, sólo el dolo puede ser considerado como fuente de la denegación de justicia.

IV. Conclusiones

El acceso a la justicia es uno de los derechos humanos más importantes¹⁴ para toda persona. Ello queda demostrado en el hecho de ser reconocido como un derecho fundamental, y por tanto, con protección constitucional, por todos los ordenamientos jurídicos modernos, así como por su reconocimiento en derecho internacional (HECKER, 2010, 205-209). En materia de inversión extranjera, este derecho adquiere una dimensión especialmente importante, en especial debido al principio de buen trato que todo Estado debe dar a los extranjeros, quienes evidentemente se encuentran en una posición de mayor desamparo frente a eventuales arbitrariedades.

Así las cosas, la probidad parece ser la piedra angular del sistema, para evitar cualquier abuso de este tipo. Las autoridades de la administración cargan con la obligación de obrar de buena fe en todas sus

¹² Ibid§ 119.

¹³ *Robert Azinian & Otros c. Estados Unidos Mexicanos*, Ciadi ARB(AF)/97/2, sentencia de 01 de noviembre de 1999 § 103, <http://icsid.worldbank.org/> [Consulta: 12 de julio de 2011].

actuaciones que puedan incidir en los derechos de la ciudadanía en general. Esta obligación pesa también sobre los jueces (funcionarios públicos al fin y al cabo), quienes deben tomar todas las medidas para que el procedimiento se lleve a cabo en conformidad a la ley, y fundamentar las decisiones que adopten.

Pero las obligaciones pesan no sólo sobre los funcionarios públicos, si no sobre todo aquel que se presente ante ellos para solicitarles que ejerzan su autoridad. En este sentido, el inversionista tiene la obligación de aceptar las decisiones adoptadas legítimamente por la autoridad; y si estima que su derecho de acceder a la justicia ha sido maliciosamente obstaculizado, es menester que esa mala fe sea debidamente probada. De lo contrario, la justicia arbitral terminaría siendo utilizada como una especie de "tercera instancia" por los inversionistas, con el fin de obtener una nueva revisión de los hechos, cuando no han obtenido una decisión favorable ante las jurisdicciones internas (KNOLL-TUDOR, 2009, 323).

Así por lo demás, se pronunció el tribunal en el caso *Azinian c. México*, señalando que "the possibility of holding a State internationally liable for judicial decisions does not, however, entitle a claimant to seek international review of the national court decisions as though the international jurisdiction seized has plenary appellate jurisdiction"¹⁵. Decisión que ha sido seguida por otros tribunales, especialmente en el caso *Monved c. Estados Unidos*, donde se dijo que "[u]nder NAFTA, parties have the option to seek local remedies. If they do so and lose on the merits, it is not the function of NAFTA tribunals to act as courts of appeal"¹⁶.

Referencias Bibliográficas

- ANCEL, B. (2010) "L'arbitrage commercial international au pays des lumières", en MENDEZ-SILVA, R. *Contratación y arbitraje internacionales*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México D.F., 2010
- CORNU, G. (1987) *Vocabulaire Juridique*, 8^{ava} edición, París, Editions Puf, 2009
- HECKER, C. (2010) "El acceso a la justicia y la inversión extranjera", *Actualidad Jurídica, Revista de Derecho de la Universidad del Desarrollo*, año XI, n°22, julio de 2010
- KAHN, P. (2006) "Investissements internationaux et droits de l'homme", en HORCHANI, F. *Où va le droit de l'investissement ? Désordre normatif et recherche d'équilibre*, París, Editions Pedone, 2006
- KNOLL-TUDOR, I. (2009) "The fair and equitable treatment standard and human rights norms", en DUPUY, P.-M & Otros, *Human Rights in International Investment Law and Arbitration*, Wiltshire, Oxford University Press, 2009
- LAZAREFF, S (2007) "De la parole donnée...", en *Les Cahiers de l'Arbitrage. Gazette du Palais*, n° 2007/2
- MARABOTTO, J. (2003) "Un derecho humano esencial: el acceso a la justicia", en *Anuario de Derecho Constitucional Mexicano*, 2003
- MUIR-WATT, H. (2005) Nota de jurisprudencia sobre el caso *Israel c. NIOC*, Cass. Civ. 1^{ère}, 01 de febrero de 2005, en *Revue de l'arbitrage*, 2005, n°3
- PELLOUX, R. (1975) "L'arrêt Golder de la Cour européenne des Droits de l'homme", en *Annuaire Français de Droit International*, 1975, vol. 21

¹⁴ Ello por supuesto, si aceptamos la posibilidad de jerarquizar los Derechos humanos.

¹⁵ *Robert Azinian & Otros c. Estados Unidos Mexicanos* (n. 22), § 99.

¹⁶ *Monved International Ltd c. Estados Unidos de América*, Ciadi ARB(AF)/99/2, sentencia de 11 de octubre de 2002 § 126, <http://www.state.gov/documents/organization/14442.pdf> [Consulta: 12 de julio de 2011].