

**Centro Internacional de Arbitraje, Mediación y Negociación
Instituto Universitario de Estudios Europeos
Universidad CEU San Pablo
Madrid**

**Arbitraje
Revista de arbitraje
comercial y de
inversiones**

volumen V

2012 (1)

***Iprolex*, S.L.**

ISSN: 1888-5373
Depósito legal: M-6394-2008
Impreso en España – Printed in Spain

Torreblanca Impresores. Paseo Imperial, 57, 28005 Madrid (España)

Dirección

Evelio Verdera y Tuells

Catedrático emérito de Derecho mercantil de la Universidad Complutense de Madrid. Académico de número de la Real Academia Española de Jurisprudencia y Legislación

José Carlos Fernández Rozas

Catedrático de Derecho internacional privado de la Universidad Complutense de Madrid. Asociado del *Institut de Droit International*

Consejo Editorial

Presidente

José María Beneyto

Catedrático de Derecho internacional público de la Universidad CEU –San Pablo (Madrid).
Socio de Gómez Acebo & Pombo, Abogados

Ignacio Arroyo Martínez

Catedrático de Derecho mercantil de la Universidad Autónoma de Barcelona. Presidente de la Asociación Española de Derecho Marítimo. Ramos & Arroyo

Alberto Bercovitz Rodríguez–Cano

Catedrático de Derecho mercantil de la UNED. Alberto Bercovitz Abogados

Giorgio Bernini

Profesor Ordinario de Derecho mercantil y arbitraje internacional de la Universidad de Bolonia. Senior Partner, Studio Bernini e Associati

Faustino Cordón Moreno

Catedrático de Derecho procesal de la Universidad de Alcalá de Henares. Consejo Académico de Gómez–Acebo & Pombo

Bernardo Cremades Sanz–Pastor

Socio Fundador de Cremades y Asociados

Andrés de la Oliva Santos

Catedrático de Derecho procesal de la Universidad Complutense de Madrid

Ignacio Díez–Picazo Giménez

Catedrático de Derecho procesal. Director del Departamento de Arbitraje y Litigios de Herbert Smith (Madrid)

Juan Fernández Armesto

Profesor Ordinario de Derecho mercantil de la Universidad Pontificia de Comillas –ICADE. Armesto & Asociados

Antonio Hernández–Gil Álvarez–Cienfuegos

Catedrático de Derecho civil de la UNED. Decano del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid

Rafael Hinojosa Segovia

Profesor titular de Derecho procesal de la Universidad Complutense de Madrid. Consejero de Cuatrecasas, Gonçalves Pereira Olivencia–Ballester

Rafael Illescas Ortiz

Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad Carlos III de Madrid. Abogado

Riccardo Luzzatto

Profesor Ordinario de Derecho internacional y de la UE en la Universidad de Milán. Studio Legale Avv. Riccardo Luzzatto (Milán)

Pierre Lalive

Profesor Emérito de la Universidad de Ginebra. Senior Partner of Lalive Attorneys–at–Law

Ramón López Vilas

Catedrático de Derecho Civil. Ex Magistrado del Tribunal Supremo. Bufete López Vilas Abogados

Fernando Mantilla Serrano

Partner in Shearman & Sterling's International Arbitration Group (Paris)

Pedro J. Martínez Fraga

Partner in DLA Piper's international arbitration and litigation practice (Miami). Coordinator of International Disputes for Latin America and Florida.

Alexis Mourre

Vicepresidente de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI. Partner of Castaldi Mourre & Partners (Paris)

Manuel Olivencia Ruíz

Catedrático Emérito de la Universidad de Sevilla. Vicepresidente de Cuatrecasas, Gonçalves Pereira

Pilar Perales Viscasillas

Catedrática de Derecho mercantil de la Universidad Carlos III de Madrid. Representante de España en la Uncitral

Leonel Pereznieto Castro

Catedrático de Derecho internacional privado de la UNAM (México). Consultor del área de arbitraje comercial internacional de Jáuregui y Navarrete, S.C. (México)

Francisco Ramos Méndez

Catedrático de Derecho procesal de la Universidad de Barcelona. Ramos & Arroyo

Jesús Remón Peñalver

Abogado del Estado. Director del Área de Derecho Público, Procesal y Arbitraje del Despacho Uría & Menéndez

Andrés Rigo Sureda

Ex Vicepresidente Jurídico Adjunto del Banco Mundial. Abogado y Árbitro internacional

Juan Serrada Hierro

Abogado del Estado. Presidente de la Corte Civil y Mercantil (CIMA)

Edoardo Ricci

Catedrático de Derecho procesal civil de la Università degli Studi de Milán Edoardo Ricci, avvocati (Milán)

Juan Sánchez-Calero Guilarte

Catedrático de Derecho mercantil de la Universidad Complutense de Madrid. Estudio Jurídico Sánchez Calero

Miguel Temboury Redondo

Abogado del Estado. Presidente de la Corte de Arbitraje de Madrid

Miguel Virgós Soriano

Catedrático de Derecho internacional privado de la Universidad Autónoma de Madrid. Uría & Menéndez

Secretarios**Elena Artuch Iriberry**

Profesora titular de Derecho internacional privado de la Universidad Complutense de Madrid

Gonzalo Stampa Casas

L.I.M. University of London. Doctor en Derecho Universidad Complutense Madrid. Stampa Abogados, Madrid

Redactores

Enrique Fernández Masiá, Ana Fernández Pérez, Iván Heredia Cervantes, Fernando Gascón Inchausti, Iñigo Iruretagoiena Agirrezabalaga, María Marcos González Lecuona, Carmen Otero García-Castillón, Antonio Pastor Palomares, Marta Requejo Isidro y Eliseo Sierra Noguero.

iprolex@iprolex.com

Publicación: Iprolex, S.L.
Mártires Oblatos, 19 bis
28224 Pozuelo de Alarcón (Madrid)
Teléfono (34) 91 709 00 65 / Fax (34) 91 709 00 66
<http://www.iprolex.com> / iprolex@iprolex.com

Distribución: Marcial Pons
Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A.
San Sotero, 6
28037. Madrid (España)
www.marcialpons.es

Sumario

Estudios

Bernardo M. CREMADES <i>La buena fe en el arbitraje internacional</i>	13-36
José Carlos FERNÁNDEZ ROZAS <i>Internacionalismo versus mercatorismo en la especialización del arbitraje internacional</i>	37-94
Gonzalo STAMPA CASAS <i>La reforma de la Ley de arbitraje</i>	91-119
José Luis GONZÁLEZ MONTES <i>La prejudicialidad penal en el arbitraje</i>	121-148

Varia

Ana FERNÁNDEZ PÉREZ <i>Una nueva etapa de la intervención jurisdiccional en el arbitraje</i>	149-168
Rafael BERNAL GUTIÉRREZ, Esteban PUYO POSADA, Felipe GONZÁLEZ ARRIETA, Andrea QUIROGA, RODRÍGUEZ, Andrés Fernando TORRES MARTÍNEZ, Isabel Victoria GAITÁN RODRÍGUEZ, Laura ESPINOSA, BARRERO, Leidy Adriana PERALTA FAJARDO, María Angélica MUNAR GORDILLO, María Del Pilar RESTREPO VIÑA, Martha Eliana MARTÍNEZ, ESPINOZA, Salua María HASBUN ABUDINEN y Verónica ROMERO CHACÍN <i>Las cláusulas escalonadas o multinivel: su aproximación en Colombia</i>	169-203

Práctica arbitral

Ramón MULLERAT <i>Un Reglamento para el siglo XXI. La puesta al día del Reglamento de Arbitraje de la CCI</i>	205-222
--	---------

<i>Reglamento de arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, vigente a partir del 1º de enero de 2012</i>	223
---	-----

Textos legales

Unión Europea

Esther LÓPEZ BARRERO <i>Los Protocolos de Solución de Diferencias entre la Unión Europea y Marruecos y la Unión Europea y el Reino Hachemita de Jordania</i>	243-256
---	---------

Jurisprudencia

Jurisprudencia española

Miguel GÓMEZ JENE <i>Principio de colegialidad</i> (Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Vigésimoctava, nº 9/2010, de 10 de junio de 2011)	257-264
Miguel GÓMEZ JENE <i>Doble execuátur del laudo arbitral extranjero</i> (Auto de la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección Quinta, de 21 de julio de 2011)	264-274
Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección Vigésimosegunda) nº 200/2011, de 10 de junio de 2011 (<i>Puma AG Rudolf Dassler Sport / Estudio 2000, S.A.</i>)	275-280
Acción de anulación del laudo.— Motivos: carácter tasado. Causales no previstas en el art. 41 LA.— Causales subsumibles o deducibles de las relacionados en el art. 41 LA.— Infracción del principio de colegialidad.— Infracción del orden público.— Estimación.	
Auto de la Audiencia Provincial de Sevilla (Sección Quinta) de 21 de julio de 2011 (<i>Odfjell Tankers A.S. / Miguel Gallego S.A.</i>)	280-283
Doble execuátur de laudo arbitral dictado en Londres.— No aplicación del Reglamento 44/2001.— Desestimación.	
Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala Civil y Penal) de 23 de noviembre del 2011 (<i>Esintec SLP</i>)	283-285
Acción de anulación.— Convenio arbitral: alcance.— Inclusión de las cuestiones relativas a la eficacia, validez o nulidad de los contratos y negocios jurídicos susceptibles de arbitralidad en la dicción del convenio arbitral.— Ausencia de motivación: improcedencia.	

Jurisprudencia extranjera

Estados Unidos

Hernando DIAZ–CANDIA

- “Issue Conflict” in Arbitration as apparently [un]seen in 2011 by a U.S. Court in STMicroelectronics vs. Credit Suisse Securities* 287-297

Noticias

Centro de Arbitraje, Mediación y Negociación (CIAMEN)

- Buenas prácticas en el arbitraje* 299
- Prejudicialidad penal en el arbitraje* 300
- Los retos actuales en materia de obtención de pruebas en el arbitraje internacional: las nuevas reglas IBA y su posible influencia* 301

Corte de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio e Industria de Toledo

- El arbitraje internacional y la reforma de la Ley de arbitraje, a debate en la Corte de Arbitraje de Toledo* 302

Fundación Mediara

- El análisis del arbitraje y su reforma legislativa, a debate en Sevilla* 303

International Bar Association

- Reunión de Dubai (1 de octubre a 4 de noviembre 2011)* 305

Puerto Rico

- Informe favorable a la aprobación de Ley para regular el Arbitraje Comercial Internacional* 305

Unión Europea

- La Comisión pide generalizar normas de arbitraje para evitar los tribunales en controversias de consumo* 306

Bibliografía

- Álvarez, José E. y Sauvart Karl P. (edis.), con la colaboración de Ahmed, Kamil Gérard y Vizcaino, Gabriela P.), *The Evolving International Investment Regime. Expectations, Realities, Options*, Oxford University Press, 2011 (K. Fach Gómez). 309

Clay, Thomas (director:): <i>Le nouveau droit français de l'arbitrage</i> , París, 2011 (J.C.F.R.)	313
Martínez González, Pedro: <i>El nuevo régimen del arbitraje. Adaptado a la Ley Orgánica 5/2011, de 20 de mayo</i> , Barcelona, 2011.	314
Moreno, Juan Damián: <i>La reforma de la Ley de arbitraje de 2011</i> , La Ley, 2011	314

Revista de Revistas

<i>Miscelánea</i>	317
-------------------------	-----

Internacionalismo versus mercatorismo en la especialización del arbitraje internacional *

José Carlos FERNÁNDEZ ROZAS **

Sumario: I. Introducción. II. Origen y consolidación ius–publicista internacional del arbitraje. III. Desembarco del iusmercatorismo. 1. Apertura hacia nuevas fórmulas de arbitraje en la CPA. 2. Influjo del arbitraje comercial. 3. Participación del Estado en los arbitrajes internacionales. 4. Omnipresencia de la CCI. IV. Sincretismo en la configuración del arbitraje de inversiones. 1. Nuevas formas de litigiosidad internacional. 2. Irrupción del arbitraje de inversiones. V. Perfiles ius-publicistas del arbitraje de inversiones. 1. Un supuesto “subsistema” del ordenamiento internacional. 2. Sometimiento al Derecho internacional. 3. Particularidades procedimentales. 4. Revisión y anulación del laudo. 5. Reconocimiento y ejecución del laudo. VI. Una aproximación con matices.

I. Introducción

1. Los abogados dedicados a resolver las controversias en el marco del Derecho de los negocios internacionales contemplan los arbitrajes entre Estados como algo irrelevante y hasta esotérico, por requerir un cierto grado de iniciación, mientras que los profesores, funcionarios y abogados dedicados al Derecho internacional público ven el arbitraje de comercial como un proceso esencialmente alejado de sus preocupaciones y con cierta displicencia aunque sin desconocer los beneficios económicos que depara¹. Pese a que los arbitrajes internacionales tanto públicos como privados están destinados a conferir solución legal a unas específicas controversias que surgen en un contexto internacional, ambos mecanismos se han dado la espalda durante muchos años para luego identificarse peligrosamente. El objeto de estas páginas es contribuir, sin desconocer su cada vez más estrecha relación, a la necesaria delimitación del arbitraje entre Estados y del arbi-

* El texto de este estudio es una versión ampliada de la que figura en el Libro homenaje a Hugo Llanos Mansilla.

** Catedrático de Derecho internacional privado de la Universidad Complutense de Madrid. Asociado del *Institut de Droit International*.

¹ J.G. Wetter (comp.), *The International Arbitral Process: Public and Private*, vol. I, Dobbs Ferry, N.Y., Oceana, 1979, p. xxiv.

traje comercial en unos momentos en que la especialización de los litigios y la actuación de los operadores dedicados a estos menesteres apuntan a un tratamiento cada vez más homogéneo. Un tratamiento que cuenta con un destinatario especial: el arbitraje de inversiones en el cual por lo general, al margen de la interpretación de buena fe de las obligaciones contractuales², está en juego el abuso de potestades gubernamentales y que, a lo largo de las últimas décadas, ha contribuido de manera muy importante al desarrollo del Derecho internacional. Las críticas que en los últimos tiempos se han vertido sobre esta última modalidad arbitral, con independencia de su mayor o menor corrección, no han beneficiado especialmente a unos procedimientos que han demostrado y siguen demostrando su enorme utilidad en la solución de los conflictos internacionales tanto públicos como privados y que es preciso guardar incólumes en unos momentos de crisis económica y financiera generalizada.

II. Origen y consolidación ius–publicista internacional del arbitraje

2. Desde el “Tratado Jay” (1794) el arbitraje internacional para la solución de controversias entre Estados ha sido, al lado de la tradicional negociación diplomática, un instrumento esencial en el Derecho internacional como alternativa a la existencia de las guerras que tuvo su periodo álgido durante el siglo XIX y la primera mitad de XX. Así acotada, la institución fue evolucionando tras sus primeras manifestaciones *ad hoc* hasta conseguir un amplio grado de institucionalización con motivo del éxito de las *Alabama Claims* (1872), que abrieron una corriente de opinión entusiasta hacia el arbitraje³. Baste comprobar que una de las primeras preocupaciones del *Institut de Droit International* tras su creación (1873) consistió en la difusión del arreglo arbitral de controversias, adoptando en su sesión de La Haya (1875) un Proyecto de Reglamento para el procedimiento arbitral que incluía 27 artículos⁴ y recomendando en su sesión de Zurich (1877) la inserción en los tratados internacionales de una cláusula compromisoria conviniendo el recurso al arbitraje en caso de controversia sobre la aplicación e

² Vid. B. Cremades, “La buena fe en el arbitraje internacional” en este mismo número de la Revista, *supra*, pp. 13-36.

³ El texto de referencia que cubre este periodo y que ha sido reeditado en 2006 por Elibron Classic, es el de A. Mérignhac, *Traité théorique et pratique de l'arbitrage international*, París, L. Larose, 1895.

⁴ [http://www.idi-iil.org/idiF/resolutionsF\)1875_haye_01_fr.pdf](http://www.idi-iil.org/idiF/resolutionsF)1875_haye_01_fr.pdf).

interpretación del tratado⁵. La apuntada corriente se consolidó en las Convenciones surgidas de la Conferencia de Paz de La Haya sobre arreglo pacífico de conflictos internacionales de 1899 y 1907 donde se procedió a la primera codificación de sus normas reguladoras⁶.

Dichas convenciones establecieron que "el arbitraje internacional tiene por objeto arreglar los litigios entre los Estados mediante jueces por ellos elegidos y sobre la base del respeto al Derecho... El convenio de arbitraje implica el compromiso de someterse de buena fe a la sentencia arbitral". Arraigó de esta suerte un procedimiento destinado a resolver con carácter definitivo y obligatorio las controversias entre sujetos de Derecho internacional, mediante órganos por ellos elegidos, ya sea por aplicación de este último ordenamiento o, en su caso, por consideraciones de equidad. Esta modalidad descansa, pues, en el consentimiento de los Estados existiendo varias fórmulas para expresarlo de manera inequívoca y la controversia es sometida a un tercero imparcial que puede ser un árbitro único o un órgano colegiado y el laudo dictado es definitivo y obligatorio para las partes, poniendo fin al litigio. Más matizadamente, a juicio del juez *ad hoc* S. Torres Bernárdez, las características esenciales que adornan al arbitraje internacional pueden reducirse a cinco: 1) consentimiento de los Estados partes en la controversia en someterse al arbitraje; 2) elección del árbitro o de los árbitros por los Estados partes; 3) definición por los Estados parte del objeto del arbitraje; 4) aplicación de normas procesales basadas en el principio de igualdad de medios; 5) respeto del Derecho internacional para fundamentar el laudo arbitral salvo que se establezca expresamente lo contrario en el compromiso⁷.

Partiendo de la existencia inequívoca del consentimiento de los Estados a someterse a ellos⁸, la doctrina *ius*-internacionalista ha prestado una atención destacada a la distinción existente entre el arbitraje y el arreglo judicial, dado que ambos son procedimientos heterocom-

⁵ Dicha cláusula era la siguiente: "*Si les Etats contractants ne sont pas tombés d'accord préalablement sur d'autres dispositions touchant la procédure à suivre devant le tribunal arbitral, il y a lieu d'appliquer le Règlement consacré par l'Institut dans sa session de La Haye, le 28 août 1875*", http://www.idi-iiil.org/idiF/resolutionsF/1877_zur_01_fr.pdf.

⁶ Un completo y pormenorizado estudio de la evolución del arbitraje internacional se encuentra en la monografía de P. Andrés Sáenz de Santa María, *El arbitraje internacional en la práctica convencional española (1794-1978)*, Oviedo, Serv. Publ. Universidad de Oviedo, 1982, pp. 3-21.

⁷ CIJ asunto de la *délimitation maritime et des questions territoriales entre Qatar et Bahrein*, 16 de marzo 2001, opinión disidente, S. Torres Bernárdez, par. 299.

⁸ *Ibid.*, párr. 302.

positivos de arreglo de controversias⁹; para ello acude a diversos criterios entre los que destacan el de la libertad de elección de los árbitros por las partes contra al talante permanente del órgano en el arreglo judicial y el del Derecho de las partes a influir sobre la competencia y el procedimiento arbitral frente a la predeterminación de las normas, en el caso de la Corte Internacional de Justicia, conforme a su Estatuto¹⁰; no en vano, la búsqueda pacífica de solución de controversias es un cometido fundamental de la labor de las Naciones Unidas que realiza a través de dicha Corte, la cual es uno de sus órganos principales. Debe tenerse en cuenta, sin embargo, que la práctica demuestra la presencia de evidentes interrelaciones entre ambos procedimientos de arreglo, especialmente a partir de que el Estatuto del CIJ permitiese la creación, a partir de 1981, de Salas Especiales con jueces designados por las partes; de esta forma se produce lo que se ha denominado la institucionalización progresiva del arbitraje¹¹. Y ello al margen de las relaciones entre esta institución y la Corte Permanente de Arbitraje, de la que hablaremos a continuación.

3. Con una configuración de alcance universal, la Corte Permanente de Arbitraje (CPA) ha desempeñado un papel relevante al incorporar el mecanismo mundial más antiguo que existe en el campo de la solución de controversias internacionales¹². Fundada hace más de un siglo ofrece sus servicios para dirimir conflictos mediante cuatro de los métodos que la Carta de las Naciones Unidas establece de forma expresa: investigación, mediación, conciliación y arbitraje; tiene su sede en el Palacio de la Paz en La Haya, pero no requiere que los procedimientos se lleven a cabo en los Países Bajos, aunque las facilidades de las que se disfruta en su sede garantizan la mejor ejecución de las tareas inherentes a la función judicial. Los miembros de la Corte, que

⁹ G. Guyomar, *Le défaut des parties à un différend devant les juridictions internationales: étude de droit international public positif*, París, LGDJ, 1960; L. Caflisch "L'avenir de l'arbitrage interétatique", *Ann. fr. dr. int.*, vol. 25, 1979, pp. 9–45.

¹⁰ S. Rosenne, *Reflections on International Arbitration and Litigation in the International Court of Justice*, Deventer, Kluwer, 1988, 21 pp.; *id.*, "The International Court of Justice and International Arbitration", *Leiden J. Int'l L.*, vol. 6, n° 2, 1993, pp. 297–322.

¹¹ P. Andrés Sáenz de Santa María, "Arbitraje: Derecho internacional público", *Enciclopedia Jurídica Básica*, vol. I, 1995, pp. 538–540.

¹² Muy tempranamente en su sesión de Edimburgo (1904) el IDI recomendaba "*qu'au cas d'interprétation divergente des conventions internationales, il y a lieu pour les gouvernements, de recourir à l'intervention de la Cour permanente d'Arbitrage à La Haye*", [http://www.idi-iiil.org/idiF/resolutionsF\)1904_edim_01_fr.pdf](http://www.idi-iiil.org/idiF/resolutionsF)1904_edim_01_fr.pdf). No obstante en su sesión de Lausana de 1927 entendió que tal previsión "*est devenue trop limitative et ne correspond plus aux nécessités actuelles*", estimando que no debía mantenerse", [http://www.idi-iiil.org/idiF/resolutionsF\)1927_lau_07_fr.pdf](http://www.idi-iiil.org/idiF/resolutionsF)1927_lau_07_fr.pdf).

son designados por los Estados parte en las Convenciones de 1899 o 1907 hasta cuatro por cada uno, entre juristas "de reconocida competencia en cuestiones de Derecho internacional" (art. 44 de la Convención de 1907). Las partes en litigio pueden seleccionar sus árbitros u otros jueces entre estos miembros para que constituyan el tribunal o la comisión que tendrá a su cargo la solución de la controversia y que llevará a cabo el procedimiento elegido. El órgano encargado de las actividades cotidianas de la Corte es la oficina internacional, y a ella incumbe la función de registro y de secretaría a la vez que sirve de canal de comunicación y custodia de archivos¹³.

A las Convenciones de 1899 y 1907 deben agregarse, como es bien sabido, otros instrumentos que han reforzado esta vocación iuspublicista internacional del arbitraje como el Acta General para el arreglo pacífico de las controversias internacionales, hecha en Ginebra el 28 de septiembre de 1928 (arts. XXI–XVIII), restituida y revisada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 28 de abril de 1949 y, en el ámbito panamericano, el Tratado Americano de soluciones pacíficas, hecho en Bogotá el 30 de abril de 1948 (arts. XXXVIII–XLIX).

4. Pronto tomó conciencia la Comisión de Derecho Internacional de la relevancia del arbitraje incorporándolo a su agenda de trabajo desde su primera sesión en 1949 a partir del articulado del Acta General de 1928, pues no existía una práctica uniforme de los Estados en la materia. Las cuestiones que habían sido sometidas por éstos al arbitraje no permitían, en efecto, vislumbrar un modelo con una vocación de generalidad. De ahí que la labor, más que de codificación fuese de desarrollo progresivo en esta importante faceta del Derecho internacional. Tres años más tarde adoptó un proyecto de 32 artículos que fue sometido a los gobiernos para observaciones y presentado a la Asamblea General en 1955. Una vez estudiado por la Sexta Comisión y por la Asamblea General se reenvió el proyecto a la CDI para un nuevo estudio¹⁴ optando ésta, a partir de un informe del relator especial G. Scelle, por elaborar un texto modelo centrado en el procedimiento arbitral soslayando el formato de tratado internacional¹⁵. Este es el

¹³ M.O. Hudson, "The Permanent Court of Arbitration, *Am. J. Int'l L.*, vol. 27, 1943, pp. 3–41; H. Llanos Mansilla, "La Corte Permanente de Arbitraje de La Haya", *Estudios de arbitraje. Libro homenaje al profesor Patricio Aylwin Azócar*, Santiago de Chile, Editora Jurídica de Chile, 2006, pp. 427–450.

¹⁴ *Annuaire de la Commission du droit international*, vol. I, 1957, par. 43

¹⁵ International Law Commission: Documents No. A/CN.4/18 (primer informe de G. Scelle); No. A/CN.4/29, No. A/CN.4/35, No. A/CN.4/36, No. A/CN.4/46 (segundo informe de G. Scelle), No. A/CN.4/57, No. A/CN.4/58. M. Bos, "The International Law

origen del "Modelo de Reglamento sobre procedimiento arbitral" de 1958¹⁶ cuya finalidad es orientar a los Estados cuando establezcan en un tratado internacional el arbitraje como medio de interpretar y aplicar sus cláusulas, que debió enfrentarse, a la hora de su confección, con numerosas resistencias de los Estados por los problemas que una cláusula de este tipo podía entrañar para la soberanía estatal. Ello explica que el Reglamento permita a los Estados utilizarlo en su integridad o recurrir a otros procedimientos y que en su articulado ponga mayor énfasis en la conclusión y en los efectos de la cláusula que en los inherentes a la constitución del tribunal arbitral.

III. Desembarco del iusmercatorismo

1. Apertura hacia nuevas fórmulas de arbitraje en la CPA

5. No es el momento de describir el papel jugado por la CPA en la solución pacífica de las controversias interestatales¹⁷, ni de atender a las distintas etapas por las que ha atravesado, incluidas crisis muy profundas, pues cada momento histórico cuenta con un modelo predominante. Baste apuntar ahora que el dogma según el cual únicamente aquellos sujetos con personalidad jurídica internacional podían someterse al arbitraje internacional fue resquebrajándose, sobre todo tras los contenciosos derivados de la primera guerra mundial y resueltos por los denominados "tribunales arbitrales mixtos", cuya naturaleza, competencia, y carácter obligatorio de sus decisiones para los Estados suscitó no pocos debates¹⁸.

Sí debe insistirse en que en 1959 el Consejo administrativo encargó a la Oficina estudiar cómo podría jugar un papel más importante en su función. Y, al margen de una serie de acciones privativas del Derecho internacional público, hubo una inclinación hacia la posibilidad

Commission's Draft Convention on Arbitral Procedure in the General Assembly of the United Nations", *Nederlands Tijdschrift voor Internationaal Recht*, vol.3, 1956, pp. 234–361; K.S. Carlston, "Codification of International Arbitral Procedure, *Am. J. Int'l L.*, vol. 47, 1953, pp. 203 ss; *id.*, "Draft Convention on Arbitral Procedure of the International Law Commission, 48 *ibid.*, vol. 48, 1954, pp. 296 s.

¹⁶ http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/francais/projet_d'articles/10_1_1958_francais.pdf. *Vid.* J. Dehaussy, "Travaux de la Commission de Droit International des Nations Unies", *Ann. fr. dr. int.*, vol. 4, 1958, pp. 440–453, esp. 441–448.

¹⁷ *Vid.* J.G. Merrills, "The Contribution of the Permanent Court of Arbitration to International Law and to the Settlement of Disputes by Peaceful Means", *The Permanent Court of Arbitration: International Arbitration and Dispute Resolution* (P. Hamilton, H.C. Requena, L. van Scheltinga y B. Shifman, eds.), La Haya, Kluwer, 1999, pp. 3–29.

¹⁸ *Vid.*, por todos, J. Verhoeven, *Droit international public*, Bruselas, Larcier, 2000, p. 700.

de introducir en el mecanismo arbitral con respecto a los particulares. El propio Secretario General de la institución se mostró decidido partidario de esta posibilidad¹⁹. A ello respondió la elaboración en 1962 de un Reglamento específico de arbitraje y conciliación para los conflictos internacionales entre dos parte de las cuales solamente una es un Estado²⁰. Antecedentes para ello no faltaban. Frente a la concepción marcadamente ius–publicista del art. 37 de la Convención de 1907 (“El arbitraje internacional tiene por objeto la resolución de controversias entre Estados...”), su art. 47 parecía abrir un resquicio al autorizar a la Oficina a “a poner a disposición de las Potencias Contratantes sus locales y su organización para permitir el funcionamiento de toda jurisdicción especial de arbitraje”²¹ y, en efecto, la puerta se abrió en 1935 cuando la Corte, sin dejar de ocupar un lugar singular tanto en el plano de Derecho internacional público, comenzó a realizar incursiones en Derecho de los negocios internacionales de lo que fue expresivo el arbitraje entre *Radio Corporation of America (RCA) / República China*, cuyo laudo fue pronunciado en La Haya el 13 de abril de 1935²², y que no fue un hecho aislado, como demostraron el asunto de la *Société Radio Orient* (1940)²³ y el asunto de la *administración general de los Faros del Imperio Otomano* (1959)²⁴. En cualquier valoración de la práctica arbitral resulta un lugar común afirmar que el arbitraje *Radio Corporation* fue el precursor de los futuros contenciosos entre Estados e inversores privados constituyendo un punto de inflexión del papel de las empresas privadas en las relaciones internacionales²⁵.

¹⁹ Como medio de estimular “*l’attention des parties intéressées sur la possibilité de porter devant la Cour d’Arbitrage les différends entre les Etats et des particuliers, notamment entre des Etats et de grandes sociétés de commerce*” (cf. J.A.P. François, “La cour permanent d’arbitrage, son origine, sa jurisprudence, son avenir”, *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de La Haye –R. des C.*, t. 87, 1955, pp. 457–575, esp. p. 541).

²⁰ G. Guyomar, “Le règlement de la Cour Permanente d’arbitrage relatif aux conflits internationaux entre deux parties dont une seulement est un Etat”, *Ann. fr. dr. int.*, vol. 8, 1962, pp. 377–390. Vid. el texto en *Am. J. Int’l L.*, vol. 57, 1963, pp. 500 ss; Ch. Carabiber, “L’arbitrage international entre gouvernements et particuliers”, *R. des C.*, t. 76, 1950, pp. 217–318.

²¹ Acerca del alcance de la apertura del precepto vid. J.P.A. François, “La cour permanent d’arbitrage...”, *loc. cit.*, pp. 541–546.

²² *Decision in the Arbitration case between Radio Corporation of America versus the National Government in the Republic of China*, La Haya, Publications du Bureau international de la Cour Permanent d’Arbitrage, 1935, <http://www.haguejusticeportal.net/eCache/DEF/10/063.html>; *The Permanent Court of Arbitration...*, *op. cit.*, pp. 145 ss.

²³ http://untreaty.un.org/cod/riaa/cases/vol_III/1871-1881.pdf.

²⁴ *UNRIAA*, vol. XII, 1956, pp. 155 ss.

²⁵ Cf. Ch. Kröner, “Crossing the *Mare Liberum*: The Settlement of Disputes in an Interconnected World”, *Arbitraje. Revista de arbitraje comercial y de inversiones*, vol. IV, n° 3, 2011, pp. 653–666, esp. p. 663.

En 1992 el Consejo Administrativo autorizó al Secretario General a que estableciera el primer conjunto de normas desarrolladas por el grupo de expertos, las "Normas de arbitraje optativas para disputas entre dos Estados", así como las cláusulas modelo sobre sometimiento de las controversias a arbitraje. Les siguieron a éstas las "Normas de arbitraje optativas para disputas entre dos Partes de las cuales sólo una es un Estado" en 1993²⁶. Las "Normas optativas para el arbitraje entre organizaciones internacionales y Estados", las "Normas optativas para el arbitraje entre organizaciones internacionales y partes privadas" y las "Normas optativas de conciliación para todo tipo de disputas" entraron en vigor el 1 de julio de 1996. Este conjunto de normativo nos habla de una variedad adaptable a cada caso concreto y que permite una elección preliminar de conformidad con las características de las partes que participan en la relación jurídica²⁷. Resulta significativo que en la actualidad los arbitrajes que involucran a partes privadas al amparo de los tratados de protección y promoción de inversiones constituya una parte significativa de la labor de la CPA²⁸.

2. Influjo del arbitraje comercial

6. Paralelamente a las acciones descritas en el plano del Derecho internacional público el arbitraje comercial, cuyos antecedentes son muy anteriores, comenzó a difundirse de manera progresiva en las transacciones privadas de carácter transfronterizo, sobre todo desde la aceptación por la práctica forense de los EE UU de las posibilidades de la *Federal Arbitration Act* de 1925 tras la incorporación de este país en 1970 a la Convención de Nueva York de 1958²⁹. Debieron vencerse, sin embargo, importantes reticencias por parte de los abogados que consideraban, entre otras cosas, que este procedimiento, frente al judicial, minimizaba sus honorarios reduciendo las posibilidades de una eventual transacción. Y también hubo que esperar a una evolución favorable de la jurisprudencia, que cristalizó en tres asuntos esenciales para el impulso de la institución: *The Bremen*, *Scherck* y *Mitsubishi*³⁰. El progreso de las transacciones comerciales transfronterizas persuadió a las grandes firmas de abogados de que el arbitraje

²⁶ http://www.pca-cpa.org/showpage.asp?pag_id=1204.

²⁷ J.J. van Haersolte-van Hof, "The Revitalization of the Permanent Court of Arbitration", *Netherlands Int'l L. Rev.*, vol. 54, n° 2, 2007, pp. 395-413.

²⁸ Ch. Kröner, *loc. cit.*, p. 664.

²⁹ W. Park, "International Commercial Arbitration: The Specificity of International Arbitration: The Case for FAA Reform", *Vanderbilt J. Trans'l L.*, vol. 36, 2003, pp. 1241-1311.

³⁰ D.B. Furnish, "Commercial Arbitration Agreement and de Uniform Commercial Code", *California L. Rev.*, vol. 67, 1979, pp. 317 ss, esp. p. 320.

era la fórmula más satisfactoria para resolver las controversias que surgen del intercambio de bienes y servicios y de que sus emolumentos no se reducían con su empleo³¹. Tanto la coincidencia de sus planteamientos con los desplegados por los abogados europeos, como sus desavenencias pronunciadas en el ámbito de la prueba (*discovery, cross-examination...*) ha dado origen a una "cultura arbitral" específica³² y a una nueva era del arbitraje multiplicando la labor de ciertos centros como el adscrito a la Cámara de Comercio Internacional que fue, como se detallará más abajo, el auténtico crisol de las reformas practicadas en todas las modalidades del arbitraje internacional³³. En todos ellos, el procedimiento mantiene una estructura que descansa sustancialmente en el reglamento aplicable, que ha influido decisivamente en los reglamentos utilizados por los principales centros que administran el arbitraje en su dimensión internacional³⁴.

Si el arbitraje no puede ser entendido sin los abogados, en el caso de que éstos extiendan su actividad al marco del arbitraje internacional, al margen de un respeto exquisito de las reglas éticas, han de reunir una serie de cualidades en orden a las diversas funciones que deben desempeñar: elegir la estrategia ajustada para plantear con éxito la reclamación, estudio en profundidad del caso, adecuada comunicación con las partes y con el tribunal arbitral, disponibilidad de una estructura acondicionada al litigio y coordinación de las diversas funciones a desarrollar en cada etapa del procedimiento arbitral³⁵.

³¹ R.A. Alford, apunta hasta nueve factores que, en su opinión, han consolidado la relevancia de los EE UU en el arbitraje internacional entre los que figuran la fuerte representación de las firmas de abogados de este país en las principales instituciones de arbitraje (cf. "The American Influence on International Arbitration", *Ohio State Journal of Dispute Resolution*, vol. 19, 2003, pp. 69 ss).

³² B. Cremades, "Overcoming the Clash of Legal Cultures in International Arbitration: The Role of Interactive Arbitrators", *Arb. Int'l*, vol. 14, n° 2 1998, pp. 157–172.

³³ Cf. B. Cremades, "Arbitraje internacional: del arbitraje comercial internacional al arbitraje de protección de inversiones", *Estudios de arbitraje. Libro homenaje al profesor Patricio Aylwin Azócar*, op. cit., p. 545.

³⁴ K.H. Böckstiegel, "Past, Present and Future of Arbitration," *Arbitration*, vol. 75, n° 1, 2009, p. 181–187.

³⁵ Resulta de gran utilidad el libro editado por R.D. Bishop y E.G. Kehoe, *The Art of Advocacy in International Arbitration*, 2ª ed., Huntington, N.Y., Juris, 2010. *Vid.*, asimismo, D.J.A. Cairns, "Advocacy and the Functions of Lawyers in International Arbitration", *Liber amicorum Bernardo Cremades*, Madrid, La Ley, 2010, pp. 291–307, esp. pp. 295–299. Para este autor las cualidades de un buen abogado en el arbitraje internacional son: a) la pericia jurídica o el conocimiento jurídico de la práctica arbitral en un marco internacional; b) la argumentación jurídica y la capacidad de formular proposiciones lógicas; c) la técnica en el interrogatorio de testigos y peritos; d) la expresión y la capacidad estructurar adecuadamente las alegaciones orales y escritas; f) el comportamiento ético; y g) el tacto, que afina la presentación del caso.

7. Los parámetros generales en su modalidad de carácter privado son de extraordinaria sencillez. Cada una de las partes elige a un árbitro que debe ser independiente e imparcial que elegirán, a su vez, a un tercer árbitro, cuando no se establezca otro procedimiento diverso, a quien incumben las funciones de presidente del tribunal arbitral. Dichos árbitros, cuyo cometido deriva de la voluntad de las partes, son por lo general abogados, operadores del comercio internacional, jueces jubilados o profesores universitarios, que han demostrado una reconocida actividad profesional. Entre las bondades del arbitraje comercial figuran la existencia de un Derecho y de un procedimiento adaptado a los operadores económicos, un eficaz respaldo de la jurisdicción estatal y un mecanismo efectivo de ejecución de los laudos. Los tribunales arbitrales suelen someterse al reglamento de una institución de arbitraje que acostumbra incluir unas reglas procesales muy próximas a las que siguen los tribunales de justicia, aunque muy influenciadas por las técnicas contradictorias propias del procedimiento seguido en los países del *common law*. Los árbitros adoptan su decisión a partir del contrato origen de la controversia, del Derecho nacional que las partes hallan elegido pudiendo acudir al auxilio de ciertas prácticas comerciales generalmente aceptadas que conforman una nueva versión de la *lex mercatoria* medieval. Suele existir una compenetración estrecha de los tribunales del lugar elegido como sede del arbitraje, tanto en lo que concierne a las funciones de apoyo, como al ejercicio del control de lo actuado en el edificio arbitral; esa es la razón de que ciertas plazas como París o Londres sean elegidas con frecuencia. Por último, hace más de medio siglo que en los conflictos transfronterizos la ejecución de los laudos en otro Estado está asegurada merced al mecanismo de la Convención de Nueva York de 1958 de aceptación prácticamente universal.

A las luces enunciadas deben añadirse ciertas sombras que se han incrementado en los últimos tiempos y que amenazan con proyectarse en otras modalidades de arbitraje distintos del comercial³⁶. La cuestión de los árbitros no resulta pacífica en los últimos años pues la práctica demuestra que acostumbran a formar parte de un círculo relativamente cerrado basado ante todo en la "cooptación", la autodisciplina y la reputación individual³⁷. Dicho círculo cerrado ha pues-

³⁶ *Vid., v.gr.*, las reticencias mostradas por ciertos Estados y ciertos colectivos frente al modelo de arbitraje del CIADI en mi estudio, "América latina y el arbitraje de inversiones: ¿matrimonio de amor o matrimonio de conveniencia?", *RCEA*, vol. XXIV, 2009, pp. 13–37, esp. pp. 31–33, <http://eprints.ucm.es/9260/>.

³⁷ Y. Dezalay y B.G. Garth, *Dealing in Virtue: International Commercial Arbitration and the Construction of a Transnational Legal Order*, Chicago, Chicago University Press, 1996.

to en tela de juicio la validez de los principios de independencia y de imparcialidad de los árbitros y ha obligado a duros pronunciamientos de los tribunales estatales en sus decisiones de anulación de laudos arbitrales³⁸. Tampoco es pacífica la cuestión de los costes del arbitraje por obra de las grandes firmas de abogados, que tienen muchas veces a complicar contenciosos relativamente simples encareciendo innecesariamente el litigio. Son éstas cuestiones que quedan fuera de nuestro estudio pero que están presentes cada vez que se inicia un procedimiento de arbitraje cualquiera que sea su objeto.

3. *Participación del Estado en los arbitrajes internacionales*

8. Con independencia de esas sombras la aceptación del modelo descrito se ha producido en ámbitos muy diversos al comercial, aunque los más significativos han sido en el sector de los contenciosos entre Estados e inversores privados. Hoy día es absolutamente habitual insertar una cláusula arbitral en un contrato entre un Estado, un órgano administrativo perteneciente a éste, o una Organización internacional, de una parte, y un particular, de otra parte.

Hasta hace un cuarto de siglo la presencia de los Estados de los métodos de resolución extrajudicial de conflictos, entre los que se hallaban la mediación y el arbitraje, estaba dominada por la noción de soberanía y, al hilo de esta constatación, se caracterizaba por la acción de las excepciones basadas en la inmunidad, tanto de jurisdicción como de ejecución. Más concretamente: quedaban fuera del Derecho administrativo aquellos supuestos en los que o bien se evitaba un proceso contencioso-administrativo o estaba afectada directa o indirectamente una Administración Pública; no se admitía que los referidos métodos suprimiesen la posibilidad de que las partes pudieran plantear sus contenciosos en vía judicial o pusiesen término, con el concurso de ellos, a un proceso ya comenzado. La soberanía, en efecto, fue el gran argumento jurídico-político para apartar a los Estados del arbitraje, en la idea de que una entidad soberana sólo podía someterse a la decisión de sus propios tribunales internos. Si la presencia del interés público justifica la existencia misma del Derecho administrativo, esto condiciona también a las partes para sustituir la acción de los tribunales por los árbitros³⁹.

³⁸ Baste citar dos casos recientes: en Francia la sentencia de la *cour d'appel* de París de 12 de febrero de 2009, *Arbitraje. Revista de arbitraje comercial y de inversiones*, vol. III, 2011, pp. 604–606; en España la SAP Madrid (Sección 12^a) 30 junio 2011.

³⁹ La doctrina francesa era representativa de esta tendencia al afirmar con rotundidad que, como principio, el Estado no puede someter sus procesos al arbitraje, puesto que este constituía una forma de sustraer a la administración de su juez natural que es la jurisdicción

Esta situación ha experimentado un cambio radical partir de la segunda guerra mundial, al propiciar muchos Estados la reconstrucción de las economías, señaladamente en los países en desarrollo en los que únicamente determinados proyectos económicos o comerciales podían desplegarse con la participación directa o con la garantía estatal. Ello explica que se firmaran con frecuencia contratos cuya cláusula final recogía el compromiso de someterse al arbitraje internacional⁴⁰. La propia evolución del Derecho de los negocios internacionales ha contribuido en buena medida a que se produjera un cambio en la situación descrita eliminando la tradicional prohibición del arbitraje para las personas de Derecho público cuando participen en contratos mercantiles de carácter privado celebrados con sociedades extranjeras.

En la actualidad la presencia en el Derecho administrativo de un conjunto de normas destinadas específicamente a regular la organización y las relaciones de las Administraciones Públicas con los administrados y de una jurisdicción propia, la jurisdicción contencioso-administrativa, no es óbice para que en determinado tipo de relaciones, las Administraciones Públicas se sujeten al Derecho privado e, inclusive, sometan los litigios que originen esas relaciones privadas a una jurisdicción distinta a la contencioso-administrativa⁴¹. El problema reside en determinar cuándo el Derecho propio o estatal puede encontrar una alternativa de régimen jurídico privado. Sólo así, y dentro de la crisis que experimenta la jurisdicción contencioso-administrativa, la celebración del contrato de transacción o del convenio arbitral sería susceptible, por sí sola, para sustraer la controversia de la sede judicial, siempre que se respeten, naturalmente, los requisitos de validez exigidos en cada caso⁴².

administrativa (H. Motulsky, "L'arbitrage commercial et les personnes morales de droit public", *Rev. arb.*, 1955, pp. 38–47). Y a propósito de esto el Consejo de Estado francés afirmó el 6 de marzo 1986, a propósito de la construcción del parque Eurodisney, "... que resulta de los principios generales del Derecho público francés, confirmados por el primer inciso del art. 2.060 del Código civil, que salvo disposición legislativa expresa o de estipulaciones internacionales incorporadas en el orden jurídico interno, las personas morales de Derecho público no pueden sustraerse a las reglas que determinan la competencia de las jurisdicciones nacionales sometiéndose a la decisión de un árbitro la solución de litigios en los cuales ellas son partes y que pertenecen al orden jurídico interno" (Cf. D. Labetoulle, "L'arbitrage en droit public", *L'Actualité juridique: droit administratif*, 20 de enero de 1997, p. 16.).

⁴⁰ B. Cremades, "Participación de los Estados en el arbitraje internacional", *Arbitraje. Revista de arbitraje comercial y de inversiones*, vol. III, 2010, n° 3, pp. 655–674, esp. pp. 662–663.

⁴¹ D. Foussard, "Les dispositions sur l'arbitrage de l'article L 311–6 du Code de justice administrative", *Rev. arb.*, 2000, pp. 537 ss; en la doctrina española M. Eslava Rodríguez, *Contratos públicos internacionales*, Madrid, Colex, 2003, pp. 170–173.

⁴² J. Rosa Moreno, *El arbitraje administrativo*, Madrid, McGraw-Hill, 1998, pp. 46 ss.

9. El empleo de técnicas extrajudiciales, al reducir la labor de la tradicional vía judicial, tiene la virtud de aliviar la justicia administrativa en unos momentos caracterizados por el aumento de la litigiosidad en el sector. La solución administrativa, y luego contencioso administrativo, que se generó en la resolución de los conflictos surgidos en la ejecución de los contratos en los que era parte el Estado produjo una serie de insatisfacciones en los administrados, pues una de las partes era al mismo tiempo juez y parte, con lo que no se tenía la necesaria neutralidad que permitiese una mejor gestión del conflicto⁴³. Existía una predisposición clara a reforzar la noción de *iure imperium* en las relaciones en las cuales el Estado compraba o vendía u otorgaba la concesión de un servicio a un particular para su explotación; esta posición de privilegio permitía al Estado alterar las propias reglas que había acordado en el contrato, por ejemplo, cambiar a la baja las tarifas que convino para la prestación de un determinado servicio público, establecer exigencias que no figuraban en el texto original e, incluso, proceder a una política de expropiación. Asimismo, las controversias se resolvían en periodos de tiempo sumamente extensos, a causa del atasco y de la lentitud de la justicia administrativa, que tenía como virtud privar en muchos casos de eficacia a la sentencia. Por esta razón, frente al cuestionamiento de la vía administrativa de solución de controversias cada vez es más habitual recurrir a nuevos métodos más adecuados, entre los que figura el arbitraje. Esa adecuación se manifiesta en una serie de aspectos: en la especialización en la materia que constituye el objeto de la controversia, en la celeridad a la solución de las mismas, y en su eficacia, en el sentido que evita muchas veces la tramitación de procedimientos inútiles y que facilita la consecución de acuerdos consensuales.

No obstante, la cuestión que estamos examinando debe considerarse también desde una óptica distinta que es consecuencia inexorable de la pérdida de soberanía del Estado, consustancial a la sociedad contemporánea. Las exigencias del mercado son susceptibles de condicionar la utilización de algunas actuaciones de la Administración; y ello sin desconocer que el empleo de métodos extrajudiciales y, en particular, del arbitraje son propugnados y logrados cuando los administrados poseen el suficiente potencial de coerción para conseguir que la Administración ceda competencias en la materia. Es el caso de determinados inversores extranjeros que consideran que la jurisdic-

⁴³ R. Silva Romero, "La distinción entre el Estado y Administración y el arbitraje resultante en los contratos del Estado", *Revista Internacional de Arbitraje* (Universidad Sergio Arboleda, Bogotá), junio–diciembre, 2004, pp. 155–187.

ción administrativa puede no ser imparcial por estar excesivamente comprometida con los intereses nacionales.

10. Las reflexiones anteriores nos permiten llegar a una calificación del denominado arbitraje de Derecho administrativo como aquél en el que, como mínimo, una de las partes es una Administración pública y acuerdan someter las eventuales controversias, surgidas o que puedan surgir en materia de su libre disposición, a varios árbitros⁴⁴. El desafío que se está planteando el Derecho público, es evitar la producción o el mantenimiento de aquellos litigios que previsiblemente están condenados al fracaso y que no se puede esperar de ellos la subsistencia del principio de la eficacia de la Administración. Por esto, al introducir estos mecanismos alternativos de solución de controversias se abre un elenco de posibilidades favor de los administrados, a través de unos costos razonables, el trato justo y la reducción drástica de la arbitrariedad en la solución de las controversias⁴⁵. La proliferación de estos métodos no debe considerarse como una oposición ni como una alternativa a la vía judicial, sino como un instrumento complementario de la misma, pues ambas se condicionan recíprocamente.

En términos generales, es importante considerar que esta modalidad de arbitraje no sólo sustituye al recurso administrativo sino también al recurso contencioso-administrativo, con lo cual el futuro laudo arbitral sólo podría ser objeto de una acción de anulación ante los tribunales de justicia de conformidad con la respectiva Ley de arbitraje. Sus características se proyectan en la verificación del interés público de la arbitrabilidad y del carácter disponible de la materia considerada. Esta modalidad de proceso arbitral debe descansar, además, en el principio de transparencia e incluso el de publicidad, pues tratándose siempre de temas que involucran el manejo de fondos o recursos públicos, la privacidad o la reserva propias del arbitraje privado, resultan, por lo menos, discutibles⁴⁶. Ha de tenerse en cuenta, en tercer lugar, que una gran parte de las materias involucradas en la actividad administrativa poseen carácter indisponible y por tanto no pueden ser objeto de arbitraje; pero aunque no concurra tal circunstancia, en función del principio de la legalidad que informa la actividad de la

⁴⁴ J.M. Trayter Jiménez, "El arbitraje del Derecho administrativo", *Revista de la Administración Pública*, n° 143, 1997, pp. 75 ss.

⁴⁵ Vid. la nota al asunto *Victor Pey Casado* de I. Iruretagoiena Agirrezabalaga, "Denegación de justicia y violación del deber de conceder a la inversión extranjera protección suficiente o un tratamiento justo y equitativo", *Arbitraje. Revista de arbitraje comercial y de inversiones*, vol. II, n° 2, 2009, pp. 495-502.

⁴⁶ Vid. *infra*, párrafo 28 de este estudio.

Administración, el arbitraje concernido ha de ser de Derecho y no de equidad y, como regla general, deben considerarse arbitrables todas las controversias de contenido económico susceptibles de resolverse por transacción, como lo establecen la mayoría de las legislaciones. Para terminar, la cesión de las potestades del ente público para someterse a arbitraje tendrá que ajustarse a los requisitos formales previstos en la ley para cada caso concreto, lo que nos conduce al ámbito de la capacidad de los poderes públicos para ser sujetos activos del procedimiento arbitral; en efecto, todavía domina una tendencia contraria a la participación de Estados, organismos y empresas públicas en un arbitraje, considerándose dicha legitimidad como un auténtico principio de orden público transnacional⁴⁷. Una vez asimilado esto, es requisito imprescindible para que se ponga en marcha la voluntariedad, la eliminación de la vía judicial, lo que requiere el consentimiento de todas las partes involucradas; no en vano con el sometimiento a arbitraje las partes pierden el derecho a plantear la cuestión litigiosa ante los tribunales de justicia.

11. Es cierto que pronto surgieron reticencias por parte de algunos Estados a hacer frente a sus compromisos a causa de la aceptación de la cláusula arbitral esgrimiendo para ello la socorrida excepción de la inmunidad de jurisdicción, cuyo ámbito en el comercio internacional tiende hoy a minimizarse. Aunque los Estados y las empresas de Estado disfrutaban, ante todo, de inmunidad de jurisdicción, resulta de reconocimiento general que uno y otras pueden renunciar a tal inmunidad estipulando someterse al arbitraje y para ello un acuerdo arbitral se reconoce equivalente a una renuncia a la inmunidad de jurisdicción⁴⁸. El cambio de mentalidad no fue pacífico pues la oposición a que

⁴⁷ Por ejemplo, en la sentencia *Cour d'appel* de París de 17 de diciembre de 1991 (*Gatoil / National Iranian oil Company [NIOC]*), a pesar de que la empresa panameña, "Gatoil", pretendía hacer valer que la empresa iraní no tenía capacidad para comprometer al ser un organismo de Derecho público y las disposiciones internas iraníes no permitían esta posibilidad por ir en contra del art. 139 de la Constitución de la República Islámica de Irán, consideró que era una disposición imperativa de Derecho interno que no afectaba al orden público internacional.

⁴⁸ Una somera referencia al problemas de la inmunidad de jurisdicción puede extraerse de las siguientes obras P. Andrés Sáenz de Santa María, "El estatuto internacional del Estado: La inmunidad soberana del Estado extranjero (Jurisdicción y ejecución)", *Cuadernos de Derecho Judicial*, 1994, vol. XI, pp. 91–223; M. Cosnard, *La soumission des états aux tribunaux internes: face à la théorie des immunités des États*, París, Pedone, 1996; G.R. Delaume, "The Foreign Sovereign Immunities Act and Public Litigation: Some Fifteen Years Later", *Am. J. Int'l L.*, 1994, pp. 257–79; Ch. Dominicé, "Problèmes actuels des immunités juridictionnelles internationales", *Cursos Euromediterráneos Bancaja de Derecho Internacional*, 1998, pp. 307–348; J.E. Donoghue, "Taking the 'Sovereign' out of

los entes estatales y paraestatales fueran partes en un procedimiento arbitral era la tónica dominante en muchas legislaciones internas que, incluso, estaban apoyadas por preceptos constitucionales defensores de la soberanía estatal dentro de este contexto. Los recelos de violación de soberanía por la extraterritorialidad que pudiera suponer el arbitraje comercial internacional, han dado paso a la masiva ratificación por los Estados de los principales tratados reguladores del arbitraje comercial; como consecuencia de todo ello, la excepción de inmunidad tanto de jurisdicción como de ejecución, ha sido desprovista del contenido emocional y político que pudiera haber tenido en otras épocas⁴⁹.

La prueba de fuego para comprobar el buen o mal funcionamiento del arbitraje en los respectivos ordenamientos jurídicos, se centra en torno al juego difícil que la excepción de incompetencia por convenio arbitral pueda establecerse en el procedimiento judicial. Los nuevos aires de globalización y la relevancia del arbitraje en este contexto han dado lugar a un cambio de actitud en los Estados en el sentido de aceptar las novedades que aporta el Derecho internacional, que pone el acento en la importancia creciente de los centros de arbitraje que dirimen controversias en las que un Estado es parte⁵⁰.

the Foreign Sovereign Immunities Act: a Functional approach to the Commercial Activity Exception", *Yale J. Int'l. L.*, 1992, pp. 489–538; H. Fox, *The Law of State Immunity*, Oxford, 2002; J.D. González Campos, "Bienes de los Estados extranjeros en España", *Diccionario de Obras Públicas y Bienes Públicos*, (J.V. González García, dir.), Madrid, 2007, pp. 112–126; D. Nedjar, "Tendances actuelles du droit international des immunités des États", *Journ. dr. int.*, 1997, pp. 59 ss; A. Orakhelashvili, "State Immunity and International Public Order", *German Yearb. Int'l L.*, 2002, pp.227–267; I. Pingel–Lenuzza, *Les immunités des états en droit international*, Bruselas, Bruselas, 1997; L.I. Sánchez Rodríguez, *Las inmunidades de los Estados extranjeros ante los tribunales españoles*, Madrid, Civitas, 1990; C.H. Schreuer, *State Immunity: Some Recent Developments*, Cambridge, Grotius, 1988; P.D. Trooboff, "Foreign State Immunity: Emerging consensus on Principles", *R. des C.*, t. 200, 1986, pp. 235–432; E. Voyiakís, "Access to Court v State Immunity", *Int'l Comp. L. Q.*, 2003, pp.297–332.

⁴⁹ La CCI sostiene la idea de que una actitud como la expresada constituye una violación flagrante del orden público internacional, aunque cuenta con algunos precedentes en sentido contrario, como el Laudo CCI n° 2321/1974 (*Solel Boneh / Republic of Uganda*). Dicha idea se recoge en las legislaciones europeas como en la Ley suiza de Derecho internacional privado de 1987, donde se dispone que un Estado o una empresa dominada, o una organización controlada por el Estado, no puede invocar su propio Derecho para oponerse a la arbitrabilidad de un litigio o su capacidad para ser parte de un arbitraje si ésta expresa en el contrato (art. 177.2°). Lo mismo ocurre en España donde el art. 2 LA/2003 establece que "cuando el arbitraje sea internacional y una de las partes sea un Estado o una empresa, sociedad, o organización controlada por un Estado, esta parte no podrá invocar las prerrogativas de su propio Derecho para sustraerse a las obligaciones dimanantes del convenio estatal".

⁵⁰ *Vid.* G.R. Delaume, "Judicial Decisions Related to Sovereign Immunity and Transnational Arbitration", *ICSID Rev.—FILJ*, vol. 2, n° 2, 1987, pp. 403–423; Ch. Carabiber,

12. No puede asegurarse que este ambiente se haya consolidado por completo. Si el Estado ha suscrito un convenio arbitral y al ser objeto de una demanda de arbitraje alega que el acto que motiva este último posee una naturaleza intrínsecamente estatal y, por tanto, no sometible a arbitraje, es cierto que podrá argüir después que tal acto no está sujeto a la decisión de los árbitros, siempre que guarde relación con sus obligaciones contractuales. Mas el interrogante no puede resolverse de una manera tan palmaria. Baste atender, por ejemplo, a un contrato de estabilidad jurídica en el que el Estado se comprometió, a no modificar el régimen legal tributario aplicable a una empresa y a pesar de ello lo modifica; las mismas dificultades en torno a la arbitrabilidad acontecen cuando un contrato de concesión para la prestación de servicios públicos contiene una cláusula tarifaria que es aplicada por el regulador en contradicción a lo acordado; y, por citar un tercer ejemplo, podemos observar los contratos que hacen referencias generales a regímenes cambiarios, legislación tributaria o a veces, incluso, a leyes y normas aplicables de manera general. En estos supuestos no es extraño que se considere por parte del Estado que estamos ante actos que implican soberanía que, como tales, no son revivables y, por ende, susceptibles de arbitraje. El argumento generalizado para justificar este proceder es que en el contencioso están comprometidos fondos públicos y que los mismos están sujetos a una serie de limitaciones para su disponibilidad.

La jurisprudencia arbitral ha contribuido decisivamente a reforzar los arbitrajes con presencia del Estado o de entidades estatales en el arbitraje⁵¹. Se reitera al efecto que admisión descansa en la contradicción entre el hecho de que un Estado haya suscrito un contrato internacional que incluya una cláusula compromisoria y la posterior alegación de la nulidad del convenio arbitral con apoyo en que, conforme a su Derecho interno, el Estado o la entidad estatal no podían comprometerse a tal estipulación. Por lo pronto, frente a la tendencia mostrada por la aludida jurisprudencia la defensa del poder hegemónico del Estado ha continuado poniéndose de manifiesto como motivo de

"L'arbitrage international et le problème de l'immunité de de juridiction des États et des collectivités publiques signataires d'une clause compromissoire insérée dans un contrat de droit privé", *Rev. arb.*, 1969, pp. 49–68; K.M. Meessen, "State Immunity in the Arbitral Process", *Arbitrating Foreign Investment Disputes. Procedural and Substantive Legal Aspects* (N. Horn, ed.), La Haya, Kluwer Law International, 2004, pp. 387–397.

⁵¹ Por ejemplo, la CCI señala en sus estadísticas que, en el ejercicio del 2009, setenta y ocho de sus casos administrados hacían relación a Estados o entidades paraestatales; es decir, constituían el 9,5% del total de los arbitrajes administrados por su Corte Internacional de Arbitraje (B. Cremades, "Participación de los Estados...", *loc. cit.*, p. 663).

oposición en los procedimientos de reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros condenatorios de la Administración; y los pretextos barajados se han basado en las socorridas causales de que, de conformidad con su ley interna, el objeto de la controversia no era susceptible de arbitraje o era manifiestamente contrario al orden público del foro. De esta dialéctica ha salido victoriosa, sin embargo, la posición favorable a la participación del Estado en el arbitraje. Y ello aun cuando todavía existe la predisposición en muchos países de que no se podrá comprometer en las cuestiones del Estado ni en aquellas materias que interesen al orden público. La facultad de comprometer por parte de los entes administrativos cada vez adquiere mayor aceptación siguiendo los dictados del art. II del Convenio de Ginebra de 1961, según el cual "... las personas morales consideradas por la ley a ellas aplicable como 'personas morales de Derecho público', estarán facultadas para concertar válidamente acuerdos o compromisos arbitrales".

4. Omnipresencia de la CCI

13. La CCI ha sido un medio idóneo para canalizar propuestas del sector privado ante los gobiernos, e incidir en las decisiones que estos adoptan en las rondas de negociaciones de la OMC, teniendo en cuenta las conclusiones de los Coloquios Empresariales de Ginebra, en los que se ha preparado el terreno para incrementar la influencia de la comunidad empresarial en la toma de decisiones de las Naciones Unidas y de otros organismos internacionales. La CCI ha contribuido en los trabajos de la Uncitral sobre términos comerciales uniformes, pagos internacionales, créditos documentarios y garantías bancarias, arbitraje comercial internacional y reglamentación internacional del transporte marítimo. En concreto la CCI propuso a la Uncitral la necesidad de un Reglamento de arbitraje para uso facultativo en los arbitrajes comerciales internacionales y creación de un nuevo tipo de garantía real adecuada a las necesidades del comercio internacional. Y, por descontado, resulta obligada la referencia a la Convención sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, hecha en Nueva York el 10 de junio de 1958⁵², instrumento que nació a partir de una propuesta formulada por la CCI de reemplazar a la Convención de Ginebra de 1927 sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras por un nuevo texto más adaptado a las circunstancias de tráfico mercan-

⁵² *Vid.*, por todos, A.J. Van den Berg, *The New York Arbitration Convention of 1958. Towards a Uniform Judicial Interpretation*, La Haya, Kluwer, 1981.

til transnacional y con una posibilidad de ganar más incorporaciones estatales que su antecesor.

Debemos detenernos en el notable éxito del Reglamento de arbitraje de la Uncitral (RAU) de 1976 y revisado en 2010⁵³ que contiene un entramado completo de normas de procedimiento que las partes pueden utilizar para la sustanciación de las actuaciones arbitrales relativa a sus relaciones comerciales⁵⁴. La gran ventaja de este instrumento deriva de ser el resultado de trabajos realizados tras reiteradas consultas a los principales Centros internacionales de arbitraje y a expertos en la materia⁵⁵. Y, además, ha contado con la experiencia de la práctica arbitral gestada en determinados sistemas jurídicos nacionales⁵⁶. Es, por tanto, un corolario de la práctica viva del arbitraje internacional y no un texto producto de la mera especulación doctrinal. Precisamente por su utilidad el mismo año de su aprobación la Asamblea General de las Naciones Unidas recomendó, en su Resolución 31/98, su uso para el arreglo de las controversias que surgieran en el contexto de las relaciones comerciales internacionales. Esa recomendación se basaba en la convicción de que el establecimiento de normas de arbitraje especial que fuesen aceptables para Estados con distintos sistemas jurídicos, sociales y económicos contribuiría de manera destacada al desarrollo de relaciones económicas internacionales armoniosas.

El campo de aplicación del Reglamento no está limitado a los arbitrajes *ad hoc*, sino que es frecuentemente utilizado en los arbitrajes de inversiones⁵⁷ y en los arbitrajes administrados por ser el texto modelo de muchas instituciones arbitrales⁵⁸ y, a su lado, se encuentra el Reglamento de conciliación de la Uncitral de 1980 por medio del cual cuando las partes en una controversia comercial deseen solucionarla amistosamente, podrán acordar que este Reglamento rijan el procedimiento de conciliación.

⁵³ J.C. Fernández Rozas, "Revisión del Reglamento de arbitraje de la Uncitral", *Arbitraje. Revista de comercial y de inversiones*, vol. III, n° 3, 2010, pp. 834–839.

⁵⁴ G. Parra Aranguren, "El Reglamento de arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (1976)", *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, n° 93, 1994, pp. 82–126 y 427–448.

⁵⁵ T.W. Thompson, "The Uncitral Rules Arbitration", *Harv. Int'l L.J.*, vol. 17, 1976, pp. 141–154.

⁵⁶ K.H. Böckstiegel, "The Relevance of National Arbitration Law for Arbitration under the Uncitral Rules", *J. Int'l Arb.*, 1984, n° 1, pp. 223–236.

⁵⁷ G. Sacerdoti, "Investment Arbitration Under ICSID and Uncitral Rules: Prerequisites, Applicable Law, Review of Awards", *ICSID Rev.—FILJ*, vol. 19, n° 1, 2004, pp. 1–48.

⁵⁸ D.S.A. Idid, "Use of the Uncitral Arbitration Rules at Arbitral Institutions. The Case of Malaysia", *J. Int'l Arb.*, vol. 24, n° 1, 2007, pp. 37–48.

14. La acogida de este arquetipo ha sido muy apreciable tanto en el orden interno como en el internacional⁵⁹, siendo habitualmente utilizado en todos los continentes, tanto en arbitrajes de perfil general como en arbitrajes especiales. Incluso se ha llegado a afirmar la existencia de un "orden jurídico arbitral" con autonomía propia en constante convergencia con los órdenes jurídicos estatales, "complitud", imperatividad y fuentes propias, aunque por el momento se enfrente a enemigos poderosos como las *anti-suit injunctions* o ciertas normas de carácter imperativo⁶⁰.

Purismos aparte, es un hecho incontrovertido que los operadores de las transacciones mercantiles internacionales se refieren a él cada vez con mayor frecuencia en sus cláusulas compromisorias o en los acuerdos de arbitraje y un número considerable de instituciones arbitrales han aceptado o adoptado el Reglamento de diversas formas⁶¹. Baste referirse al Regl. CIAC o al Reglamento del Centro de Solución de Controversias de la Agencia Internacional de Energía, de 1980 que han incorporado el texto del RAU en su totalidad o en parte. Junto a esto un gran número de Centro de arbitraje que cuentan con Reglamento propio han insertado en ellos, en mayor o menor medida, las disposiciones del RAU, siendo paradigmático el Regl. LCIA de 1981.

Su empleo generalizado movió a la propia Uncitral a dictar unas recomendaciones para su aplicación; aprobadas por la Uncitral en 1982, dichas recomendaciones tienen por objeto facilitar información y asesorar a las instituciones arbitrales y otros órganos interesados, tales como cámaras de comercio o colegios de abogados para la utilización del RAU, señaladamente en lo que concierne a la preparación o revisión del reglamento de una institución arbitral, el nombramiento, por una institución arbitral o algún otro órgano, de los árbitros conforme a lo previsto en el Reglamento, o la prestación de servicios administrativos, de secretaría o de índole técnica al servicio de un procedi-

⁵⁹ K.H. Böckstiegel, "Applying the Uncitral Rules. The Experience of the Iran-United States Claims Tribunal", *International Tax and Business Lawyer*, vol. 4, 1986, pp. 266 ss.

⁶⁰ Vid., por todos, E. Gaillard, "L'ordre juridique arbitral: réalité, utilité et spécificité", *MacGill L.J.*, vol. 55, n° 4, 2010, pp. 891-907.

⁶¹ En el contexto de la labor realizada por la Uncitral en orden al arbitraje comercial internacional Vid. E.E. Bergstein, "The Contribution of the Uncitral Arbitration Rules to International Commercial Arbitration", *Liber Memorialis Petar Šarčević*, Munich, Sellier, 2006, pp.389-400. Diversas instituciones internacionales como los *Regional Centres for Arbitration* de Kuala Lumpur y el Cairo, la *Inter-American Commercial Arbitration Commission* y el *Iran-United States Claims Tribunal*, han utilizado el Reglamento para proyectar sus propias reglas. Otras, como la *Euro-Arab Chambers of Commerce* lo usan como alternativa de sus propias reglas si las partes así lo disponen.

miento arbitral que se esté tramitando con arreglo a este instrumento⁶². Además, un centro arbitral u otra institución que actúe como entidad denominadora o que administre arbitrajes pueden agilizar sus funciones acudiendo directamente al RAU.

El art. 7.2º.b) RAU supone un entronque con el arbitraje interestatal al conferir al Secretario General de la CPA un destacado papel, constituyendo este precepto un instrumento esencial para el perfeccionamiento de numerosos arbitrajes comerciales internacionales sobre todo si éstos no están sometidos al margo de una institución administradora⁶³. Y a ello se une la política de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI de adoptar especiales consideraciones cuando intervienen Estados soberanos, que se manifiesta en diferentes decisiones, y se traduce en: el análisis *prima facie* de la existencia y efectos frente a terceros de la cláusula arbitral, la determinación del lugar del arbitraje, en materia de medidas provisionales, la constitución del tribunal (número, control de independencia de los árbitros, nombramiento de árbitro en caso de que la parte estatal no haya efectuado su correspondiente nombramiento) y, sobre todo, la aprobación del borrador de laudo arbitral propuesto por los árbitros. En estos casos, la Corte procura que sus decisiones sean tomadas por el pleno de la misma, con asistencia de los muy numerosos miembros provenientes de países tan diferentes. Se persigue así garantizar al máximo la tutela arbitral efectiva en los casos de participación de Estados soberanos⁶⁴.

⁶² *Anuario Cnudmi*, vol. XIII, 1982, pp. 426–430.

⁶³ La conflictividad jurídica peculiar de América Latina aconsejó la creación en 2001 de una Sede Regional de la Corte, la primera de todas, en San José de Costa Rica con el objeto de administrar supuestos de arbitraje, conciliación e indagación de disputas entre Estados, sujetos de Derecho privado y organizaciones intergubernamentales, destacando, sin duda, la administración del arbitraje internacional comercial. Con posterioridad, el 5 de diciembre de 2003, se suscribió el Convenio entre el Gobierno de la República de Costa Rica, la Corte Permanente de Arbitraje y la Universidad para la Paz, para el establecimiento de una sede latinoamericana para la promoción de la solución de disputas mediante los mecanismos de la Corte Permanente Arbitraje. En el desempeño de su cometido la CPA recurre a las reglas de arbitraje de la Uncitral y su función es incidir positivamente en el campo de la inversión en América Latina y, de esa forma, desempeñar un destacado cometido de apoyo para acelerar el crecimiento económico de la región. Como consecuencia del trascendental incremento experimentado en los últimos años del número y complejidad de las solicitudes que surgen en los arbitrajes *ad hoc*, han aumentado las solicitudes al Secretario General que actúe como autoridad de nombramiento en los arbitrajes de la Uncitral. Para facilitar esta instancia, el Representante Regional de Costa Rica está habilitado para enviar las solicitudes de dichos servicios al Secretario General.

⁶⁴ *Vid.* E. Silva Romero, "ICC Arbitration and State Contracts", *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, vol 13, nº 1, pp. 34ss.

IV. Sincretismo en la configuración del arbitraje de inversiones

1. Nuevas formas de litigiosidad internacional

15. Consecuentes con el triunfo del mercado y con la consolidación del denominado "modelo único", tras la creación de la OMC, las organizaciones internacionales acostumbran a imponer condiciones específicas para acceder a los mercados internacionales de capital. Han sido muchas las iniciativas para establecer una ordenación internacional de los movimientos internacionales de capital desde la propia Carta de la Habana de 1948 figurando en este empeño entidades de carácter privado, no gubernamental o participadas por Estados, pero entre ellas ha destacado nuevamente la Cámara de Comercio Internacional de París que, en un intento de beneficiar a los inversores, preparó en 1949 un Código para el trato justo de las inversiones extranjeras. A su lado, otra entidad privada la *Gesellschaft zur Förderung des Schutzes von Auslandsinvestitionen* redactó en 1959 el Proyecto de Convenio "Abs / Shawcross" sobre las inversiones en el extranjero⁶⁵. Desde una perspectiva académica la Universidad de Harvard presentó un Proyecto en 1961 sobre la responsabilidad internacional de los Estados por los daños ocasionados a los extranjeros, y, por sólo citar una manifestación más, que en 1967 la OCDE elaboró el Proyecto de Convenio sobre la protección de la propiedad extranjera. En todos estos textos existe una vocación decidida por sus redactores de encontrar una forma de "cláusula paraguas" que, aunque no redactada como la que se hoy inserta en los APPRIs, tenía la virtud de fijar auténticas obligaciones internacionales para los Estados en relación con los inversores que se ponían en marcha con la incorporación a un tratado internacional⁶⁶.

Es cierto que todas iniciativas fracasaron momentáneamente, pues se gestaron principalmente en el ambiente propio los años sesenta caracterizado por la descolonización y por el "Nuevo Orden Económico Interna-

⁶⁵ Dentro de las acciones emprendidas resultan de obligada referencia el *Draft Statutes of the Arbitral Tribunal for Foreign Investment and of the Foreign Investments Court* (1948) de la ILA y el *International Code of Fair Treatment for Foreign Investments* (1949) de la ICC, Unctad, *International Investment Instruments: A Compendium*, vol. XII, Nueva York-Ginebra, 2003, pp. 259-279. *vid.* A.S. Miller, "Protection of Private Foreign Investment by Multilateral Convention", *Am. J. Int'l L.*, vol. 53, 1959, pp. 371 ss; A.A. Fatouros, "An International Code to Protec Private Investment -Proposals and Perspectives", *The Univ. of Toronto L.J.*, vol. XIV, 1961, pp. 77 ss

⁶⁶ A.C. Sinclair, "The Origins of the Umbrella Clause in International Law of Investment Protection", *Arb. Int'l.*, vol. 20, n° 4, 2004, pp. 411-434.

cional”, que contemplaba con recelo todos aquellos intentos de protección de los intereses de los inversores extranjeros procedentes de los Estados desarrollados. Sin embargo no tardaron en apuntarse permitiendo a estos últimos países impulsar la obligatoriedad de mecanismos especiales de solución de controversias: bajo el pretexto de la búsqueda de la “imparcialidad y objetividad”, dichos Estados han logrado, en la práctica, imponer sus sistemas jurídicos y sus principios excesivamente protectores del inversor. La influencia de todas estas organizaciones, favoreció así, no sólo la presencia activa de tratados internacionales como la Convención de Nueva York de 1958 o el Convenio de Washington de 1965, sino también, el auge de los Tratados Bilaterales de Inversiones (APPRI), que han tenido la virtud de impulsar y consolidar el arbitraje internacional de inversiones y una importante actividad a las grandes firmas de abogados, que defienden tanto a los Estados receptores de capital como a los inversores y que están obligados a una profunda operación de reciclaje abandonando algunos hábitos propios del arbitraje comercial⁶⁷. Si bien es cierto que en el preámbulo del Convenio de Washington se habla de “la necesidad de la cooperación internacional para el desarrollo económico”, apuntándose la inversión extranjera como un elemento sustancial a este último, dicho instrumento obedeció esencialmente a que los gobiernos y los inversores extranjeros solicitaban la asistencia del Banco Mundial para el arreglo de diferencias relacionadas con inversiones⁶⁸. Aparece así un arquetipo de arbitraje con ciertos perfiles diferenciales del arbitraje internacional conocido hasta entonces, que ponía el acento en la ampliación de las garantías de la inversión, a través de un concepto amplio y omnicompreensivo de la misma, como criterio de competencia arbitral, y en la utilización de fórmulas amplias, flexibles y suficientes, para dar respuesta a este objetivo⁶⁹.

16. Deben ir precedidas estas reflexiones con el recuerdo del fracaso del Proyecto de Acuerdo Multilateral de Inversiones⁷⁰, como constan-

⁶⁷ C. Leben, *The Advancement of International Law*, Oxford, Hart, 2010.

⁶⁸ Cf. A. Rigo Sureda, “Arbitraje de inversión y desarrollo económico”, *Arbitraje. Revista de arbitraje comercial y de inversiones*, vol. III, n° 2, 2010, pp. 357–375, esp. p. 361.

⁶⁹ Esta concreta cuestión fue objeto de un importante debate en los trabajos preparatorios de la Convención de Washington. Vid. B. Stern, “Le consentement à l’arbitrage CIRDI en matière d’investissement international: que disent les travaux préparatoires?”, *Mélanges Philippe Kahn, Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du XXIème siècle*, París, Litec, 2000, pp. 223–244.

⁷⁰ Vid. un desarrollo pormenorizado de esta cuestión en A. Crespo Hernández, *El Acuerdo Multilateral de Inversiones ¿Crisis de un modelo de globalización?*, Madrid, Eurolex, 2000; J.C. Fernández Rozas, *Sistema del comercio internacional*, Madrid, Civitas, 2001, pp. 316–322.

cia de que uno de los factores clave de la globalización y, en consecuencia, probablemente uno de los más discutidos, es la inversión exterior. Pero, al margen de no contar un instrumento multilateral con pretensiones de generalidad, los países de la OCDE siguen manteniendo la mayoría de los flujos de las inversiones extranjeras directas y, en consecuencia, tienen un interés importante en las normas que rigen las inversiones internacionales. También comparten una opinión común sobre los beneficios de las inversiones extranjeras directas y en la necesidad de su liberalización. La OCDE, aparte de sus estudios y análisis, siempre ha sido para sus Estados miembros un foro en el que se toman decisiones manifestadas en reglas y procedimientos para la cooperación internacional en muchos campos: movimientos de capital, impuestos (incluso el traslado de precios), política de competencia, el medio ambiente y la prevención frente a los sobornos en las transacciones internacionales.

El resultado de esta labor ha dado lugar al Código de Liberalización de Movimientos de Capital (1961) y al Código de Liberalización de Operaciones Corrientes Invisibles (1961) (en relación con los servicios transfronterizos) que, con carácter vinculante, estipulan la liberalización progresiva y no discriminatoria de los movimientos de capital, el derecho de establecimiento y las operaciones corrientes invisibles (esencialmente servicios). Tras casi medio siglo de aplicación han experimentado numerosas modificaciones y adaptaciones datando las últimas de julio de 2009. Estos mecanismos permiten que todas las medidas disconformes con los códigos sean consignadas en las listas de excepciones de cada país y facilitan a los residentes de los países integrantes realizar negocios en cualquiera de las economías miembro como si fueran nacionales⁷¹.

Junto a los Códigos ocupa un lugar destacado la Declaración sobre Inversión Internacional y Empresas Multinacionales de 1976 que constituye un compromiso político para mejorar el impulso de la inversión y fomentar la contribución positiva que las empresas multinacionales pueden hacer al progreso económico y social, así como minimizar y solventar las dificultades que pueden surgir debido a sus operaciones. La última revisión de dicha Declaración fue hecha en 1991 siendo suscrita por los Estados miembros. Comprende cuatro elementos, cada uno de los cuales ha sido respaldado por una Decisión del Consejo de la OCDE: a) Lineamientos para empresas multinacionales; b) Instrumento de trato nacional; c) Advertencia a los

⁷¹ A. Newcombe y L. Paradell, *Law and Practice of Investment Treaties: Standard of Treatment*, Alphen aan der Rijn, Kluwer, 2009, pp. 18–40.

países suscriptores de evitar o de minimizar las obligaciones impuestas a las empresas multinacionales por las autoridades nacionales; y, d) Incentivos y obstáculos a la inversión internacional. Al igual que los Códigos, todas las partes de la Declaración están sujetas a revisiones periódicas.

Sí son relevantes, cabe insistir en ello, las apuntadas acciones que en las décadas de los cuarenta y de los cincuenta ejercieron determinadas entidades de carácter privado de signo diverso, pero con una marcada vocación iusmercatorista⁷², como la Cámara de Comercio Internacional y la *International Law Association*, que se plasmaron en una serie de textos en los que se registraba una vocación decidida hacia la inserción del arbitraje en los nuevos contenciosos que se avecinaban.

17. A partir de aquí, frente al modelo unitario y generalista de la sociedad internacional, descrito en las primeras páginas de este estudio, se ha producido una nueva litigiosidad entre Estados y Organizaciones internacionales, de un lado, y particulares, de otro a partir de la inclusión de cláusulas de arbitraje con una marcada vocación de especialización y proliferación de órganos permanentes o *ad hoc*⁷³. La jurisprudencia francesa fue pionera en el abandono de la competencia exclusiva y excluyente de los tribunales para conocer de ciertas reclamaciones en contratos administrativos. El 10 de abril de 1957 la *cour d'appel* de París (*Myrtoon Steam Ship / Agent Judiciaire du Trésor*) indicaba que "la prohibición se refiere a contratos domésticos y no se aplica a contratos de naturaleza internacional"⁷⁴, mas dicha doctrina sería ratificada posteriormente por la *cour de cassation* el 2 de mayo de 1966 en el asunto *Agent Judiciaire du Trésor / Galakis*⁷⁵.

⁷² Acerca de la clasificación, la labor y los resultados de estas entidades *vid.* J.C. Fernández Rozas, *Ius mercatorum. Autorregulación y Unificación del Derecho de los negocios transnacionales*, Madrid, Consejo General del Notariado, 2004, pp. 291 ss.

⁷³ *Vid., inter alia*, Th. Buergenthal, "Proliferation of International Courts and Tribunals: Is It Good or Bad?", *Leiden J. Int'l L.*, vol. 14, 2001, pp. 267–275, e "International Law and Proliferation of International Courts", *Cursos Euromediterráneos Banca de Derecho Internacional*, vol. V, 2001; S. Schwebel, "The Proliferation of International Tribunals: Threat or Promise?", *Liber Amicorum in Honour of Lord Slynn of Hadley*, vol. II, La Haya, Kluwer, 2000, pp. 3–8; C.P.R. Romano, "The Proliferation of International Judicial Bodies: The Pieces of the Puzzle", *New York Univ. J. Int'l L. & Pol'y*, 1999, pp. 709–751.

⁷⁴ *JCP*, 1957, II, 10078 y nota de H. Motulsky, *Journ. dr. int.*, 1958, pp. 1002 ss y de B. Goldman, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1958, pp. 120 ss.

⁷⁵ B. Ancel e Y. Lequette, *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, 5ª ed., París, Dalloz, 2006, n° 44, pp. 391 ss; *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1967, pp. 553 y nota de B. Goldman; *Journ. dr. int.*, pp. 648 ss y nota de P. Level.

La inclusión por los Estados de cláusulas de arbitraje en contratos de concesión o de inversiones ha sido una constante histórica⁷⁶ que ha propiciado numerosas controversias⁷⁷. En aplicación de estas cláusulas arbitrales tuvieron lugar memorables contenciosos, hasta el punto de que en el asunto *Texaco Overseas Petroleum Company / Gobierno de la República Árabe de Libia* el árbitro único R.J. Dupuy propugnó la internacionalización de los contratos celebrados entre personas internacionales y personas privadas en función de tres criterios: la referencia a los principios generales del Derecho, la inserción de una cláusula de arbitraje y la cualidad de acuerdos de desarrollo económico⁷⁸. A partir de aquí la penetración del mercatorismo ha sido una constante del modelo aunque las posiciones no sean unánimes en función de que la deslocalización de estos contratos nunca es completa⁷⁹, acudiéndose muchas veces a la cómoda referencia del "Derecho transnacional" a título de *tertium genus*.

2. Irrupción del arbitraje de inversiones

18. El arbitraje de inversiones nació con la vocación de "despolitizar" los litigios a través de la creación de un marco jurídico neutral adaptado a los contenciosos específicos entre los Estados y los inversores extranjeros que no estaban dispuestos a arriesgar sus capitales en el país de la inversión cuando ello dependiera de la justicia local⁸⁰.

⁷⁶ V.V. Veeder, "The Lena Goldfields Arbitration: The Historical Roots of Three Ideas", *Int'l & Comp. L.Q.*, vol. 47, 1998, pp. 747–792.

⁷⁷ M. Domke, "Arbitration Between Government Bodies and Foreign Private Firms", *The Arbitration J.*, vol. 17, 1962, pp. 129–144; G.R. Delaume, "State Contracts and International Arbitration", *Am. J. Int'l L.*, vol. 75, 1981, pp. 784–819; *id.*, "Arbitration with Governments: 'Domestic v. International' Awards", *The International Lawyer*, vol. 17, 1983, pp. 687–698; K.-H. Böckstiegel, *Arbitration and State Enterprises: Surveys on the National and International State of Law and Practice*, Deventer, Kluwer, 1984.

⁷⁸ *Journ. dr. int.*, t. 104, 1977, pp. 358 ss y nota de J.F. Lalive, "Un grand arbitrage pétrolier entre un Gouvernement et deux sociétés privées étrangères", *ibid.*, pp. 319 y ss, esp. pp. 335–337; *ILM*, vol. XVII, 1978, pp. 3 ss, con nota introductoria de R.B. von Mehren. *Vid.* G. Cohén-Jonathan, "L'arbitrage Texaco–Calasiatic contre Gouvernement Libyen; décision au fond du 19 janvier 1971", *Ann. fr. dr. int.*, 1977, pp. 452–479; J. Verhoeven, "Droit international des contrats et droit des gens", *Rev. belge dr. int.*, vol. XIV, 1978–79, pp. 209–230; *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1978, pp. 435 ss y nota de F. Rigaux ("Des dieux et des héros – Réflexions sur une sentence arbitrale–"); A. Varma, "Petroleum Concessions in International Arbitration", *Columbia J. Transn'l L.*, vol. 18, 1979, pp. 259–288.

⁷⁹ G.R. Delaume, "Comparative Analysis as a Basis of Law in State Contracts: The Myth of the Lex Mercatoria", *Tul. L. Rev.*, vol. 63, 1988–1989, pp. 575; *id.*, "The Myth of the Lex Mercatoria and State Contracts", *Lex Mercatoria and Arbitration: A Discussion of the New Law Merchant* (T.E. Carboneau, ed), Dobbs Ferry, N.Y., Transnational Juris Publications, 1990, pp. 77–98.

⁸⁰ I.F.I. Shihata, "Towards a Greater Depoliticization of Investment Disputes: the roles of ICSID and MIGA", *ICSID Rev.–FILJ*, vol. 1, 1986, n° 1, pp. 1–25.

Dentro de otras iniciativas tendentes a construir sistema arbitral independiente, que confiriese confianza al inversor pero que permitiera a su vez una defensa válida, surgió en 1965 el CIADI en un contexto internacional marcado por la descolonización y por el "Nuevo Orden Económico Internacional".

La fundamentación jurídica de este nuevo modelo pretendía, en el contexto descrito, que los inversores no dependieran de la apreciación política de su gobierno a la hora de una eventual confrontación con el Estado receptor de la inversión y que el Estado de origen del inversor quedase al margen del litigio y no repercutiera en las relaciones diplomáticas bilaterales con dicho Estado receptor⁸¹. Desde una perspectiva académica nadie ponía en duda en esta etapa primigenia que, al igual que otras rúbricas como el trato a extranjeros, el Derecho de las inversiones internacionales y, en concreto, el sistema de arreglo de controversias que incorporaba era una materia que correspondía por entero al Derecho internacional público. Aunque es un elemento no especialmente desarrollado en los APPRIs, los Estados siempre tienen la opción de someter sus controversias surgidas de esos acuerdos a tribunales judiciales internacionales permanentes, como la CIJ, o a tribunales judiciales regionales permanentes, caso de que tengan competencia.

La Convención de Washington no solo instituyó un centro especializado⁸² sino que estableció un sistema integral y autosuficiente de conciliación y arbitraje para controversias entre inversionistas internacionales y Estados receptores⁸³. En el nacimiento del Centro fue innegable la influencia de otras instituciones internacionales de carácter judicial sometidas al Derecho internacional público convirtiéndose así la nueva entidad, a lo largo de los últimos 40 años, en el prin-

⁸¹ F. Orrego Vicuña, "New Issues in the Settlement of Disputes of International Investments; the Global Reach of the Role Dispute Settlement", *Law of the Sea, Environmental Law and Settlement of Disputes: liber amicorum Judge Thomas A. Mensah*, Leiden, Nijhoff, 2007, pp. 297–312.

⁸² J.A. Vives Chillida, *El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI)*, Madrid: McGraw-Hill, 1998, pp. 527 ss.

⁸³ Dentro de la copiosa bibliografía sobre la Convención cabe referirse desde una perspectiva sistemática y exegetica a las siguientes contribuciones: A. Broches, "The Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States", *R. des C.*, t. 136, 1972, pp. 331 ss; G.R. Delaume, "La Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats", *Journ. dr. int.*, t. 91, 1966, pp. 26 ss; M.M. Moore, "International Arbitration between States and Foreign Investors: The World Bank Convention", *Stanford L. Rev.*, vol. 18, pp. 1359–1380; G. Sacerdoti, "La convenzione di Washington del 1965 per la soluzione delle controversie tra Stati e nazionali di altri Stati in materia di investimenti", *Riv. dir. int. pr. proc.*, vol. 5, 1969, pp. 614 ss.

cial foro arbitral a escala mundial para la resolución de controversias entre inversionistas y Estados⁸⁴.

19. Esta modalidad de arreglo de controversias posee un contenido eminentemente unilateral; de ahí que un sector doctrinal le denomine "arbitraje transnacional unilateral"⁸⁵, en referencia casi exclusiva a los arbitrajes sobre inversiones, pero también experimenta una vinculación muy estrecha, nada pacífica desde el punto de vista doctrinal, con el arbitraje comercial internacional en cuestiones tales como el nombramiento y recusación de árbitros o el procedimiento arbitral. No es infrecuente que los contenciosos en materia de inversiones se sometan a arbitraje administrado por instituciones cuyo objeto principal es el arbitraje comercial. Por lo pronto debe tenerse muy presente que esta modalidad de arbitraje ha contribuido decisivamente al desarrollo del arbitraje comercial internacional⁸⁶.

Y es que, el arbitraje de inversiones no puede desconocer este influjo mercatorista⁸⁷, aunque en la actualidad, a raíz de la multiplicación de las controversias arbitrales originadas por convenciones internacionales, esté adquiriendo rasgos específicos propios⁸⁸. Ha de tenerse presente que el origen del arbitraje de inversión se encuentra en la concepción contractual del arbitraje. No en vano, los contenciosos en materia de inversiones suelen elevarse a centros de arbitraje especializados en esta última modalidad, como por ejemplo, la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI, el Instituto de arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo o la Corte Internacional de Arbitraje de Londres. Incluso, el CIADI, en tanto que institución arbitral especializada para litigios de inversión, también fue ideado, como vimos, para resolver controversias de origen contractual, aunque el devenir de los acontecimientos y la práctica convencional de los Estados ha derivado hacia el Derecho internacional público. Y, por descontado, si se elige

⁸⁴ S. Manciaux, *Investissements étrangers et arbitrage entre états et ressortissants d'autres états: trente années d'activité du CIRDI*, París, Litec, 2004.

⁸⁵ *Inter alia*, vid. W. Ben-Hamida, *L'arbitrage transnational unilatéral. Réflexions sur une procédure réservée à l'initiative d'une personne privée contre une personne publique*, thèse Paris II, 2003.

⁸⁶ B. Legum, "Investment Treaty Arbitration's Contribution to International Commercial Arbitration", *Disp. Res. J.*, vol. 60, n° 3, 2005; B. Cremades, "Arbitraje internacional: del arbitraje comercial internacional...", *loc. cit.*, pp. 545-552.

⁸⁷ F. Kundmüller y R. Rubio Guerrero, "El arbitraje del CIADI y el Derecho internacional de las inversiones: un nuevo horizonte", *Lima Arbitration, Revista del Círculo Peruano de Arbitraje*, n° 1, 2006, pp. 69-112.

⁸⁸ J.C. Fernández Rozas, *Sistema de Derecho económico internacional*, Cizur Menor (Navarra), Thomson-Aranzadi, 2010, n° 32.

un opción *ad hoc*, ésta se suele instrumentar a través del cauce del Reglamento Uncitral que, en su origen, estaba concebido exclusivamente para relaciones comerciales⁸⁹. A partir de aquí puede afirmarse que desde los primeros contenciosos los operadores jurídicos involucrados, se apresuraron a proyectar en este sector el acervo acrisolado por el arbitraje comercial⁹⁰. No obstante, la práctica reciente del arbitraje de inversión evidencia que esa concepción del consentimiento, propia del arbitraje comercial, se desvanece en lo que se ha denominado, con evidente acierto, "consentimiento genérico", con lo cual, cuando el Estado presta su consentimiento en un Tratado internacional no lo presta respecto a un inversor determinado.

20. El arbitraje de inversiones se escapa del estricto marco contractual, donde se ha ubicado durante mucho tiempo, para convertirse en una especie de instrumento de control del respeto por parte de los Estados de la legalidad en el ámbito económico; por esto la cuestión de la verificación del cumplimiento de las obligaciones contractuales se desplaza a la verificación, desde la perspectiva de un particular, del cumplimiento por parte del Estado de sus obligaciones internacionales⁹¹. Dicho en otros términos, la determinación de la existencia de una obligación prevista en un tratado o en una ley interna⁹² desplaza a la verificación de la voluntad inequívoca de las partes inherente al arbitraje comercial internacional. Ello entraña un significativo elemento diferencial: que en la mayor parte de los contenciosos sobre inversiones una de las cuestiones protagonistas en la labor de los árbitros es la verificación de si los demandantes pueden acogerse a esta modalidad arbitral lo que obliga, inexorablemente, a un pronunciamiento previo en torno a la noción de inversión⁹³ y a la nacionalidad del inversor, cuestiones también ajenas al arbitraje comercial convencional. Por ejemplo, en el arbitraje ante el CIADI se ajusta a controversias de

⁸⁹ I. Iruretagoiena Agirrezabalaga, "Alejamiento del paradigma contractual del arbitraje de inversión", *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. VIII, 2008, pp. 595–614, esp. p. 598.

⁹⁰ D.D. Caron, "Interim Measures of Protection: Theory and Practice in Light of the Iran United States Claims Tribunal", *Zeitschrift für Ausländisches Öffentliches Recht und Völkerrecht*, vol. 46, 1986, pp. 465–518, esp. p. 472.

⁹¹ G. Burdeau, "Nouvelles perspectives pour l'arbitrage dans le contentieux économique intéressant les États", *Rev. arb.*, 1995, pp. 3–37; Y. Shany, "Contract Claims vs. Treaty Claims: Mapping Conflicts Between ICSID Decisions on Multisourced Investment Claims", *Am. J. Int'l L.*, 2005, pp. 835–851.

⁹² *V.gr.*, art. 15 Decreto 732: Ley de inversiones extranjeras de El Salvador, de 14 de octubre de 1999.

⁹³ F. Yala, "The Notion of 'Investment' in ICSID Case Law: A drifting Jurisdictional Requirement?", *J. Int'l Arb.*, vol. 22, n° 2, 2005, pp. 105–125.

naturaleza jurídica, que surjan directamente de una inversión, y entre un Estado contratante y un nacional de otro Estado contratante (art. 25.1º Convenio de Washington)⁹⁴; de ahí la importancia de determinar si una inversión califica como tal según las disposiciones del Convenio⁹⁵.

No se establece, como en el arbitraje comercial, un sistema de solución de controversias entre partes presuntamente iguales, sino un procedimiento de protección de inversionistas extranjeros que, como regla general, en el compromiso de base se hallan en una situación de desigualdad al estar expuesto a la soberanía y a las potestades gubernamentales de un Estado en materia reglamentaria, administrativa y de otro género. De ahí que dicho sistema repose en la “protección” contra el riesgo gubernamental que ofrecen los tratados de inversiones, para “promover” y hacer más atractiva a la economía del Estado receptor. Como pusiera de relieve en su opinión individual el árbitro Thomas Wälde

“Aunque se invocan las formas y procedimientos del arbitraje comercial internacional, a los efectos de su aplicación es necesario tener en cuenta que su finalidad es regir el procedimiento, pero no introducir principios, normas y conceptos jurídicos sustanciales usados en el arbitraje comercial internacional en controversias cualitativamente diferentes sobre inversiones entre un inversionista extranjero y el Estado receptor. El arbitraje comercial internacional supone partes más o menos iguales que llevan a cabo complicadas transacciones comerciales internacionales. El arbitraje en materia de inversiones difiere fundamentalmente del arbitraje comercial internacional: rige la situación de un inversionista extranjero expuesto a la soberanía y a las potestades gubernamentales de un Estado en materia reglamentaria, administrativa y de otro género”⁹⁶.

V. Perfiles ius-publicistas del arbitraje de inversiones

1. Un supuesto “subsistema” del ordenamiento internacional

21. Nos hallamos ante controversias que, con independencia de la índole heterogénea de los sujetos, están sometidas al Derecho internacional público, lo que las aleja, en rigor, de las privativas de las

⁹⁴ P. Bernardini, “ICSID versus Non-ICSID Investment Treaty Arbitration”, *Liber amicorum Bernardo Cremades*, Madrid, La Ley, 2010, pp. 159–188, esp. pp. 168–171.

⁹⁵ *V.gr.*, si ésta contribuye al desarrollo económico del Estado receptor. *Malaysian Historical Salvors, SDN, BHD / Malaysia*, Caso CIADI N° ARB/0510 y nota de I. Iruretagoiena Agirrezabalaga, *Arbitraje. Revista de arbitraje comercial y de inversiones*, vol. II, 2009, n° 3, pp. 805–814.

⁹⁶ Opinión independiente del árbitro Thomas Wälde, en el arbitraje realizado conforme al Capítulo XI del TLCAN y a las Reglas de Arbitraje de la Cnudmi: *International Thunderbird Gaming / Estados Unidos Mexicanos*, 26 de enero de 2006, Párrafo 12. [http://www.economia.gob.mx/swb/work/models/economia/Resource/434/1/images/Controversias/Casos_Mexico/Thunderbird\)laudos/opinion_ind.pdf](http://www.economia.gob.mx/swb/work/models/economia/Resource/434/1/images/Controversias/Casos_Mexico/Thunderbird)laudos/opinion_ind.pdf)

transacciones privadas internacionales. El Derecho internacional de las inversiones pertenece por entero al Derecho internacional público, pues comporta el control del ejercicio del poder público, proporcionando a las entidades de carácter no estatal la posibilidad de ejercer acciones directas contra el Estado receptor de la inversión. Este sistema normativo, al actuar escala mundial y al manifestarse a través de normas reiteradas en los numerosos tratados bilaterales y otros instrumentos de carácter multilateral (*International Investment Agreements*), que en la práctica han armonizado a escala mundial el trato a los inversores, ha dado lugar a un Derecho internacional de inversiones de carácter global⁹⁷. Una cosa es el reconocimiento a los entes privados de una capacidad funcional para ejercitar los derechos derivados de un contrato internacionalizado suscrito por ellos, y otra muy distinta concederles personalidad jurídica internacional plena, razón por la cual los arbitrajes en que estos entes privados participan no pertenecen a la esfera del arbitraje comercial internacional ni tampoco al arbitraje privativo del Derecho internacional público, esto es, entre sujetos de Derecho internacional general. Al igual que acontece en otros sectores del Derecho internacional público, donde el individuo ha conseguido un cierto *ius standi* internacional, los tribunales arbitrales son conscientes de que este tipo de controversias son de carácter heterogéneo y se producen entre un sujeto soberano de Derecho internacional y una entidad privada esencialmente en el marco del denominado "Derecho internacional de las inversiones extranjeras"⁹⁸.

Dentro de la actual fragmentación del Derecho internacional, por la carencia en este último de instituciones centralizadas que aseguren la homogeneidad de los distintos subsistemas o regímenes⁹⁹, surge así un ordenamiento específico dentro de lo que la doctrina califica de "normas primarias" y "normas secundarias"¹⁰⁰. Si se quiere, un "subsistema" integrado dentro del Derecho internacional general caracterizado por la existencia de unos principios específicos de protección en contra ciertas acciones estatales, que incorpora la posibilidad de

⁹⁷ Vid., por todos, S.W. Schill, *The Multilateralization of International Investment Law*, Cambridge University Press, 2009; *id.*, *International Investment Law and Comparative Public Law*, Oxford University Press, 2010.

⁹⁸ A. Lowenfeld, "Investment Agreements and International Law"; *Columbia J. Trans'l L.* (The Regulation of Foreign Direct Investment Essays), 2003, pp. 123–129.

⁹⁹ G. Hafner, "Risks Ensuing from Fragmentation of International Law", *Official Records of the General Assembly*, Fifty-fifth session, Supplement No. 10 (A/55/10).

¹⁰⁰ En términos generales son válidas aquí las consideraciones vertidas para la solución de controversias en el ámbito de la OMC. Vid. X. Fernández Pons, *La OMC y el Derecho internacional. Un estudio sobre el sistema de solución de diferencias de la OMC y las normas secundarias del Derecho internacional general*, Madrid, M. Pons, 2006.

demandar directamente al Estado receptor de la inversión ante instancias internacionales por parte de los particulares¹⁰¹. Semejante bloque normativo no pudo dejar de sembrar el desconcierto en los operadores jurídicos acerca de los peligros de la creciente especialización y atomización de una disciplina secularmente consolidada¹⁰².

El Derecho internacional público sigue siendo la fuente principal en esta materia y el Convenio de Viena de 1969 el punto de referencia constante en la aplicación y en la interpretación de los APPRI y otros tratados de protección de inversiones. No debe olvidarse que estos instrumentos despliegan sus efectos un marco legal muy especializado: la reclamación de un particular contra una Administración pública en relación con una conducta observada por ésta que ha afectado a sus intereses; algo muy diverso de un contencioso entre Estados soberanos en el que los particulares carecen en absoluto de legitimación. Consecuentemente, si es menester buscar analogías, debe estudiarse el arbitraje de inversiones junto a otros contenciosos donde se ventila una reclamación frente una determinada conducta gubernamental, *v.gr.*, las controversias que se llevan a cabo en el seno de la OMC ante el Órgano de solución de diferencias o ante el Órgano de apelación¹⁰³ y, más concretamente, la posibilidad de arbitraje que el art. 25 del

¹⁰¹ O. Casanovas y La Rosa, *Unity and Pluralism in Public International Law*, La Haya, Nijhoff, 2001. La solución a los eventuales conflictos entre los sub-sistemas del ordenamiento internacional ha contado con una respuesta de la CIJ en el asunto de las *Plataformas petrolíferas* (Irán / EE UU), Sentencia 6 de noviembre de 2003, *CIJ Recueil 2003*, pp. 161 ss, <http://www.icj-cij.org/docket/files/90/9714.pdf>. *Vid.*, asimismo, M.D. Varela, "La complexité croissante du système juridique international: certains problèmes de cohérence systémique", *Rev. belge dr. int.*, vol. 36, n° 2, 2003, pp. 331–376; I. Forcada, "El ordenamiento jurídico internacional entre el caos y el orden: consecuencias de la fragmentación del 'sistema' para una docencia socialmente significativa", [http://www.reei.org/reei%2011/I.Forcada\(reei11\).pdf](http://www.reei.org/reei%2011/I.Forcada(reei11).pdf).

¹⁰² *Vid.* Informe del Grupo de Estudio de la Comisión de Derecho Internacional preparado por M. Koskeniemi, *Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law*, A/CN.4/L.682, 13 abril 2006, par. 22. http://untreaty.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_l682.pdf.

¹⁰³ El mecanismo general de solución de diferencias posee un carácter unitario y estructurado a través del "Órgano de Solución de Diferencias" (OSD) y de un mismo conjunto de normas de procedimiento contenidas en un instrumento específico, el Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias, lo que dota de un carácter integrado al sistema. El referido mecanismo está compuesto por un conjunto de normas secundarias, en el sentido expresado por N. Bobbio, de Derecho internacional, calificadas "de adjudicación", cuyo objetivo es la garantía de la aplicación de las normas emanadas de la OMC. *Vid.* J.C. Fernández Rozas, *Sistema de Derecho económico internacional*, *op. cit.*, n°s 77–81; I. Blázquez Navarro, "Cumplimiento del Derecho internacional en el sistema de solución de diferencias de la OMC", *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LVIII, 2006, pp. 175–203.

Entendimiento ofrece¹⁰⁴. Dicho en otros términos, una analogía derivada del eventual abuso del poder gubernamental en detrimento de una persona o entidad privada que haya confiado y podido confiar legítimamente en las garantías gubernamentales recibidas.

22. Corolario de todo ello es un cambio sustancial en el tratamiento de instituciones clave del Derecho internacional público, pues hasta finales de los años cincuenta del pasado siglo las relaciones entre los inversores extranjeros y los Estados se regían y exclusivamente por este ordenamiento contando el inversor extranjero para la defensa de sus intereses con dos posibilidades muy poco eficaces y de complicada realización. Demandar al Estado ante los tribunales locales aplicando con una vocación decidida a aplicar la *lex fori*, o solicitar al Estado de su nacionalidad la protección diplomática. Mas esta última no siempre se hacía efectiva, puesto que ningún Estado estaba obligado por el Derecho internacional a poner en marcha a favor de sus nacionales ese tipo de reclamación¹⁰⁵. Asimismo, en virtud de una acreditada norma consuetudinaria un Estado no se hacía cargo de esa clase de reclamaciones a menos que el particular perjudicado hubiese agotado todas las vías de resarcimiento disponibles en la legislación del país en que se hubiera planteado la diferencia. Semejante postulado de agotamiento de los recursos locales apuntaba a asegurar que la diferencia no pasara al plano internacional, a menos que se hubiera permitido al Estado que presuntamente había cometido el acto ilícito la ocasión de resolver la controversia apelando a su propio sistema jurídico¹⁰⁶. Y ello pese a que debamos reconocer que la referida penetración del individuo en el ordenamiento internacional como destinatario directo de derechos y obligaciones, y en ocasiones protagonista cualificado en los procesos de aplicación de normas, diese lugar a una

¹⁰⁴ Dicho precepto contempla la posibilidad de un procedimiento rápido de arbitraje en el seno de la OMC para determinados litigios que tengan por objeto cuestiones claramente definidas por ambas partes. El mecanismo, regulado de manera muy sucinta, está determinado por las reglas generales que rigen el arbitraje comercial internacional, sobre todo en lo que concierne a la autonomía de la voluntad de las partes en orden al procedimiento a seguir y a la obligación de respetar el laudo, aplicándose en este caso las previsiones previstas para los informes adoptados por los Grupos Especiales o por el OA.

¹⁰⁵ Desde el punto de vista de la práctica española *vid.* P. Andrés Sáenz de Santa María, "Discrecionalidad en el ejercicio de la protección diplomática y responsabilidad del Estado en el orden interno", *Anuario de Derecho Internacional*, vol. III, 1976, pp. 321–346 y M. Díez de Velasco Vallejo, "Protección diplomática e inactividad del Estado: La práctica española", *Paces Artis. Obra homenaje al Profesor Julio González Campos*, vol. I, Madrid, Eurolex, 2005, pp. 187–209.

¹⁰⁶ *Wintershall Aktiengesellschaft / República Argentina* (Caso CIADI n° ARB/04/14), Laudo 8 de diciembre de 2008, n° 110.

“reformulación de la naturaleza de la protección diplomática, de su operatividad procesal y de los requisitos de aplicación”¹⁰⁷.

Es suficientemente conocido el punto de inflexión del antiguo sistema con el actualmente vigente tras la firma, en 1959, del primer tratado de protección de inversiones extranjeras entre Alemania y Pakistán que, aunque incluía un margen de protección muy reducido hacia el inversor, inauguró un nuevo modelo defensor de los intereses de este último¹⁰⁸. Un modelo que, reposando en un tratado internacional, posibilitaba solventar los peligros de demandar directamente al Estado receptor de la inversión por parte del Estado de la nacionalidad del perjudicado ante un tribunal arbitral internacional (*v.gr.*, el asunto de la *Barcelona Traction*¹⁰⁹) incluyendo disposiciones expresas para que el particular defendiese directamente sus intereses con el recuso, entre otros, al arbitraje¹¹⁰.

2. Sometimiento al Derecho internacional

23. El arbitraje de inversiones reposa en un tratado internacional suscrito entre el Estado receptor de la inversión y el Estado de la nacionalidad del inversionista por eso en este particular supuesto podemos hablar en términos generales de “arbitraje sin vínculo contractual”. Nos hallamos, pues, ante un procedimiento arbitral de carácter internacional y mixto, esto es, que otorga legitimación activa al inversor para solicitar un arbitraje de inversiones contra el Estado receptor

¹⁰⁷ Cf. F.J. Quel López, “Nueva aproximación a una institución clásica: la necesaria adaptación de la protección diplomática a los actores y factores presentes en la actual sociedad internacional”, *Cursos de Derecho internacional de Vitoria–Gasteiz*, 2002, pp. 343.

¹⁰⁸ *UNTS*, 24, p. 457. *Vid.* A. Newcombe y L.I. Paradell, *op. cit.*, p. 42.

¹⁰⁹ *Vid.* Ch. Staker, “Diplomatic Protection of Private Business Companies: Determining Corporate Personality for International Law Purposes”, *British Yearb. Int'l. L.*, vol. 61, 1990, pp. 155–174. Desde círculos “mercatoristas” se entiende que la tradicional concepción de la nacionalidad de las sociedades está superada por la liberalización y globalización de los mercados financieros y donde habitualmente las empresas constituidas bajo el Derecho de un Estado son organizadas controladas y gestionadas por nacionales de otro, situación esta reconocida y amparada por los acuerdos de inversiones (*vid.*, por todos, G. Sacerdoti, “Bilateral Treaties and Multilateral Instruments on Investment Protection”, *R. des C.*, t. 269, 1997, pp. 339–378).

¹¹⁰ *Vid.*, *v.gr.*, art. 27 Convenio de Washington de 18 de marzo de 1965 que contempla expresamente la renuncia del Estado al ejercicio de la protección diplomática y a promover “reclamación internacional respecto de cualquier diferencia que uno de sus nacionales y otro Estado Contratante hayan consentido en someter o hayan sometido a arbitraje conforme a este Convenio, salvo que este último Estado Contratante no haya acatado el laudo dictado en tal diferencia o haya dejado de cumplirlo”. *Vid.* B. Juratowitch, “The Relationship Between Diplomatic Protection and Investment Treaties”, *ICSID Rev.–FILJ*, vol. 23, n° 1, 2008, pp. 10–35.

a resultas de la violación del APPRI, e incluso de un incumplimiento contractual que alcanzara esa misma naturaleza en virtud de una cláusula de cobertura (*umbrella clause*)¹¹¹. Es evidente que cuando se produce una controversia la cuestión concerniente al procedimiento arbitral descansa en un tratado internacional sometido al Derecho internacional que cuenta con principios que no pueden ser ignorados como el de trato justo y equitativo¹¹² o los del trato nacional, trato de nación más favorecida¹¹³ o plena protección y seguridad. Dicho principios han sido esgrimidos en supuestos de arbitrariedad a partir de la doctrina emanada por la Corte Internacional de Justicia¹¹⁴. Una vez que el Estado acepta la obligatoriedad de un laudo, el incumplimiento por su parte pone en juego su responsabilidad; por lo tanto, como ocurre con los acuerdos de transacción, el arbitraje interestatal ofrece una importante nota diferencial.

En virtud del Derecho internacional vigente, ningún Estado puede ser obligado a participar en un mecanismo de solución de controversias sin su consentimiento. Ahora bien, frente a la posición del Derecho internacional general que contempla la renuncia a la aplicación

¹¹¹ G. Kaufmann-Kohler, "L'arbitrage d'investissement: entre contrat et traité, entre intérêts privés et intérêts public", *La revue libanaise d'arbitrage arabe et international*, n° 32, 2004, pp. 9–15. <http://www.lk-k.com/data/document/arbitrage-investissement-entre-contrat-traite-entre-interets-privés-interet-public-i.e.pdf>.

¹¹² *V.gr.*, el art. 1105.1° TLCAN establece que "Cada una de las Partes otorgará a las inversiones de los inversionistas de otra Parte, trato acorde con el derecho internacional, incluido trato justo y equitativo, así como protección y seguridad plenas". *Vid.* S. Vascianine, "The Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law and Practice", *British Yearb. Int'l. L.*, vol. 70, 1999, pp. 99 ss; C. Schreuer, "Fair and Equitable Treatment in Arbitral Practice", *The Journal of World Investment & Trade*, vol. 6, n° 3, 2005, pp. 357–386.

¹¹³ Pese a advertir la existencia de ciertos límites la decisión sobre excepciones a la jurisdicción de 25 de enero de 2000 en el asunto *Emilio Agustín Maffezini / Reino de España* (Caso CIADI n° ARB/97/7) el tribunal arbitral afirmó que "si un tratado con un tercero contiene disposiciones para la solución de controversias que sean más favorables para la protección de los derechos e intereses del inversor que aquellos del tratado básico, tales disposiciones pueden extenderse al beneficiario de la cláusula de la nación más favorecida pues son plenamente compatibles con el principio *ejusdem generis*. Naturalmente que el tratado con el tercero tiene que referirse a la misma materia del tratado básico, sea ésta la protección de inversiones extranjeras o la promoción del comercio, puesto que las disposiciones sobre solución de controversias se aplicarán en el contexto de estas materias; de otro modo se incurriría en contravención de dicho principio" (*ILR*, vol. 124, par. 22, p. 14). *Vid.*, las consideraciones de E. Gaillard en el asunto *Telenor Mobile Communications A.S. / The Republic of Hungary* (Caso CIADI n° ARB/04/15) Laudo de 13 de septiembre de 2006 (*La jurisprudence du CIRDI*, vol. II, París, Pedone, 2010, pp. 300 ss).

¹¹⁴ Asunto *Elettronica Sicula SpA (ELSI) (EE UU / Italia)* [1989] *ICJ Rep.* 15, 76. La CIJ estableció que la "arbitrariedad es una omisión dolosa del debido procedimiento legal, un acto que hiere o al menos sorprende, al sentimiento de corrección jurídica".

de la regla del agotamiento de manera sumamente restringida, en esta modalidad arbitral la formulación de renunciaciones expresas o la admisión de renunciaciones tácitas ha llegado incluso a modificar la presunción tradicional en favor del particular lesionado. Esta tendencia ha sido reconocida expresamente en el art. 26 del Convenio de Washington en el que se determina que el consentimiento de las partes al procedimiento de arbitraje se considerará como consentimiento a dicho arbitraje con exclusión de cualquier otro recurso¹¹⁵.

24. Los laudos en el arbitraje unilateral están contruidos a partir del Derecho internacional público¹¹⁶, sin perjuicio de que éste pueda hacer remisión al Derecho interno de un determinado Estado, en tanto que en el arbitraje comercial los laudos derivan directamente de las previsiones efectuadas por las partes respecto al Derecho que debe ser aplicado¹¹⁷. Es relevante el papel que cumple el Derecho internacional en el contexto del art. 42 de la Convención de Washington y la relación que tiene con el Derecho interno, estando ampliamente respaldada la opinión que otorga al Derecho internacional una doble función complementaria y correctora. De esta suerte el Derecho internacional cubrirá las lagunas del Derecho interno aplicable en cada caso y corregirá las disposiciones internas que vayan en contra o violen el Derecho internacional¹¹⁸. Entre otros precedentes de la práctica que

¹¹⁵ El tribunal arbitral en el asunto *Maffezini* afirmó que "la terminología del art. 26 deja claro que salvo que el Estado contratante haya condicionado su consentimiento respecto del arbitraje CIADI al previo agotamiento de los recursos internos no será aplicable tal requisito. El art. 26 modifica la regla clásica de Derecho internacional general que implica el agotamiento de los recursos internos salvo renuncia expresa o tácita" (*Emilio Agustín Maffezini / Reino de España*, Caso CIADI n° ARB/97/7, *loc. cit.*). Vid. J. Quel López, "El agotamiento de los recursos internos: criterios uniformes de aplicación en la jurisprudencia y en la codificación internacional", *Pacis artes. Obra homenaje al profesor Julio D. González Campos*, vol. I, Madrid, Eurolex, 2005, pp. 499–527.

¹¹⁶ En este contexto, el empleo de la noción "Derecho internacional", se entiende en el sentido que le atribuye el art. 38.1° del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, si bien teniendo en cuenta que el expresado precepto está destinado a aplicarse a diferencias entre Estados (*cf.* "Informe de los Directores del Banco respecto del CIADI", <http://www.worldbank.org/icsid/basicdoc/basicdoc.htm> (junio 2006)).

¹¹⁷ Vid. A. Prujiner, "L'arbitrage unilateral: un coucou dans le nid de l'arbitrage conventionnel?", *Rev. arb.*, 2005, pp. 63–99.

¹¹⁸ C.H. Schreuer, *The ICSID Convention: a Commentary*, 2ª ed., Cambridge University Press, 2009, p. 623. Esta doble función se vio claramente recogida en las sentencias arbitrales de los comités *ad hoc* que conocían de los recursos de anulación de las decisiones emitidas en los asuntos *Klöckner Industrie-Anlagen GmbH y otros c. República Unida de Camerún y Société Camerounaise des Engrais*, Caso CIADI n° ARB/81/2, Decisión sobre Solicitud de Anulación, 3 de mayo, 1985 y *Amco Asia Corporation c. República de Indonesia*, Caso CIADI n° ARB/81/1, Decisión sobre Solicitud de Anulación, 17 de diciembre, 1992. Vid. E. Gaillard e Y. Banifatemi, "The Meaning of 'and' in Article 42(1),

respaldan esta afirmación, cabe referirse a los asuntos *Loewen*¹¹⁹ y *Wena Hotel / Egipto*¹²⁰.

25. La interpretación que realizan los tribunales arbitrales de los términos establecidos en los APPRI o en los contratos de inversión, muchas veces redactados de forma imprecisa han sido objeto de críticas por ser con mucha frecuencia decisiones contradictorias. Es una consecuencia de la inexistencia de una metodología de interpretación propia del CIADI a diferencia de lo que ocurre en otros subsistemas como, por ejemplo, los derivados de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos o del Órgano de apelación de la OMC, que cuentan con unas técnicas interpretativas propias¹²¹. Debe reconocerse que el valor de la jurisprudencia arbitral en el sistema del CIADI es una cuestión polémica, sobre todo a raíz de un *obiter dictum* recogido en la decisión sobre jurisdicción en asunto *SGS / Philippines* (2004) según la cual si bien las decisiones de los diversos tribunales arbitrales administrados por el CIADI deben de mantener una coherencia entre ellas, corresponde a cada tribunal arbitral individual ejercer su competencia conforme al Derecho aplicable que, inevitablemente, será diferente para cada APPRI en particular¹²². Ciertamente, no exis-

Second Sentence, of the Washington Convention: The Role of International Law in the ICSID Choice of Law Process", *ICSID Rev.—FILJ*, vol. 18, n° 2, 2003, pp. 375–411 y, con carácter general, N. Zambrana Tévar, *La determinación del Derecho aplicable al fondo en el arbitraje de inversiones*, Cizur Menor, Thomson—Reuters, 2010.

¹¹⁹ *The Loewen Group, Inc. y Raymond L. Loewen* (Caso CIADI n° ARB (AF)/98/3). Laudo de 26 de junio de 2003. El tribunal puso de relieve que las violaciones discriminatorias de la ley local equivalían a una injusticia manifiesta de acuerdo con el Derecho internacional si bien, cuando se suscite el nivel mínimo de trato propio del Derecho internacional en un caso en particular en relación con una reclamación de acción judicial —es decir, denegación de justicia— lo que importa es el sistema de justicia y no una decisión particular tomada durante el transcurso de los procedimientos. *Vid.* A. Mourre y A. Vagenheim, "Some Comments on Denial of Justice in Public and Private International Law After Loewen and Saipem", *Liber amicorum Bernardo Cremades*, Madrid, La Ley, 2010, pp. 843–866.

¹²⁰ En este caso el tribunal sostuvo que "las reglas del Derecho internacional que tienen que ver en forma directa o indirecta con el consentimiento del Estado, deben prevalecer sobre el Derecho interno que pueda ser incompatible con dichas reglas de Derecho internacional. En este contexto no se puede concluir que el recurrir a las normas del Derecho internacional bajo los preceptos del tratado CIADI o bajo determinados tratados que tengan que ver con la materia controvertida, pueda implicar un proceder antagónico con los intereses nacionales del Estado": *Wena Hotels Limited / República Árabe de Egipto* (Caso CIADI n° ARB/98/4).

¹²¹ F. Latty, "Les techniques interprétatives du CIRDI"; *Rev. gén. dr. int. pub.*, 2011, pp. 459-480, esp. pp. 461-469.

¹²² "In the Tribunal's view, although different tribunals constituted under the ICSID system should in general seek to act consistently with each other, in the end it must be for each tribunal to exercise its competence in accordance with the applicable law, which

te ninguna autoridad unificadora de doctrina ni regla alguna de Derecho internacional que imponga en este tipo de arbitrajes el carácter obligatorio de los precedentes. Pero no puede ignorarse que el Derecho de la protección de inversiones se ha desarrollado como un auténtico Derecho pretoriano del que es muy difícil prescindir para los árbitros que despliegan su misión en este especial sector¹²³. Por consiguiente, aunque en el Derecho internacional no rige la obligación de respetar este tipo de precedentes, esos laudos y sus fundamentos forman parte de una jurisprudencia emergente de Derecho sobre inversiones internacionales y los Tribunales arbitrales no prescinden, antes al contrario, de ellos. Es más, caso apartarse de una determinada línea establecida, los árbitros acostumbran a dedicar un esfuerzo considerable para explicar la razón de la desviación. Esta es otra diferencia significativa con respecto al arbitraje comercial, donde los laudos se emiten exclusivamente para partes privadas y, por lo general, no se publican.

Al margen de su valor de los precedentes y frente a críticas apresuradas, que abogan por la simplicidad de los fallos, a partir de una mala práctica seguida en el arbitraje comercial que apunta a razonamientos breves, con deficiente motivación y generaliza *infra petita*, la evaluación de las decisiones en el arbitraje de inversiones ha recibido una alta calificación no sólo en la consolidación de una doctrina sino, incluso, es su repercusión en el devenir general del Derecho internacional público¹²⁴ y en sectores muy sensibles del mismo como el Derecho de los tratados (negociación, interpretación y aplicación) y otras fuen-

will by definition be different for each BIT and each Respondent State. Moreover there is no doctrine of precedent in international law, if by precedent is meant a rule of the binding effect of a single decision.³⁰ There is no hierarchy of international tribunals, and even if there were, there is no good reason for allowing the first tribunal in time to resolve issues for all later tribunals. It must be initially for the control mechanisms provided for under the BIT and the ICSID Convention, and in the longer term for the development of a common legal opinion or jurisprudence constante, to resolve the difficult legal questions discussed by the SGS / Pakistan Tribunal and also in the present decision". SGS Société Générale de Surveillance S.A. / Republic of Philippines. Caso CIADI n° ARB/02/02/6, Decisión sobre jurisdicción de 29 de enero 2004, párr. 97. [http://cil.nus.edu.sg/rp/id\)arbcases/pdf\)SGS_v_Philippines-pdf.pdf](http://cil.nus.edu.sg/rp/id)arbcases/pdf)SGS_v_Philippines-pdf.pdf).

¹²³ Y. Derains, "Un demi-siècle de jurisprudence: à la coïssée de chemins. Le point de vue d'arbitre", *La lettre du Centre d'études prospectives et d'information internationales*, n° 244, abril, 2005, (L'arbitrage relatif aux investissements: nouvelles dynamiques internationales), pp. 5–8.

¹²⁴ M. Forteau, "La contribution au développement du droit international général de la jurisprudence arbitrale relative aux investissements étrangers", *Anuário brasileiro de direito internacional*, IV, vol. 1, 2009, pp. 11–39.

tes del ordenamiento internacional, responsabilidad internacional y procedimientos de arreglo internacionales¹²⁵.

3. Particularidades procedimentales

26. La incorporación de las modalidades de arreglo prevista en los tratados de inversión ha chocado abiertamente, como era de esperar, con los procedimientos existentes con anterioridad y que conferían carácter protagonista a la actuación de los Tribunales del Estado receptor de la inversión con carácter protagonista, o que contemplaban el recurso a otras instancias internacionales. Aparentemente la presencia del Estado en el procedimiento arbitral pudiera tener como consecuencia un aumento de la "judicialización" del mismo¹²⁶, pero es aquí nuevamente donde la influencia de las prácticas procesales inherentes al arbitraje comercial han servido de freno a esa eventual expansión, al menos, en lo que concierne a las líneas generales del procedimiento. Cosa distinta es que la participación del Estado haya incrementado los incidentes previos para la determinación de la competencia del Tribunal arbitral, que algunas cuestiones concretas como las medidas cautelares presenten una especificidad propia o que las *anti-suit injunctions* puedan perturbar el normal funcionamiento del procedimiento arbitral¹²⁷.

También como particularidad, es frecuente en el arbitraje de inversiones la presencia de instancias diversas para resolver los contenciosos lo cual suscita múltiples cuestiones derivadas de la coexistencia de una amplia gama de procedimientos en presencia y da lugar a lo que se ha calificado "desorden procesal". Dichas cuestiones, que afectan directamente al arbitraje Estado-inversor, producen, siguiendo a W. Ben Hamida, tres tipos de conflictos en relación: a la solución de controversias de carácter contractual, a las previstas en las relaciones internas y a las determinadas en los compromisos internacionales¹²⁸. El primer supuesto parte de la existencia de una cláusula inserta en un contrato entre el Estado y el inversor que coexiste con la presencia

¹²⁵ F. Latty, "Arbitrage transnational et droit international général (2009)", *Ann. fr. dr. int.*, LV, 2009, pp. 683–726.

¹²⁶ B. Legum, "La réforme du CIRDI: vers une juridictionnalisation de l'arbitrage transnational", *Où va le droit international de l'investissement?: désordre normatif et recherche d'équilibre: actes du colloque organisé à Tunis les 3 et 4 mars 2006*, (F. Horchani, dir.), Paris, Pedone, 2007, pp. 283–287.

¹²⁷ E. Kleiman, "Les incidences politiques de la souveraineté sur l'arbitrage: les perturbations de la procédure arbitrale", *Rev. arb.*, 2003, pp. 827–849.

¹²⁸ W. Ben Hamida, "L'arbitrage Etat-investisseur face à un désordre procédural: la concurrence des procédures et les conflits de juridictions", *Ann. fr. dr. int.*, LI, 2005, pp. 564–602, esp. pp. 567–587.

de un tratado internacional y que nos conduce a la distinción del ámbito de las *contractual claims* y de las *treaty claim*¹²⁹, que es una de las cuestiones de mayor complejidad que suscita el Derecho de las inversiones internacionales pues decisiones de tribunales administrados por el del CIADI como, *v.gr.*, *Lanco International, Inc. / República Argentina*¹³⁰, *Vivendi II*¹³¹, *SGS / Pakistan, SGS*¹³² o *Philippines Bayindir Insaat Turizm Ticaret VE Sanayi AS / Islamic Republic of Pakistan*¹³³ no permiten establecer una línea uniforme, a pesar de las posibilidades ofrecidas por *Vivendi II*. La segunda manifestación conflictual se desprende de la iniciación de un pleito sobre la inversión directamente ante la jurisdicción de un Estado por así disponerlo su legislación interna cuando existe un tratado internacional que puede establecer otras posibilidades. Por último, debe atenderse a la concurrencia del procedimiento de arreglo de controversias previsto en un tratado internacional con los mecanismos alternativos previstos en otros tratados internacionales (*v.gr.*, Capítulo XI TLCAN).

27. El auge que esta experimentado la cuestión de la independencia e imparcialidad de los árbitros también ha salpicado a los arbitrajes de inversiones, señaladamente los desarrollados en el marco del CIADI¹³⁴. La existencia de relaciones entre los árbitros y las partes y/o con sus representantes no conduce inexorablemente a una situación de dependencia que justifique la recusación de un árbitro¹³⁵. El círculo del arbitraje es lo suficientemente reducido como para contemplar la posi-

¹²⁹ *Vid.*, por todos, B. Cremades. y D.J.A. Cairns, "Contract Claims and Treaty Claims and Choice of Forum in Foreign Investment Disputes", *Arbitrating Foreign Investment Disputes*, La Haya, Kluwer Law International, 2004, pp. 325–351; Y. Sahny, "Contract Claims v. Treaty Claims: Mapping Conflicts Between ICSID Decisions on Multi-Sourced Investment Claims", *Am. J. Int'l L.*, vol. 99, 2005, pp. 835 ss.

¹³⁰ Caso CIADI n° ARB/97/6. Decisión Preliminar del Tribunal, 8 de diciembre de 1998, *ILM*, vol. 40, 2001, p. 457.

¹³¹ *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal v. República Argentina*, Caso CIADI n° ARB/97/3, Decisión de anulación, 3 de julio de 2002 (*Vivendi II*). http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC550_Sp&caselId=C159

¹³² Caso CIADI n° ARB/02/6, Decision on Objections to Jurisdiction, 29 de enero 2004.

¹³³ Caso CIADI n° ARB/03/29, 14 de noviembre de 2005.

¹³⁴ Desde la perspectiva del Derecho internacional *vid.* "The Hague Principles on Ethical Standards for Counsel Appearing before International Courts and Tribunals (27 September 2010)", *Arbitraje. Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, vol. IV, 2011, pp. 609-611.

¹³⁵ J. Robert, "Influence sur la validité de l'arbitrage des rapports antérieurs des arbitres avec les parties", *Rev. arb.*, 1969, pp. 43–55; Ph. Fouchard, E. Gaillard y B. Goldman, *Traité d'arbitrage commercial international*, Paris, Litec, 1999, pp. 584 ss; J.L. Delvolvé, J. Roche y G.H. Pointon, *French Arbitration. Law and Practice*, La Haya, Kluwer Law International, 2003, pp. 97 ss.

bilidad de que los árbitros tengan o hayan tenido algún contacto de carácter profesional con las partes. Algunos contenciosos exigen una especialización y un conocimiento tan profundo de la materia abordada que reduce el círculo de los operadores o propicia la constante aparición, desde distintas posiciones procesales (árbitros, representantes legales, representantes corporativos, expertos, etc...), de un reducido número de juristas. Dicha situación, y la frecuencia de las interacciones de puestos en el arbitraje desempeñados por las mismas personas, atenta con frecuencia al principio de neutralidad de los árbitros¹³⁶. Diversas decisiones emanadas en el contexto del CIADI se han pronunciado sobre esta cuestión aunque no pueda extraerse una doctrina consolidada pues supuestos conflictos de interés han dado lugar a resultados diversos sobre la elegibilidad de un árbitro. En el caso *Holiday Inns / Marocco* el árbitro de la parte demandante tuvo que renunciar cuando divulgó que cuatro años antes había sido el director de uno de los demandantes¹³⁷. Por su parte, el caso *Amco / Indonesia*, la parte demandada recusó el árbitro nombrado por la parte demandante por el hecho de que antes de su nombramiento había asesorado personalmente en materia tributaria al accionista principal de la sociedad demandante; asimismo, su firma de abogados había también tenido, antes del comienzo del arbitraje, un arreglo para la distribución de utilidades con los abogados que representaban a las demandantes, si bien durante el periodo de dicho arreglo ni el accionista ni la demandante habían sido clientes de ninguna de dichas firmas de abogados. A pesar de lo razonable de la preocupación de la parte recusante la propuesta para descalificar fue rechazada por no considerarse lo suficientemente trascendente ante las circunstancias del caso¹³⁸.

En el caso *Zhinvali* la recusación se basó en la existencia de contactos ocasionales y puramente sociales entre el árbitro en cuestión y un ejecutivo que fue clave en la inversión de la parte demandante. Los otros dos árbitros insistieron en la ausencia de cualquier relación profesional o de negocios entre el árbitro y la persona involucrada, y concluyó que el sugerir que un contacto meramente ocasional y personal pudiera afectar manifiestamente el juicio de un árbitro, en la ausencia de hechos adicionales, era puramente especulativo y, en consecuencia

¹³⁶ P. Lalive, "Sur l'irresponsabilité arbitrale", *Etudes de Procédure et d'arbitrage en l'honneur de J.-F. Poudret*, Faculté de Droit de l'Université de Lausanne, 1999, pp. 419-435.

¹³⁷ *Holiday Inns S.A. and others / Morocco* (CIADI Caso No. ARB/72/1), *ICSID Ann. Rep.*, 1977, pp. 32 ss).

¹³⁸ Caso CIADI n° ARB/81/1, *Amco Asia Corporation and others / Republic of Indonesia*, Decision on the Proposal to Disqualify an Arbitrator, 24 junio 1982, no publicado.

desestimaron la recusación¹³⁹. Por último, en el asunto *Vivendi* el árbitro recusado había declarado que uno de sus socios en su firma de abogados prestado servicios de asesoría fiscal a la compañía predecesora de la entidad inversora y que no había tenido participación personal alguna con dicha actividad. En este caso los árbitros que decidieron sobre la recusación consideraron que la relación continua entre el socio y la entidad no era suficientemente significativa para estos efectos y, en consecuencia desestimaron la recusación¹⁴⁰.

28. El arbitraje de inversiones en los últimos tiempos está desarrollando perfiles propios en el ámbito de la privacidad y la confidencialidad. Estas notas precisan un ambiente de mayor transparencia pues la presencia de los Estados y otras entidades públicas en los procedimientos arbitrales afecta directamente a los intereses públicos¹⁴¹. Por este motivo, la confidencialidad, consustancial en el arbitraje comercial, cede en los arbitrajes en materia de inversiones a exigencias de publicidad y transparencia admitiendo, entre otras cosas, la participación de los denominados *amici curiae* en las deliberaciones ante los árbitros¹⁴², dentro de una dimensión que pretende vincular esta materia a la protección internacional de los derechos humanos¹⁴³. De esta suerte, la evolución del arbitraje de inversiones ha producido una tensión entre, de un lado, dos elementos arraigados en el arbitraje comercial: la privacidad y la confidencialidad y, de otro lado, el

¹³⁹ Caso CIADI n° ARB/00/1, *Zhinvali Development Ltd. / Republica de Georgia*, Decision on the Proposal to Disqualify an Arbitrator, 19 enero 2001, no publicado.

¹⁴⁰ Caso CIADI n° ARB/97/3, *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. & Vivendi Universal / República Argentina*, Decision on the challenge to the President of the Committee, *ICSID Rev.-FILJ*, pp. 182–196.

¹⁴¹ I. Iruretagoiena Agirrezabalaga, "Atenuación de los rasgos de confidencialidad y privacidad en el arbitraje de inversión", *Arbitraje. Revista de arbitraje comercial y de inversiones*, vol. I, n° 1, 2008, pp. 39–164. Un grupo de trabajo de la Uncitral se reunió del 7 al 11 de febrero de 2011 en Nueva York para debatir el acceso a la información sobre diferencias entre inversores y Estados, en virtud del Regl. Uncitral. La reunión marcó el segundo encuentro de delegaciones gubernamentales que están trabajando para llegar a un acuerdo sobre el tema de la transparencia en el contexto de las reglas de arbitraje de las Naciones Unidas, que son ampliamente utilizadas en los arbitrajes entre inversor y Estado.

¹⁴² A. Mourre, "¿Los *amici curiae* son la respuesta apropiada al interés público en la transparencia del arbitraje de inversión?", *Revista Brasileira de Arbitragem*, n° 12, 2007, pp. 60–72; B. Stern, "Un petit pas de plus: l'installation de la société civile dans l'arbitrage CIRDI entre Etat et investisseur", *Rev. arb.*, 2007, pp. 3–43; C. Knahr, "Transparency, Third Party Participation and Access to Documents in International Investment Arbitration", *Arb. Int'l*, vol. 23, n° 2, 2007, pp. 327–355; I. Maxwell, "Transparency in Investment Arbitration: Are *Amici Curiae* the Solution?", *Asian Int'l Arb'n J.*, vol. 3, n° 2, 2007, pp. 176–186.

¹⁴³ S. Manciaux, "L'implication d'investisseurs étrangers dans certaines violations des droits de l'homme", *Au coeur des combats juridiques* (E. Dockès, ed.), París, Dalloz, 2007, pp. 355–370.

interés público y la transparencia, con el triunfo evidente de estos últimos¹⁴⁴. Estas circunstancias aconsejan un estudio separado que tenga en cuenta la repercusión de todos estos elementos en el arbitraje de inversiones.

4. Revisión y anulación del laudo

29. Excluida la vía de apelación contra los laudos arbitrales el sistema del CIADI incorpora las vías de recurso habituales en la materia. El primero es el de revisión regulado en el art. 51.1º de la Convención de Washington, que deberá dirigir la parte interesada al Secretario General, caso de que: a) aparezca algún hecho relevante; b) sea susceptible de influir decisivamente en el laudo, y c) hubiere sido desconocido por el Tribunal y por dicha parte y que dicho desconocimiento no se deba a su propia negligencia¹⁴⁵. Dicho precepto es un trasunto del art. 61 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia¹⁴⁶ y esta proyección internacionalista abarca la carga de la prueba que se rige de conformidad con los postulados procesales establecidos por el Derecho internacional público conforme a los cuales ésta recae, *prima facie*, sobre la parte que solicita la revisión (*actor incumbit onus pro-*

¹⁴⁴ Y. Fortier, "Arbitrating in the Age of Investment Treaty Disputes", *The University of Southern of Wales L.J.*, vol. 31, n° 1, 2008, http://www.arbitration-icca.org/media/0/12232955433930/1116_001.pdf. Expresivo de esto es que en junio de 2005 el Comité de inversiones de la OCDE publicó una declaración en favor de una transparencia suplementaria en el arbitraje internacional de inversiones con el siguiente tenor: "*Les membres du Comité de l'investissement sont d'avis général qu'une transparence supplémentaire, en particulier concernant la publication des sentences arbitrales, sous réserve des sauvegardes nécessaires pour la protection d'informations confidentielles de nature gouvernementale ou des données sensibles des entreprises, est souhaitable afin d'accroître la bonne marche et l'acceptation par l'opinion publique de l'arbitrage international relatif aux investissements ainsi que de contribuer au développement continu d'une jurisprudence publique. Les membres du Comité de l'investissement partagent en général l'opinion que, dans la mesure où l'instance soulève des questions importantes d'intérêt public, il pourrait être souhaitable de permettre la participation de tiers, sous réserve toutefois de lignes directrices claires et précises*" (OECD Investment Committee, *Transparency and Third Party Participation in Investor-State Dispute Settlement Procedures Statement*, working paper 2005/1, <http://www.oecd.org/dataoecd/25/3/34786913.pdf>).

¹⁴⁵ *Vid.*, Víctor Pey Casado y Fundación Presidente Allende / República de Chile (caso CIADI n° ARB/98/2) procedimiento de revisión, decisión de 18 de noviembre de 2009, esp. párrafos 24 ss (<http://italaw.com/documents/Decisiundel18-11-2009Spanish.pdf>).

¹⁴⁶ *Vid.*, *v.gr.*, Decisión de 10 de diciembre de 1985 (solicitud de revisión y de interpretación del fallo del 24 de febrero de 1982 en el *Caso Relativo a la Plataforma Continental* [Túnez-Libia]) (*CIJ, Rec.*, 1985, p. 192); S. Torres Bernaldez, "Santiago. A propos de l'interprétation et de la révision des arrêts de la Cour internationale de justice", *Le droit international à l'heure de sa codification. Études en l'honneur de Roberto Ago*, vol. 3, Milán, Giuffrè, 1987, pp. 443-496.

bandi). Esto se refleja en las Reglas de arbitraje del CIADI, concretamente en la Regla 50(c)(ii).

Así configurado el recurso debe versar sobre el laudo final y no procede para los laudos interlocutorios como los que se pronuncian sobre la jurisdicción o sobre la adopción de medidas cautelares, salvo que estas cuestiones se incorporen al referido laudo final. Su interposición corresponde a una de las partes en el arbitraje y la solicitud debe ser especialmente precisa en lo que concierne a la identificación de los nuevos hechos, tanto respecto de la competencia como sobre el fondo del asunto, susceptibles de afectar de una manera sustancial al fallo; de suerte que de confirmarse a lo largo del procedimiento arbitral el tribunal hubiese llegado a una solución diferente. Por ello es menester aportar medios probatorios suficientemente acreditativos de tal circunstancia. Y, para que prospere, el solicitante debe también aseverar que no conocía el nuevo hecho antes de la firma del laudo.

30. La cuestión de la anulación de los laudos en el CIADI merece una consideración especial¹⁴⁷. A diferencia de los laudos comerciales internacionales, los que se dictan bajo la Convención de Washington pueden ser impugnado no ante una jurisdicción estatal sino ante un comité *ad hoc* de tres personas a partir de unas causales señaladas en el art. 52.1º; y si el panel estima alguna de estas causales y anula el laudo, podrá constituirse un nuevo tribunal arbitral para que conozca del caso¹⁴⁸. Recuérdese que la solución prevista en el denominado "Mecanismo complementario" es diversa¹⁴⁹.

¹⁴⁷ Vid. mi artículo, "Dogmática del recurso de anulación ante el CIADI", *Anuario Latinoamericano de Arbitraje*, vol. 1, 2011, pp. 31-45. <http://eprints.ucm.es/13973/>.

¹⁴⁸ J.C. Fernández Rozas, "Trayectoria y contornos del mito de la confidencialidad en el arbitraje comercial", *Arbitraje. Revista de Arbitraje comercial y de inversiones*, vol. II, nº 2, 2009, pp. 335-378, esp. pp. 336-337. <http://eprints.ucm.es/9258/>.

¹⁴⁹ El arbitraje bajo el Reglamento de Arbitraje del Mecanismo Complementario no está exento de control de conformidad con la legislación del lugar del arbitraje. Los eventuales requerimientos de dicha legislación están específicamente mencionados en este último instrumento (arts. 1, 53.3º y 4º). La verdad es que la determinación de la sede para un procedimiento arbitral bajo este mecanismo puede tener consecuencias importantes por la aplicación de la ley aplicable al arbitraje en dicha sede (CIADI: *Waste Management, Inc. / México* (II), CIADI, Caso nº ARB (AF)/00/3 (NAFTA), 2004). Consecuentemente, los laudos dictados al amparo del Reglamento están sujetos, como acontece con los pronunciados en el arbitraje comercial internacional, a la revisión de los tribunales nacionales de la sede del arbitraje según el art. V.1º CNY (Vid. la decisión del Tribunal Supremo de la Columbia Británica, Canadá, 2 de mayo de 2001 en el caso *Metalclad Corporation / los Estados Unidos Mexicanos*. En esta instancia, la apelación del gobierno mexicano fue presentada en Columbia Británica porque Vancouver había sido elegido como "sede de arbitraje" del tribunal según las reglas del CIADI).

En el arbitraje comercial la misión de control de los laudos arbitrales por la jurisdicción estatal está establecida por el legislador con el fin de preservar la coherencia del sistema jurídico y salvaguardar el principio de la tutela judicial efectiva. Al lado de estas razones, se pretende asegurar una efectiva vigilancia sobre las decisiones arbitrales en aquellos casos en los que está involucrado un ente estatal, pues se considera que la protección del patrimonio público conduce a que los laudos arbitrales tengan elementos afines a aquellos que se aplican a las sentencias judiciales proferidas en los procesos ordinarios. Y también se ha considerado la posibilidad de una revisión de fondo de los laudos por razones de constitucionalidad.

Por el contrario, el CIADI, en sí mismo, no arbitra ni concilia esas controversias. Estas funciones las ejercen las comisiones de conciliación y los tribunales de arbitraje, constituidos específicamente por las partes, para cada procedimiento y son equivalentes, en esencia, a las desempeñadas por una secretaría de apoyo a las tareas de los tribunales de arbitraje. La Convención de Washington determina que el consentimiento a la competencia del CIADI excluye cualquier otro remedio o vía jurisdiccional. A su vez, los laudos arbitrales dictados por los tribunales constituidos mediante los mecanismos del CIADI son inapelables, y no pueden ser revisados por las cortes locales. Es más, el mismo instrumento establece que la revisión, la rectificación, la interpretación y la anulación son los únicos recursos posibles. Estos deben tramitarse ante el propio CIADI conforme a sus normas y reglamento.

31. Frente al control jurisdiccional antes referido el procedimiento de anulación regulado en el art. 52 Convención CIADI es un mecanismo interno fijado por el sistema del CIADI que se encomienda a una serie de comités *ad hoc* designados para tal función. Consecuentemente sus poderes derivan de la misma fuente que los propios del tribunal arbitral. El art. 26 dispone a este efecto que "salvo 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", lo que configura un procedimiento arbitral de carácter autosuficiente¹⁵⁰ que pretende alejar a los inversionistas de la acción de las normas estatales y de los tribunales locales. Y debe tenerse en cuenta, además, que los laudos en el arbitraje unilateral están contruidos a partir del

¹⁵⁰ C. Schreuer, "Art. 26 is the clearest expression of the self-contained and autonomous nature of the arbitration procedure provided for by the Convention" (*cf. The ICSID Convention: A Commentary*, Cambridge: Cambridge University Press, 2001, pp. 346–347).

Derecho internacional público, sin perjuicio de que éste pueda hacer remisión al Derecho interno de un determinado Estado, en tanto que en el arbitraje comercial los laudos derivan directamente de las previsiones efectuadas por las partes respecto al Derecho que debe ser aplicado. Las reglas de arbitraje del CIADI derivan, en efecto, de un tratado internacional y por tanto poseen total autonomía de cualquier Derecho nacional y esta "anacionalidad" se manifiesta en la ausencia de control por parte de los tribunales nacionales, siendo irrelevante tanto el lugar donde se realice cada arbitraje en particular como el Estado en cuyo territorio debe ejecutarse el eventual laudo.

La anulación en el sistema del CIADI es una vía de recurso extraordinaria limitado a las causales de anulación establecidas en el art. 52 Convención CIADI cuya finalidad es garantizar la legitimidad del proceso de decisión y no la justicia del resultado de fondo¹⁵¹; es un mecanismo diseñado para conservar y fortalecer la integridad del procedimiento administrado por este organismo y debe interpretarse y aplicarse en sus propios términos y no en el vacío. Como pusiera de relieve el comité *ad hoc* en su Decisión de 1 de marzo de 2011 en asunto *Duke Energy* las normas de interpretación del Derecho internacional consuetudinario (que, como se ha sostenido consistentemente están reflejadas de manera precisa en los arts. 31 y 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los tratados de 1969) son tan aplicables al art. 52 como a las otras obligaciones establecidas por medio de tratados¹⁵². No existe, en consecuencia, por parte del Derecho internacional general una presunción ni en contra ni a favor de la anulación.

5. Reconocimiento y ejecución del laudo

32. La cuestión de la ejecución de los laudos en el arbitraje de inversiones sigue reflejando una cierta oscuridad pues aunque en términos generales los laudos se cumplen, incluso si son condenados los Estados (el supuesto indiscutiblemente más frecuente), cuando no es este el caso es difícil indagar en los mecanismos de cada sistema jurídico particular¹⁵³. Con independencia de ello no puede negarse que otra originalidad significativa del sistema del CIADI es que sus laudos

¹⁵¹ Caso CIADI n° ARB 03/4, *Empresas Lucchetti S.A. & Lucchetti Peru c/ Peru*, 5 de septiembre de 2007, n° 97.

¹⁵² Caso CIADI n° ARB/03/28: *Duke Energy International Peru Investments No. 1, Limited y la República del Perú*, n° 89, http://ita.law.uvic.ca/documents/DukevPeruFinal_1Mar2011_Sp.pdf

¹⁵³ G. Cane, "The Enforcement of ICSID Awards: Revolutionary or Ineffective?", *Am. Rev. Int'l Arb.*, vol. 15, 2004, pp. 439 ss.

son de aplicación directa y están dispensados de cualquier procedimiento de ejecución en el Estado en que ésta deba ser efectuada. Dicho sistema sigue a este respecto la tónica mantenida por los tribunales internacionales, cuyas decisiones son “obligatorias” y no “ejecutorias”, alejándose de las soluciones propias de los laudos pronunciados en el marco del arbitraje comercial internacional¹⁵⁴. El art. 53 Convenio CIADI dispone que las partes acatarán y cumplirán el laudo “en todos sus términos, salvo en la medida en que se suspenda su ejecución”, lo que significa que la parte perdedora tiene la “obligación” de cumplir con el laudo y la ganadora el “derecho” de exigir su cumplimiento. Para ello se establece un sistema particular y autónomo de reconocimiento y ejecución independiente a los sistemas nacionales regulados por cada Estado para esta materia y al utilizado para el arbitraje comercial internacional, cuyo instrumento esencial en la materia es la Convención de Nueva York de 1958.

El Convenio confiere la competencia a las jurisdicciones de los Estados Parte, pues “el laudo se ejecutará de acuerdo con las normas que, sobre ejecución de sentencias, estuvieren en vigor en los territorios en que dicha ejecución se pretenda” (art. 53.3º). Dichos Estados se limitarán a ajustar las disposiciones del Convenio en esta materia sin necesidad de *execuatur*, fijando el art. 54.1º una obligación general de reconocimiento y ejecución de los laudos del CIADI en el sentido de que todos los Estados Parte deberá reconocer y ejecutar el laudo, como si se tratara de una sentencia firme de un tribunal existente en dicho Estado. Basta para ello con “presentar, ante los tribunales competentes o ante cualquier otra autoridad designados por los Estados Contratantes a este efecto, una copia del laudo, debidamente certificada por el Secretario General”, designando un tribunal o autoridad para este propósito y notificando la designación al Secretario General del CIADI. Y, a los efectos de su ejecución, el laudo se equipara a una decisión firme de un tribunal local y el procedimiento se regirá por las leyes del país donde se solicita la ejecución. Bien entendido que si el laudo fuere anulado, la obligación de cumplir desaparece y si lo fuera de manera parcial la obligación de cumplir con el laudo se aplica a la parte de éste no anulada¹⁵⁵.

En el proceso de reconocimiento y ejecución, la tarea del tribunal interno ha de limitarse a la verificación de la autenticidad del laudo

¹⁵⁴ A. Giardina, “L’exécution des sentences du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements”, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1982, pp. 273-293.

¹⁵⁵ A. Broches, “Awards Rendered pursuant to the ICSID Convention: Binding Force, Finality, Recognition, Enforcement, Execution”, *ICSID Rev.—FILJ*, vol. 2, 1987, pp. 287-334.

no pudiendo controlar la competencia del tribunal arbitral ni examinar el fondo del laudo y, por descontado, no puede prosperar el recurso al orden público del Estado requerido. El reconocimiento del laudo tiene el efecto de cosa juzgada en el país en cuestión por lo que la cuestión tratada en la demanda no puede ser objeto de otro procedimiento ante un tribunal nacional o un tribunal arbitral¹⁵⁶.

33. El reconocimiento y la ejecución de un laudo puede efectuarse en cualquier Estado Parte en el Convenio del CIADI no sólo en el Estado parte en el procedimiento arbitral o el Estado de nacionalidad del inversor que fue una de las partes en el procedimiento. Por lo tanto, la parte que solicita el reconocimiento y la ejecución de un laudo tiene la posibilidad de seleccionar el foro más favorable para este propósito¹⁵⁷. Con ello se favorece la ejecución del laudo contra el inversor condenado cuando éste carece de bienes en el Estado donde realizó la inversión, intentándose de este modo corregir el desequilibrio que registra en el Convenio respecto del papel del Estado. La elección será determinada principalmente por la disponibilidad de los activos adeudados.

Los extremos anteriores deben entenderse a reserva de que no exista una suspensión de la ejecución, toda vez que el deber de reconocer y ejecutar se interrumpe mientras prospere dicha suspensión que puede ser concedida en virtud de los arts. 50.2º, 51.4º y 52.5º, mientras que los procedimientos para la interpretación, revisión o anulación estén pendientes.

La negativa de un Estado Parte en la Convención a reconocer y ejecutar un laudo sería una violación de una obligación convencional y llevaría a las consecuencias habituales de la responsabilidad del Estado, incluida la protección diplomática. Ello sin olvidar la delicada posición en que quedará colocado el infractor frente a los órganos directores del Banco Mundial¹⁵⁸.

¹⁵⁶ El sistema descrito no se aplica a las Reglas de Arbitraje del Mecanismo Complementario que no excluyen un sistema de revisión externa. El reconocimiento y ejecución de laudos dictados bajo tal Mecanismo se rigen por la legislación nacional del lugar del arbitraje y los tratados aplicables. Esto significa que el laudo está sujeto a cualquier revisión o impugnación previstos por la ley del lugar del arbitraje.

¹⁵⁷ En el caso, *Benvenuti y Bonfant*, una empresa italiana solicitó del Tribunal de *Grande Instance* de París una orden para la ejecución de un laudo CIADI condenatorio de la República del Congo y si bien dicho tribunal exigió la autorización previa del Estado para la ejecución de sus bienes situados en Francia la *Cour d'appel* de París anuló semejante requerimiento (*Vid.* Sentencia 26 de junio de 1981, *Journ. dr. int.*, 1981, pp. 843 ss).

¹⁵⁸ Lo que no contradice con posiciones reticentes en los últimos tiempos de algunos Estados como Venezuela o Argentina. *Vid.* J.M. Hunter y J. García Olmedo, "Enforce-

La protección diplomática con el propósito de asegurar el cumplimiento con el laudo sólo podrá ser ejercido por el Estado de nacionalidad del inversor perjudicado a través de negociaciones, la apertura de un procedimiento judicial entre los dos Estados, o por cualquier otro medio de solución de controversias que puedan estar disponibles. El art. 27.1º admite expresamente esta posibilidad en el caso de que el Estado "no haya acatado el laudo dictado en tal diferencia o haya dejado de cumplirlo". Por último, el art. 64 determina la intervención de la Corte Internacional de Justicia en orden a las controversias que surjan entre los Estados sobre la interpretación o aplicación del Convenio.

34. Como es natural la sombra de una institución acrisolada en el Derecho internacional público como la inmunidad de jurisdicción y ejecución es una pieza clave en la materia que estamos examinando¹⁵⁹. De conformidad con el art. 55, "Nada de lo dispuesto en el art. 54 se interpretará como derogatorio de las leyes vigentes en cualquier Estado Contratante relativas a la inmunidad en materia de ejecución de dicho Estado o de otro Estado extranjero". Ahora bien, dicho precepto no otorga inmunidad al Estado, sino que simplemente se refiere a la situación que prevalece en la legislación del Estado donde se solicita su ejecución. La inmunidad del Estado no se aplica a los procedimientos para el reconocimiento de un laudo, pues el referido precepto que refiere exclusivamente a la "ejecución" pero no al reconocimiento. Además, la inmunidad del Estado no afecta el efecto de cosa juzgada de una sentencia, una vez que ha sido reconocido entrando únicamente en juego cuando se adopten las medidas concretas de ejecución con el objeto de hacer cumplir las obligaciones pecuniarias del laudo.

En definitiva, la inmunidad del Estado puede esgrimirse como obstáculo procesal a las medidas de ejecución, pero no afecta la obligación del deudor de un laudo en virtud del art. 53 de acatar su cumplimiento y en todo caso, el éxito de una excepción procesal de este tipo es susceptible de constituir una violación de la Convención y puede dar lugar a la responsabilidad del Estado, incluida la protección diplomática en virtud del referido art. 27.1º.

ment/Execution of ICSID Awards Against Reluctant States", *The Journal of World Investment and Trade*, vol. 12, n° 3, 2011, pp. 307-319.

¹⁵⁹ M.C. Graciarena, *La inmunidad de ejecución del Estado frente a los laudos del CIADI*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2006.

VI. Una aproximación con matices

35. El arbitraje como procedimiento de solución de conflictos entre sujetos de Derecho internacional y el arbitraje comercial han discurredo históricamente por caminos paralelos con esporádicos puntos de encuentro. Tras la segunda guerra mundial la separación se hace progresivamente menos perceptible como consecuencia de factores muy variados entre los que destacan la unificación del arbitraje comercial merced a la obra de las Naciones Unidas y particularmente de la Uncitral, sobre la que ha ejercido una influencia dominante la Cámara de Comercio Internacional¹⁶⁰. La universalización de la Convención de Nueva York de 1958, la difusión del Reglamento Modelo Uncitral de 1976 y la aceptación de la Ley Modelo Uncitral de 1985 no sólo han dado lugar a una aproximación entre operadores jurídicos pertenecientes a distintos círculos jurídicos, sino que han contribuido a acercar barreras derivadas de la tajante división entre el arbitraje internacional y el arbitraje comercial. A semejante aproximación no son ajenos los cambios ocurridos respecto de los actores del sistema internacional: es cierto que el Estado es todavía predominante, pero comparte sus funciones con las organizaciones internacionales y otras entidades¹⁶¹. Los cambios han sido importantes, pero no lo suficientemente extensos o generalizados como para concluir que el orden jurídico internacional haya variado fundamentalmente de estructura¹⁶², o para acudir a la socorrida solución de un *tertium genus*.

Dicha aproximación experimenta matices. Con todas las reservas que se han expresado en las páginas anteriores, y la existencia de señalados elementos diferenciales, la modalidad del arbitraje de inversiones independientemente del centro que lo administre, y más si es la propia Corte de arbitraje de la CCI, constituye una variante del arbitraje comercial internacional. Por el contrario la actividad de otros órganos de solución de controversias como el Tribunal de Reclamaciones Irán–EE UU debe incluirse en el marco de las soluciones de controversias de carácter interestatal y ello aunque el Tratado de Ar-

¹⁶⁰ P. Sanders, *The Work of Uncitral on Arbitration and Conciliation*, La Haya, Kluwer Law International, 2001.

¹⁶¹ Société Française pour le Droit International, *L'État souverain à l'aube du XXIe siècle*, Colloque de Nancy, 1994; F. Orrego Vicuña, "Derecho internacional y sociedad global ¿Ha cambiado la naturaleza del orden jurídico internacional?", *Pacis artes. Obra homenaje al profesor Julio D. González Campos*, vol. I, Madrid, Eurolex, 2005, pp. 441–461.

¹⁶² R. Higgins, "International Law in a Changing International System", *The Cambridge L.J.*, vol. 58, 1999, pp. 78–95.

gel de 19 de enero de 1981 permita abordar reclamaciones de carácter privado y admita la aplicación de los principios del Derecho mercantil¹⁶³. El acercamiento ofrece luces y sombras pues, entre otras cosas, el arbitraje entre Estados es utilizado las más de las veces para la solución pacífica de conflictos de alta sensibilidad política¹⁶⁴. La práctica muestra que tanto los actores públicos como los privados tratan de evitar la jurisdicción de Estados que no son los suyos. En este contexto, la jurisprudencia producida por el referido Tribunal de Reclamaciones Irán–EE UU ha contribuido decisivamente a reforzar estas relaciones mutuas obligando a los abogados de los grandes despachos norteamericanos a adaptarse a unas técnicas para ellos desconocidas¹⁶⁵.

36. En la hora actual existe un clima generalizado hacia la aceptación de que los efectos patrimoniales emanados de los contratos estatales sean susceptibles de resolverse por vía arbitral, aunque los obstáculos para su aplicación, derivados esencialmente del interés público, de la indisponibilidad de las potestades administrativas y de la reserva al Poder Judicial del control de los actos administrativos, son considerables. El hecho de que la Administración recurra al arbitraje como si fuera un particular no comporta en modo alguno renuncia al ejercicio de las potestades que legalmente le fueron otorgadas; dicha opción se enmarca dentro una opción en el ejercicio un poder que la ley le reconoce para que haciendo uso de una metodología propia del Derecho privado sustituya su decisión unilateral por el negocio jurídico cuando el interés público así lo exija. Ahora bien, si la Administración realiza esta opción y decide participar en el comercio internacional por medio de empresas privadas o estatales, lo cual no debe conducir a privilegios para dichas entidades, señaladamente la alegación de inmunidad o la posibilidad de esquivar el cumplimiento de obligaciones contractuales no deseadas mediante determinado acto propio de autoridad pública.

Y, en contrapartida, la posición del Estado no tiene por qué sufrir menoscabo por el hecho de someter una controversia que le enfrenta con un particular al arbitraje e, incluso, puede reportarle ventajas como evadirse de la publicidad o evitar someterse a tribunales extran-

¹⁶³ Cf. J. Verhoeven, *op. cit.*, p. 700.

¹⁶⁴ K.H. Böckstiegel, "Perspectives of Future Development in International Arbitration", *The Leading Arbitrators' Guide* (L.W. Newman & R. Hill, eds.), 2ª ed., Huntington, N.Y., 2008, pp. 821 ss.

¹⁶⁵ W. Mapp, *The Iran–United States Claims Tribunal: the First Ten Years, 1981–1991: an Assessment of the Tribunal's Jurisprudence and its Contribution to International Arbitration*, Manchester–Nueva York, Manchester University Press, 1993.

jeros con el correspondiente menoscabo de su soberanía; lógicamente el particular, sobretodo si es extranjero, también experimenta beneficios con el sistema al protegerse de una eventual influencia adversa por parte de los tribunales del Estado en el que ha realizado su correspondiente transacción¹⁶⁶. En todo caso, desde el punto de vista de los particulares que participan en este tipo de contenciosos, se apuntan una serie de riesgos inherentes a ellos¹⁶⁷, sobre todo el derivado de la eventual quiebra de unos de los principios rectores del arbitraje como es el de la igualdad entre las partes¹⁶⁸.

37. Pese a su origen estrechamente unido al arbitraje comercial, el arbitraje de inversión se ha ido apartando progresivamente de este modelo, sobre todo, tras las suscripciones masivas de tratados de inversión, especialmente aquellos de carácter bilateral. Con todas las reservas efectuadas, la tendencia del arbitraje internacional se orienta hacia el establecimiento de parámetros generalmente aceptados que tienden a ignorar la naturaleza del contencioso que se ventila¹⁶⁹. El incremento del arbitraje de inversión no sólo ha ampliado el grupo de los profesionales que trabajaban habitualmente en este campo, sino que ha atraído a juristas expertos en arbitraje comercial pero sin experiencia en Derecho internacional público en ansias legítimas de introducirse en un mundo ignoto¹⁷⁰. Una de las consecuencias de esta circunstancia es que las reglas procesales aplicables, como las previstas en el Reglamento del CIADI, sean similares a las que rigen el arbitraje comercial en el caso de los arbitrajes de inversión de conformidad con los Reglamentos de Arbitraje de la Uncitral, de la Cámara de Comercio de Estocolmo, o del Reglamento de la CCI, o el modelo de procedimiento de arbitraje comercial, y en el caso de los arbitrajes del CIADI. Todo ello dentro de lo que, desde la perspectiva sociológica, pudiera calificarse de "comercialización" de los contenciosos relativos a las inversiones extranjeras. En efecto, los reglamentos elaborados por diversas instituciones arbitrales –como la CCI o la LCIA– y a or-

¹⁶⁶ W.L. Craig, W.W. Park y J. Paulsson, *International Chamber of Commerce...*, *op. cit.*, p. 661.

¹⁶⁷ R. Boivin, "International Arbitration with Status: An Overview of the Risks", *J. Int'l Arb.*, vol. 19, n° 4, 2002, pp. 285–299.

¹⁶⁸ P. Lalive, "'Raison d'Etat' et arbitrage international", *Law of International Business and Dispute Settlement in the 21st Century: Liber Amicorum Karl-Heinz Böckstiegel*, Colonia, Berlín, Munich, 2001, pp. 469–475.

¹⁶⁹ G. Kaufmann-Kohler, "The Globalization of Arbitral Procedure," *Vand. J. Transnat'l L.*, vol. 36, n° 4, 2003, p. 1313–1333.

¹⁷⁰ S.O. Karamanian, "Overstating the 'Americanization' of International Arbitration: Lessons from ICSID", *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, vol. 19, 2003, pp. 5 ss.

ganizaciones internacionales, como el CIADI o la Uncitral, con independencia de la modalidad de controversia que resuelvan son relativamente uniformes en cuanto a la estructura básica de un arbitraje, previendo una fase oral y otra escrita. En todos ellos se permite que el abogado pueda adaptar con total libertad la estructura y forma de presentar el caso, "especialmente si se compara con la rigidez y formalismo imperante en el proceso judicial"¹⁷¹.

El arbitraje de inversiones se resiente aún de que forma parte de un orden jurídico que está en fase de construcción y que es tributario de instituciones procedentes de otros órdenes jurídicos más consolidados. Considerando que constituye una parte esencial del Derecho internacional público y, por tanto, que está sometido a las normas y principios de este ordenamiento, ofrece marcadas particularidades y zonas de oscuridad que es preciso delimitar con criterios coherentes y de generalidad reconociendo los intereses de todos los actores públicos y privados en las relaciones internacionales, así como de la comunidad internacional en conjunto. Es aquí donde debe tenerse muy en cuenta el denominado "diálogo interjudicial" en el sentido de que los tribunales de arbitraje, cuando ventilen cuestiones propias del Derecho internacional público, han actuar con continencia y prudencia teniendo muy en cuenta el papel de las decisiones adoptadas por la Corte Internacional de Justicia¹⁷².

RESUMEN: Los abogados dedicados a resolver las controversias en el marco del Derecho de los negocios internacionales contemplan los arbitrajes entre Estados como algo irrelevante y hasta esotérico, mientras que los profesores, funcionarios y abogados dedicados al Derecho internacional público ven el arbitraje de comercial como un proceso esencialmente alejado de sus preocupaciones y con cierta displicencia aunque sin desconocer los beneficios económicos que depara. Pese a que los arbitrajes internacionales, tanto públicos como privados, están destinados a conferir solución legal a unas específicas controversias que surgen en un contexto internacional, ambos mecanismos se han dado la espalda durante muchos años para luego identificarse peligrosamente. El objeto de estas páginas es contribuir, sin desconocer su cada vez más estrecha relación, a la necesaria delimitación del arbitraje entre Estados y del arbitraje comercial en unos momentos en que la especialización de los litigios y la actuación de los operadores dedicados a estos menesteres apuntan a un tratamiento cada vez más homogéneo. Un tratamiento que cuenta con un destinatario especial: el arbitraje de inversiones.

¹⁷¹ Cf. B. Cremades e I. Magdalena, "La abogacía des la óptica de un árbitro internacional", *Arbitraje. Revista de arbitraje comercial y de inversiones*, vol. III, nº 2, 2010, pp. 337-356, esp. p. 338.

¹⁷² P.-M. Dupuy, "The Danger of Fragmentation or Unification of the International Legal System and the International Court of Justice", *N.Y.U. J. Int'l L. & Pol.*, vol. 31, nº 1, 1999, pp. 791-808.

PALABRAS CLAVE: ARBITRAJE INTERNACIONAL — ARBITRAJE INTERESTATAL *VERSUS* ARBITRAJE COMERCIAL — ARBITRAJE DE INVERSIONES — CIADI.

ABSTRACT: Arbitration between States is conceived, by the lawyers devoted to the resolution of disputes in the area of International Business Law, as something irrelevant, yet esoteric. Meanwhile, professors, officials and lawyers dedicated to Public International Law see commercial arbitration as a process which is quite faraway from their concerns and with a certain disregard, even if they are aware of the economic benefits that it entails. Notwithstanding the fact that both public and private arbitrations are meant to give a legal solution to specific controversies that come up within the international context, both mechanisms have first ignored each other for a long time, and afterwards they have been dangerously equated. The aim of this work is to contribute to the compulsory delimitation between the arbitration involving States and commercial arbitration, even though their progressively closer connection, in a context where the current specialization of litigation and the conduct of legal operators point out to an increasingly homogenous treatment. A treatment that counts on a special addressee: investment arbitration.

KEY WORDS: INTERNATIONAL ARBITRATION— INTERSTATE ARBITRATION *VERSUS* COMMERCIAL ARBITRATION— INVESTMENT ARBITRATION — CIADI.

Internacionalismo versus mercatorismo en la especialización del arbitraje internacional *

José Carlos FERNÁNDEZ ROZAS **

Sumario: I. Introducción. II. Origen y consolidación ius–publicista internacional del arbitraje. III. Desembarco del iusmercatorismo. 1. Apertura hacia nuevas fórmulas de arbitraje en la CPA. 2. Influjo del arbitraje comercial. 3. Participación del Estado en los arbitrajes internacionales. 4. Omnipresencia de la CCI. IV. Sincretismo en la configuración del arbitraje de inversiones. 1. Nuevas formas de litigiosidad internacional. 2. Irrupción del arbitraje de inversiones. V. Perfiles ius-publicistas del arbitraje de inversiones. 1. Un supuesto “subsistema” del ordenamiento internacional. 2. Sometimiento al Derecho internacional. 3. Particularidades procedimentales. 4. Revisión y anulación del laudo. 5. Reconocimiento y ejecución del laudo. VI. Una aproximación con matices.

I. Introducción

1. Los abogados dedicados a resolver las controversias en el marco del Derecho de los negocios internacionales contemplan los arbitrajes entre Estados como algo irrelevante y hasta esotérico, por requerir un cierto grado de iniciación, mientras que los profesores, funcionarios y abogados dedicados al Derecho internacional público ven el arbitraje de comercial como un proceso esencialmente alejado de sus preocupaciones y con cierta displicencia aunque sin desconocer los beneficios económicos que depara¹. Pese a que los arbitrajes internacionales tanto públicos como privados están destinados a conferir solución legal a unas específicas controversias que surgen en un contexto internacional, ambos mecanismos se han dado la espalda durante muchos años para luego identificarse peligrosamente. El objeto de estas páginas es contribuir, sin desconocer su cada vez más estrecha relación, a la necesaria delimitación del arbitraje entre Estados y del arbi-

* El texto de este estudio es una versión ampliada de la que figura en el Libro homenaje a Hugo Llanos Mansilla.

** Catedrático de Derecho internacional privado de la Universidad Complutense de Madrid. Asociado del *Institut de Droit International*.

¹ J.G. Wetter (comp.), *The International Arbitral Process: Public and Private*, vol. I, Dobbs Ferry, N.Y., Oceana, 1979, p. xxiv.

traje comercial en unos momentos en que la especialización de los litigios y la actuación de los operadores dedicados a estos menesteres apuntan a un tratamiento cada vez más homogéneo. Un tratamiento que cuenta con un destinatario especial: el arbitraje de inversiones en el cual por lo general, al margen de la interpretación de buena fe de las obligaciones contractuales², está en juego el abuso de potestades gubernamentales y que, a lo largo de las últimas décadas, ha contribuido de manera muy importante al desarrollo del Derecho internacional. Las críticas que en los últimos tiempos se han vertido sobre esta última modalidad arbitral, con independencia de su mayor o menor corrección, no han beneficiado especialmente a unos procedimientos que han demostrado y siguen demostrando su enorme utilidad en la solución de los conflictos internacionales tanto públicos como privados y que es preciso guardar incólumes en unos momentos de crisis económica y financiera generalizada.

II. Origen y consolidación ius–publicista internacional del arbitraje

2. Desde el “Tratado Jay” (1794) el arbitraje internacional para la solución de controversias entre Estados ha sido, al lado de la tradicional negociación diplomática, un instrumento esencial en el Derecho internacional como alternativa a la existencia de las guerras que tuvo su periodo álgido durante el siglo XIX y la primera mitad de XX. Así acotada, la institución fue evolucionando tras sus primeras manifestaciones *ad hoc* hasta conseguir un amplio grado de institucionalización con motivo del éxito de las *Alabama Claims* (1872), que abrieron una corriente de opinión entusiasta hacia el arbitraje³. Baste comprobar que una de las primeras preocupaciones del *Institut de Droit International* tras su creación (1873) consistió en la difusión del arreglo arbitral de controversias, adoptando en su sesión de La Haya (1875) un Proyecto de Reglamento para el procedimiento arbitral que incluía 27 artículos⁴ y recomendando en su sesión de Zurich (1877) la inserción en los tratados internacionales de una cláusula compromisoria conviniendo el recurso al arbitraje en caso de controversia sobre la aplicación e

² Vid. B. Cremades, “La buena fe en el arbitraje internacional” en este mismo número de la Revista, *supra*, pp. 13-36.

³ El texto de referencia que cubre este periodo y que ha sido reeditado en 2006 por Elibron Classic, es el de A. Mérignhac, *Traité théorique et pratique de l'arbitrage international*, París, L. Larose, 1895.

⁴ [http://www.idi-iil.org/idiF/resolutionsF\)1875_haye_01_fr.pdf](http://www.idi-iil.org/idiF/resolutionsF)1875_haye_01_fr.pdf).

interpretación del tratado⁵. La apuntada corriente se consolidó en las Convenciones surgidas de la Conferencia de Paz de La Haya sobre arreglo pacífico de conflictos internacionales de 1899 y 1907 donde se procedió a la primera codificación de sus normas reguladoras⁶.

Dichas convenciones establecieron que "el arbitraje internacional tiene por objeto arreglar los litigios entre los Estados mediante jueces por ellos elegidos y sobre la base del respeto al Derecho... El convenio de arbitraje implica el compromiso de someterse de buena fe a la sentencia arbitral". Arraigó de esta suerte un procedimiento destinado a resolver con carácter definitivo y obligatorio las controversias entre sujetos de Derecho internacional, mediante órganos por ellos elegidos, ya sea por aplicación de este último ordenamiento o, en su caso, por consideraciones de equidad. Esta modalidad descansa, pues, en el consentimiento de los Estados existiendo varias fórmulas para expresarlo de manera inequívoca y la controversia es sometida a un tercero imparcial que puede ser un árbitro único o un órgano colegiado y el laudo dictado es definitivo y obligatorio para las partes, poniendo fin al litigio. Más matizadamente, a juicio del juez *ad hoc* S. Torres Bernárdez, las características esenciales que adornan al arbitraje internacional pueden reducirse a cinco: 1) consentimiento de los Estados partes en la controversia en someterse al arbitraje; 2) elección del árbitro o de los árbitros por los Estados partes; 3) definición por los Estados parte del objeto del arbitraje; 4) aplicación de normas procesales basadas en el principio de igualdad de medios; 5) respeto del Derecho internacional para fundamentar el laudo arbitral salvo que se establezca expresamente lo contrario en el compromiso⁷.

Partiendo de la existencia inequívoca del consentimiento de los Estados a someterse a ellos⁸, la doctrina *ius*-internacionalista ha prestado una atención destacada a la distinción existente entre el arbitraje y el arreglo judicial, dado que ambos son procedimientos heterocom-

⁵ Dicha cláusula era la siguiente: "*Si les Etats contractants ne sont pas tombés d'accord préalablement sur d'autres dispositions touchant la procédure à suivre devant le tribunal arbitral, il y a lieu d'appliquer le Règlement consacré par l'Institut dans sa session de La Haye, le 28 août 1875*", http://www.idi-iiil.org/idiF/resolutionsF/1877_zur_01_fr.pdf.

⁶ Un completo y pormenorizado estudio de la evolución del arbitraje internacional se encuentra en la monografía de P. Andrés Sáenz de Santa María, *El arbitraje internacional en la práctica convencional española (1794-1978)*, Oviedo, Serv. Publ. Universidad de Oviedo, 1982, pp. 3-21.

⁷ CIJ asunto de la *délimitation maritime et des questions territoriales entre Qatar et Bahrein*, 16 de marzo 2001, opinión disidente, S. Torres Bernárdez, par. 299.

⁸ *Ibid.*, párr. 302.

positivos de arreglo de controversias⁹; para ello acude a diversos criterios entre los que destacan el de la libertad de elección de los árbitros por las partes contra al talante permanente del órgano en el arreglo judicial y el del Derecho de las partes a influir sobre la competencia y el procedimiento arbitral frente a la predeterminación de las normas, en el caso de la Corte Internacional de Justicia, conforme a su Estatuto¹⁰; no en vano, la búsqueda pacífica de solución de controversias es un cometido fundamental de la labor de las Naciones Unidas que realiza a través de dicha Corte, la cual es uno de sus órganos principales. Debe tenerse en cuenta, sin embargo, que la práctica demuestra la presencia de evidentes interrelaciones entre ambos procedimientos de arreglo, especialmente a partir de que el Estatuto del CIJ permitiese la creación, a partir de 1981, de Salas Especiales con jueces designados por las partes; de esta forma se produce lo que se ha denominado la institucionalización progresiva del arbitraje¹¹. Y ello al margen de las relaciones entre esta institución y la Corte Permanente de Arbitraje, de la que hablaremos a continuación.

3. Con una configuración de alcance universal, la Corte Permanente de Arbitraje (CPA) ha desempeñado un papel relevante al incorporar el mecanismo mundial más antiguo que existe en el campo de la solución de controversias internacionales¹². Fundada hace más de un siglo ofrece sus servicios para dirimir conflictos mediante cuatro de los métodos que la Carta de las Naciones Unidas establece de forma expresa: investigación, mediación, conciliación y arbitraje; tiene su sede en el Palacio de la Paz en La Haya, pero no requiere que los procedimientos se lleven a cabo en los Países Bajos, aunque las facilidades de las que se disfruta en su sede garantizan la mejor ejecución de las tareas inherentes a la función judicial. Los miembros de la Corte, que

⁹ G. Guyomar, *Le défaut des parties à un différend devant les juridictions internationales: étude de droit international public positif*, París, LGDJ, 1960; L. Caflisch "L'avenir de l'arbitrage interétatique", *Ann. fr. dr. int.*, vol. 25, 1979, pp. 9–45.

¹⁰ S. Rosenne, *Reflections on International Arbitration and Litigation in the International Court of Justice*, Deventer, Kluwer, 1988, 21 pp.; *id.*, "The International Court of Justice and International Arbitration", *Leiden J. Int'l L.*, vol. 6, n° 2, 1993, pp. 297–322.

¹¹ P. Andrés Sáenz de Santa María, "Arbitraje: Derecho internacional público", *Enciclopedia Jurídica Básica*, vol. I, 1995, pp. 538–540.

¹² Muy tempranamente en su sesión de Edimburgo (1904) el IDI recomendaba "*qu'au cas d'interprétation divergente des conventions internationales, il y a lieu pour les gouvernements, de recourir à l'intervention de la Cour permanente d'Arbitrage à La Haye*", [http://www.idi-iiil.org/idiF/resolutionsF\)1904_edim_01_fr.pdf](http://www.idi-iiil.org/idiF/resolutionsF)1904_edim_01_fr.pdf). No obstante en su sesión de Lausana de 1927 entendió que tal previsión "*est devenue trop limitative et ne correspond plus aux nécessités actuelles*", estimando que no debía mantenerse", [http://www.idi-iiil.org/idiF/resolutionsF\)1927_lau_07_fr.pdf](http://www.idi-iiil.org/idiF/resolutionsF)1927_lau_07_fr.pdf).

son designados por los Estados parte en las Convenciones de 1899 o 1907 hasta cuatro por cada uno, entre juristas "de reconocida competencia en cuestiones de Derecho internacional" (art. 44 de la Convención de 1907). Las partes en litigio pueden seleccionar sus árbitros u otros jueces entre estos miembros para que constituyan el tribunal o la comisión que tendrá a su cargo la solución de la controversia y que llevará a cabo el procedimiento elegido. El órgano encargado de las actividades cotidianas de la Corte es la oficina internacional, y a ella incumbe la función de registro y de secretaría a la vez que sirve de canal de comunicación y custodia de archivos¹³.

A las Convenciones de 1899 y 1907 deben agregarse, como es bien sabido, otros instrumentos que han reforzado esta vocación iuspublicista internacional del arbitraje como el Acta General para el arreglo pacífico de las controversias internacionales, hecha en Ginebra el 28 de septiembre de 1928 (arts. XXI–XVIII), restituida y revisada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 28 de abril de 1949 y, en el ámbito panamericano, el Tratado Americano de soluciones pacíficas, hecho en Bogotá el 30 de abril de 1948 (arts. XXXVIII–XLIX).

4. Pronto tomó conciencia la Comisión de Derecho Internacional de la relevancia del arbitraje incorporándolo a su agenda de trabajo desde su primera sesión en 1949 a partir del articulado del Acta General de 1928, pues no existía una práctica uniforme de los Estados en la materia. Las cuestiones que habían sido sometidas por éstos al arbitraje no permitían, en efecto, vislumbrar un modelo con una vocación de generalidad. De ahí que la labor, más que de codificación fuese de desarrollo progresivo en esta importante faceta del Derecho internacional. Tres años más tarde adoptó un proyecto de 32 artículos que fue sometido a los gobiernos para observaciones y presentado a la Asamblea General en 1955. Una vez estudiado por la Sexta Comisión y por la Asamblea General se reenvió el proyecto a la CDI para un nuevo estudio¹⁴ optando ésta, a partir de un informe del relator especial G. Scelle, por elaborar un texto modelo centrado en el procedimiento arbitral soslayando el formato de tratado internacional¹⁵. Este es el

¹³ M.O. Hudson, "The Permanent Court of Arbitration, *Am. J. Int'l L.*, vol. 27, 1943, pp. 3–41; H. Llanos Mansilla, "La Corte Permanente de Arbitraje de La Haya", *Estudios de arbitraje. Libro homenaje al profesor Patricio Aylwin Azócar*, Santiago de Chile, Editora Jurídica de Chile, 2006, pp. 427–450.

¹⁴ *Annuaire de la Commission du droit international*, vol. I, 1957, par. 43

¹⁵ International Law Commission: Documents No. A/CN.4/18 (primer informe de G. Scelle); No. A/CN.4/29, No. A/CN.4/35, No. A/CN.4/36, No. A/CN.4/46 (segundo informe de G. Scelle), No. A/CN.4/57, No. A/CN.4/58. M. Bos, "The International Law

origen del "Modelo de Reglamento sobre procedimiento arbitral" de 1958¹⁶ cuya finalidad es orientar a los Estados cuando establezcan en un tratado internacional el arbitraje como medio de interpretar y aplicar sus cláusulas, que debió enfrentarse, a la hora de su confección, con numerosas resistencias de los Estados por los problemas que una cláusula de este tipo podía entrañar para la soberanía estatal. Ello explica que el Reglamento permita a los Estados utilizarlo en su integridad o recurrir a otros procedimientos y que en su articulado ponga mayor énfasis en la conclusión y en los efectos de la cláusula que en los inherentes a la constitución del tribunal arbitral.

III. Desembarco del iusmercatorismo

1. Apertura hacia nuevas fórmulas de arbitraje en la CPA

5. No es el momento de describir el papel jugado por la CPA en la solución pacífica de las controversias interestatales¹⁷, ni de atender a las distintas etapas por las que ha atravesado, incluidas crisis muy profundas, pues cada momento histórico cuenta con un modelo predominante. Baste apuntar ahora que el dogma según el cual únicamente aquellos sujetos con personalidad jurídica internacional podían someterse al arbitraje internacional fue resquebrajándose, sobre todo tras los contenciosos derivados de la primera guerra mundial y resueltos por los denominados "tribunales arbitrales mixtos", cuya naturaleza, competencia, y carácter obligatorio de sus decisiones para los Estados suscitó no pocos debates¹⁸.

Sí debe insistirse en que en 1959 el Consejo administrativo encargó a la Oficina estudiar cómo podría jugar un papel más importante en su función. Y, al margen de una serie de acciones privativas del Derecho internacional público, hubo una inclinación hacia la posibilidad

Commission's Draft Convention on Arbitral Procedure in the General Assembly of the United Nations", *Nederlands Tijdschrift voor Internationaal Recht*, vol.3, 1956, pp. 234–361; K.S. Carlston, "Codification of International Arbitral Procedure, *Am. J. Int'l L.*, vol. 47, 1953, pp. 203 ss; *id.*, "Draft Convention on Arbitral Procedure of the International Law Commission, 48 *ibid.*, vol. 48, 1954, pp. 296 s.

¹⁶ http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/francais/projet_d'articles/10_1_1958_francais.pdf. *Vid.* J. Dehaussy, "Travaux de la Commission de Droit International des Nations Unies", *Ann. fr. dr. int.*, vol. 4, 1958, pp. 440–453, esp. 441–448.

¹⁷ *Vid.* J.G. Merrills, "The Contribution of the Permanent Court of Arbitration to International Law and to the Settlement of Disputes by Peaceful Means", *The Permanent Court of Arbitration: International Arbitration and Dispute Resolution* (P. Hamilton, H.C. Requena, L. van Scheltinga y B. Shifman, eds.), La Haya, Kluwer, 1999, pp. 3–29.

¹⁸ *Vid.*, por todos, J. Verhoeven, *Droit international public*, Bruselas, Larcier, 2000, p. 700.

de introducir en el mecanismo arbitral con respecto a los particulares. El propio Secretario General de la institución se mostró decidido partidario de esta posibilidad¹⁹. A ello respondió la elaboración en 1962 de un Reglamento específico de arbitraje y conciliación para los conflictos internacionales entre dos parte de las cuales solamente una es un Estado²⁰. Antecedentes para ello no faltaban. Frente a la concepción marcadamente ius–publicista del art. 37 de la Convención de 1907 (“El arbitraje internacional tiene por objeto la resolución de controversias entre Estados...”), su art. 47 parecía abrir un resquicio al autorizar a la Oficina a “a poner a disposición de las Potencias Contratantes sus locales y su organización para permitir el funcionamiento de toda jurisdicción especial de arbitraje”²¹ y, en efecto, la puerta se abrió en 1935 cuando la Corte, sin dejar de ocupar un lugar singular tanto en el plano de Derecho internacional público, comenzó a realizar incursiones en Derecho de los negocios internacionales de lo que fue expresivo el arbitraje entre *Radio Corporation of America (RCA) / República China*, cuyo laudo fue pronunciado en La Haya el 13 de abril de 1935²², y que no fue un hecho aislado, como demostraron el asunto de la *Société Radio Orient* (1940)²³ y el asunto de la *administración general de los Faros del Imperio Otomano* (1959)²⁴. En cualquier valoración de la práctica arbitral resulta un lugar común afirmar que el arbitraje *Radio Corporation* fue el precursor de los futuros contenciosos entre Estados e inversores privados constituyendo un punto de inflexión del papel de las empresas privadas en las relaciones internacionales²⁵.

¹⁹ Como medio de estimular “*l’attention des parties intéressées sur la possibilité de porter devant la Cour d’Arbitrage les différends entre les Etats et des particuliers, notamment entre des Etats et de grandes sociétés de commerce*” (cf. J.A.P. François, “La cour permanent d’arbitrage, son origine, sa jurisprudence, son avenir”, *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de La Haye –R. des C.*, t. 87, 1955, pp. 457–575, esp. p. 541).

²⁰ G. Guyomar, “Le règlement de la Cour Permanente d’arbitrage relatif aux conflits internationaux entre deux parties dont une seulement est un Etat”, *Ann. fr. dr. int.*, vol. 8, 1962, pp. 377–390. Vid. el texto en *Am. J. Int’l L.*, vol. 57, 1963, pp. 500 ss; Ch. Carabiber, “L’arbitrage international entre gouvernements et particuliers”, *R. des C.*, t. 76, 1950, pp. 217–318.

²¹ Acerca del alcance de la apertura del precepto vid. J.P.A. François, “La cour permanent d’arbitrage...”, *loc. cit.*, pp. 541–546.

²² *Decision in the Arbitration case between Radio Corporation of America versus the National Government in the Republic of China*, La Haya, Publications du Bureau international de la Cour Permanent d’Arbitrage, 1935, <http://www.haguejusticeportal.net/eCache/DEF/10/063.html>; *The Permanent Court of Arbitration...*, *op. cit.*, pp. 145 ss.

²³ http://untreaty.un.org/cod/riaa/cases/vol_III/1871-1881.pdf.

²⁴ *UNRIAA*, vol. XII, 1956, pp. 155 ss.

²⁵ Cf. Ch. Kröner, “Crossing the *Mare Liberum*: The Settlement of Disputes in an Inter-connected World”, *Arbitraje. Revista de arbitraje comercial y de inversiones*, vol. IV, n° 3, 2011, pp. 653–666, esp. p. 663.

En 1992 el Consejo Administrativo autorizó al Secretario General a que estableciera el primer conjunto de normas desarrolladas por el grupo de expertos, las "Normas de arbitraje optativas para disputas entre dos Estados", así como las cláusulas modelo sobre sometimiento de las controversias a arbitraje. Les siguieron a éstas las "Normas de arbitraje optativas para disputas entre dos Partes de las cuales sólo una es un Estado" en 1993²⁶. Las "Normas optativas para el arbitraje entre organizaciones internacionales y Estados", las "Normas optativas para el arbitraje entre organizaciones internacionales y partes privadas" y las "Normas optativas de conciliación para todo tipo de disputas" entraron en vigor el 1 de julio de 1996. Este conjunto de normativo nos habla de una variedad adaptable a cada caso concreto y que permite una elección preliminar de conformidad con las características de las partes que participan en la relación jurídica²⁷. Resulta significativo que en la actualidad los arbitrajes que involucran a partes privadas al amparo de los tratados de protección y promoción de inversiones constituya una parte significativa de la labor de la CPA²⁸.

2. Influjo del arbitraje comercial

6. Paralelamente a las acciones descritas en el plano del Derecho internacional público el arbitraje comercial, cuyos antecedentes son muy anteriores, comenzó a difundirse de manera progresiva en las transacciones privadas de carácter transfronterizo, sobre todo desde la aceptación por la práctica forense de los EE UU de las posibilidades de la *Federal Arbitration Act* de 1925 tras la incorporación de este país en 1970 a la Convención de Nueva York de 1958²⁹. Debieron vencerse, sin embargo, importantes reticencias por parte de los abogados que consideraban, entre otras cosas, que este procedimiento, frente al judicial, minimizaba sus honorarios reduciendo las posibilidades de una eventual transacción. Y también hubo que esperar a una evolución favorable de la jurisprudencia, que cristalizó en tres asuntos esenciales para el impulso de la institución: *The Bremen*, *Scherck* y *Mitsubishi*³⁰. El progreso de las transacciones comerciales transfronterizas persuadió a las grandes firmas de abogados de que el arbitraje

²⁶ http://www.pca-cpa.org/showpage.asp?pag_id=1204.

²⁷ J.J. van Haersolte-van Hof, "The Revitalization of the Permanent Court of Arbitration", *Netherlands Int'l L. Rev.*, vol. 54, n° 2, 2007, pp. 395-413.

²⁸ Ch. Kröner, *loc. cit.*, p. 664.

²⁹ W. Park, "International Commercial Arbitration: The Specificity of International Arbitration: The Case for FAA Reform", *Vanderbilt J. Trans'l L.*, vol. 36, 2003, pp. 1241-1311.

³⁰ D.B. Furnish, "Commercial Arbitration Agreement and de Uniform Commercial Code", *California L. Rev.*, vol. 67, 1979, pp. 317 ss, esp. p. 320.

era la fórmula más satisfactoria para resolver las controversias que surgen del intercambio de bienes y servicios y de que sus emolumentos no se reducían con su empleo³¹. Tanto la coincidencia de sus planteamientos con los desplegados por los abogados europeos, como sus desavenencias pronunciadas en el ámbito de la prueba (*discovery, cross-examination...*) ha dado origen a una "cultura arbitral" específica³² y a una nueva era del arbitraje multiplicando la labor de ciertos centros como el adscrito a la Cámara de Comercio Internacional que fue, como se detallará más abajo, el auténtico crisol de las reformas practicadas en todas las modalidades del arbitraje internacional³³. En todos ellos, el procedimiento mantiene una estructura que descansa sustancialmente en el reglamento aplicable, que ha influido decisivamente en los reglamentos utilizados por los principales centros que administran el arbitraje en su dimensión internacional³⁴.

Si el arbitraje no puede ser entendido sin los abogados, en el caso de que éstos extiendan su actividad al marco del arbitraje internacional, al margen de un respeto exquisito de las reglas éticas, han de reunir una serie de cualidades en orden a las diversas funciones que deben desempeñar: elegir la estrategia ajustada para plantear con éxito la reclamación, estudio en profundidad del caso, adecuada comunicación con las partes y con el tribunal arbitral, disponibilidad de una estructura acondicionada al litigio y coordinación de las diversas funciones a desarrollar en cada etapa del procedimiento arbitral³⁵.

³¹ R.A. Alford, apunta hasta nueve factores que, en su opinión, han consolidado la relevancia de los EE UU en el arbitraje internacional entre los que figuran la fuerte representación de las firmas de abogados de este país en las principales instituciones de arbitraje (cf. "The American Influence on International Arbitration", *Ohio State Journal of Dispute Resolution*, vol. 19, 2003, pp. 69 ss).

³² B. Cremades, "Overcoming the Clash of Legal Cultures in International Arbitration: The Role of Interactive Arbitrators", *Arb. Int'l*, vol. 14, n° 2 1998, pp. 157–172.

³³ Cf. B. Cremades, "Arbitraje internacional: del arbitraje comercial internacional al arbitraje de protección de inversiones", *Estudios de arbitraje. Libro homenaje al profesor Patricio Aylwin Azócar*, op. cit., p. 545.

³⁴ K.H. Böckstiegel, "Past, Present and Future of Arbitration," *Arbitration*, vol. 75, n° 1, 2009, p. 181–187.

³⁵ Resulta de gran utilidad el libro editado por R.D. Bishop y E.G. Kehoe, *The Art of Advocacy in International Arbitration*, 2ª ed., Huntington, N.Y., Juris, 2010. *Vid.*, asimismo, D.J.A. Cairns, "Advocacy and the Functions of Lawyers in International Arbitration", *Liber amicorum Bernardo Cremades*, Madrid, La Ley, 2010, pp. 291–307, esp. pp. 295–299. Para este autor las cualidades de un buen abogado en el arbitraje internacional son: a) la pericia jurídica o el conocimiento jurídico de la práctica arbitral en un marco internacional; b) la argumentación jurídica y la capacidad de formular proposiciones lógicas; c) la técnica en el interrogatorio de testigos y peritos; d) la expresión y la capacidad estructurar adecuadamente las alegaciones orales y escritas; f) el comportamiento ético; y g) el tacto, que afina la presentación del caso.

7. Los parámetros generales en su modalidad de carácter privado son de extraordinaria sencillez. Cada una de las partes elige a un árbitro que debe ser independiente e imparcial que elegirán, a su vez, a un tercer árbitro, cuando no se establezca otro procedimiento diverso, a quien incumben las funciones de presidente del tribunal arbitral. Dichos árbitros, cuyo cometido deriva de la voluntad de las partes, son por lo general abogados, operadores del comercio internacional, jueces jubilados o profesores universitarios, que han demostrado una reconocida actividad profesional. Entre las bondades del arbitraje comercial figuran la existencia de un Derecho y de un procedimiento adaptado a los operadores económicos, un eficaz respaldo de la jurisdicción estatal y un mecanismo efectivo de ejecución de los laudos. Los tribunales arbitrales suelen someterse al reglamento de una institución de arbitraje que acostumbra incluir unas reglas procesales muy próximas a las que siguen los tribunales de justicia, aunque muy influenciadas por las técnicas contradictorias propias del procedimiento seguido en los países del *common law*. Los árbitros adoptan su decisión a partir del contrato origen de la controversia, del Derecho nacional que las partes hallan elegido pudiendo acudir al auxilio de ciertas prácticas comerciales generalmente aceptadas que conforman una nueva versión de la *lex mercatoria* medieval. Suele existir una compenetración estrecha de los tribunales del lugar elegido como sede del arbitraje, tanto en lo que concierne a las funciones de apoyo, como al ejercicio del control de lo actuado en el edificio arbitral; esa es la razón de que ciertas plazas como París o Londres sean elegidas con frecuencia. Por último, hace más de medio siglo que en los conflictos transfronterizos la ejecución de los laudos en otro Estado está asegurada merced al mecanismo de la Convención de Nueva York de 1958 de aceptación prácticamente universal.

A las luces enunciadas deben añadirse ciertas sombras que se han incrementado en los últimos tiempos y que amenazan con proyectarse en otras modalidades de arbitraje distintos del comercial³⁶. La cuestión de los árbitros no resulta pacífica en los últimos años pues la práctica demuestra que acostumbran a formar parte de un círculo relativamente cerrado basado ante todo en la "cooptación", la autodisciplina y la reputación individual³⁷. Dicho círculo cerrado ha pues-

³⁶ *Vid., v.gr.*, las reticencias mostradas por ciertos Estados y ciertos colectivos frente al modelo de arbitraje del CIADI en mi estudio, "América latina y el arbitraje de inversiones: ¿matrimonio de amor o matrimonio de conveniencia?", *RCEA*, vol. XXIV, 2009, pp. 13–37, esp. pp. 31–33, <http://eprints.ucm.es/9260/>.

³⁷ Y. Dezalay y B.G. Garth, *Dealing in Virtue: International Commercial Arbitration and the Construction of a Transnational Legal Order*, Chicago, Chicago University Press, 1996.

to en tela de juicio la validez de los principios de independencia y de imparcialidad de los árbitros y ha obligado a duros pronunciamientos de los tribunales estatales en sus decisiones de anulación de laudos arbitrales³⁸. Tampoco es pacífica la cuestión de los costes del arbitraje por obra de las grandes firmas de abogados, que tienen muchas veces a complicar contenciosos relativamente simples encareciendo innecesariamente el litigio. Son éstas cuestiones que quedan fuera de nuestro estudio pero que están presentes cada vez que se inicia un procedimiento de arbitraje cualquiera que sea su objeto.

3. *Participación del Estado en los arbitrajes internacionales*

8. Con independencia de esas sombras la aceptación del modelo descrito se ha producido en ámbitos muy diversos al comercial, aunque los más significativos han sido en el sector de los contenciosos entre Estados e inversores privados. Hoy día es absolutamente habitual insertar una cláusula arbitral en un contrato entre un Estado, un órgano administrativo perteneciente a éste, o una Organización internacional, de una parte, y un particular, de otra parte.

Hasta hace un cuarto de siglo la presencia de los Estados de los métodos de resolución extrajudicial de conflictos, entre los que se hallaban la mediación y el arbitraje, estaba dominada por la noción de soberanía y, al hilo de esta constatación, se caracterizaba por la acción de las excepciones basadas en la inmunidad, tanto de jurisdicción como de ejecución. Más concretamente: quedaban fuera del Derecho administrativo aquellos supuestos en los que o bien se evitaba un proceso contencioso-administrativo o estaba afectada directa o indirectamente una Administración Pública; no se admitía que los referidos métodos suprimiesen la posibilidad de que las partes pudieran plantear sus contenciosos en vía judicial o pusiesen término, con el concurso de ellos, a un proceso ya comenzado. La soberanía, en efecto, fue el gran argumento jurídico-político para apartar a los Estados del arbitraje, en la idea de que una entidad soberana sólo podía someterse a la decisión de sus propios tribunales internos. Si la presencia del interés público justifica la existencia misma del Derecho administrativo, esto condiciona también a las partes para sustituir la acción de los tribunales por los árbitros³⁹.

³⁸ Baste citar dos casos recientes: en Francia la sentencia de la *cour d'appel* de París de 12 de febrero de 2009, *Arbitraje. Revista de arbitraje comercial y de inversiones*, vol. III, 2011, pp. 604–606; en España la SAP Madrid (Sección 12^a) 30 junio 2011.

³⁹ La doctrina francesa era representativa de esta tendencia al afirmar con rotundidad que, como principio, el Estado no puede someter sus procesos al arbitraje, puesto que este constituía una forma de sustraer a la administración de su juez natural que es la jurisdicción

Esta situación ha experimentado un cambio radical partir de la segunda guerra mundial, al propiciar muchos Estados la reconstrucción de las economías, señaladamente en los países en desarrollo en los que únicamente determinados proyectos económicos o comerciales podían desplegarse con la participación directa o con la garantía estatal. Ello explica que se firmaran con frecuencia contratos cuya cláusula final recogía el compromiso de someterse al arbitraje internacional⁴⁰. La propia evolución del Derecho de los negocios internacionales ha contribuido en buena medida a que se produjera un cambio en la situación descrita eliminando la tradicional prohibición del arbitraje para las personas de Derecho público cuando participen en contratos mercantiles de carácter privado celebrados con sociedades extranjeras.

En la actualidad la presencia en el Derecho administrativo de un conjunto de normas destinadas específicamente a regular la organización y las relaciones de las Administraciones Públicas con los administrados y de una jurisdicción propia, la jurisdicción contencioso-administrativa, no es óbice para que en determinado tipo de relaciones, las Administraciones Públicas se sujeten al Derecho privado e, inclusive, sometan los litigios que originen esas relaciones privadas a una jurisdicción distinta a la contencioso-administrativa⁴¹. El problema reside en determinar cuándo el Derecho propio o estatal puede encontrar una alternativa de régimen jurídico privado. Sólo así, y dentro de la crisis que experimenta la jurisdicción contencioso-administrativa, la celebración del contrato de transacción o del convenio arbitral sería susceptible, por sí sola, para sustraer la controversia de la sede judicial, siempre que se respeten, naturalmente, los requisitos de validez exigidos en cada caso⁴².

administrativa (H. Motulsky, "L'arbitrage commercial et les personnes morales de droit public", *Rev. arb.*, 1955, pp. 38–47). Y a propósito de esto el Consejo de Estado francés afirmó el 6 de marzo 1986, a propósito de la construcción del parque Eurodisney, "... que resulta de los principios generales del Derecho público francés, confirmados por el primer inciso del art. 2.060 del Código civil, que salvo disposición legislativa expresa o de estipulaciones internacionales incorporadas en el orden jurídico interno, las personas morales de Derecho público no pueden sustraerse a las reglas que determinan la competencia de las jurisdicciones nacionales sometiéndose a la decisión de un árbitro la solución de litigios en los cuales ellas son partes y que pertenecen al orden jurídico interno" (Cf. D. Labetoulle, "L'arbitrage en droit public", *L'Actualité juridique: droit administratif*, 20 de enero de 1997, p. 16.).

⁴⁰ B. Cremades, "Participación de los Estados en el arbitraje internacional", *Arbitraje. Revista de arbitraje comercial y de inversiones*, vol. III, 2010, n.º 3, pp. 655–674, esp. pp. 662–663.

⁴¹ D. Foussard, "Les dispositions sur l'arbitrage de l'article L 311–6 du Code de justice administrative", *Rev. arb.*, 2000, pp. 537 ss; en la doctrina española M. Eslava Rodríguez, *Contratos públicos internacionales*, Madrid, Colex, 2003, pp. 170–173.

⁴² J. Rosa Moreno, *El arbitraje administrativo*, Madrid, McGraw-Hill, 1998, pp. 46 ss.

9. El empleo de técnicas extrajudiciales, al reducir la labor de la tradicional vía judicial, tiene la virtud de aliviar la justicia administrativa en unos momentos caracterizados por el aumento de la litigiosidad en el sector. La solución administrativa, y luego contencioso administrativo, que se generó en la resolución de los conflictos surgidos en la ejecución de los contratos en los que era parte el Estado produjo una serie de insatisfacciones en los administrados, pues una de las partes era al mismo tiempo juez y parte, con lo que no se tenía la necesaria neutralidad que permitiese una mejor gestión del conflicto⁴³. Existía una predisposición clara a reforzar la noción de *iure imperium* en las relaciones en las cuales el Estado compraba o vendía u otorgaba la concesión de un servicio a un particular para su explotación; esta posición de privilegio permitía al Estado alterar las propias reglas que había acordado en el contrato, por ejemplo, cambiar a la baja las tarifas que convino para la prestación de un determinado servicio público, establecer exigencias que no figuraban en el texto original e, incluso, proceder a una política de expropiación. Asimismo, las controversias se resolvían en periodos de tiempo sumamente extensos, a causa del atasco y de la lentitud de la justicia administrativa, que tenía como virtud privar en muchos casos de eficacia a la sentencia. Por esta razón, frente al cuestionamiento de la vía administrativa de solución de controversias cada vez es más habitual recurrir a nuevos métodos más adecuados, entre los que figura el arbitraje. Esa adecuación se manifiesta en una serie de aspectos: en la especialización en la materia que constituye el objeto de la controversia, en la celeridad a la solución de las mismas, y en su eficacia, en el sentido que evita muchas veces la tramitación de procedimientos inútiles y que facilita la consecución de acuerdos consensuales.

No obstante, la cuestión que estamos examinando debe considerarse también desde una óptica distinta que es consecuencia inexorable de la pérdida de soberanía del Estado, consustancial a la sociedad contemporánea. Las exigencias del mercado son susceptibles de condicionar la utilización de algunas actuaciones de la Administración; y ello sin desconocer que el empleo de métodos extrajudiciales y, en particular, del arbitraje son propugnados y logrados cuando los administrados poseen el suficiente potencial de coerción para conseguir que la Administración ceda competencias en la materia. Es el caso de determinados inversores extranjeros que consideran que la jurisdic-

⁴³ R. Silva Romero, "La distinción entre el Estado y Administración y el arbitraje resultante en los contratos del Estado", *Revista Internacional de Arbitraje* (Universidad Sergio Arboleda, Bogotá), junio–diciembre, 2004, pp. 155–187.

ción administrativa puede no ser imparcial por estar excesivamente comprometida con los intereses nacionales.

10. Las reflexiones anteriores nos permiten llegar a una calificación del denominado arbitraje de Derecho administrativo como aquél en el que, como mínimo, una de las partes es una Administración pública y acuerdan someter las eventuales controversias, surgidas o que puedan surgir en materia de su libre disposición, a varios árbitros⁴⁴. El desafío que se está planteando el Derecho público, es evitar la producción o el mantenimiento de aquellos litigios que previsiblemente están condenados al fracaso y que no se puede esperar de ellos la subsistencia del principio de la eficacia de la Administración. Por esto, al introducir estos mecanismos alternativos de solución de controversias se abre un elenco de posibilidades favor de los administrados, a través de unos costos razonables, el trato justo y la reducción drástica de la arbitrariedad en la solución de las controversias⁴⁵. La proliferación de estos métodos no debe considerarse como una oposición ni como una alternativa a la vía judicial, sino como un instrumento complementario de la misma, pues ambas se condicionan recíprocamente.

En términos generales, es importante considerar que esta modalidad de arbitraje no sólo sustituye al recurso administrativo sino también al recurso contencioso-administrativo, con lo cual el futuro laudo arbitral sólo podría ser objeto de una acción de anulación ante los tribunales de justicia de conformidad con la respectiva Ley de arbitraje. Sus características se proyectan en la verificación del interés público de la arbitrabilidad y del carácter disponible de la materia considerada. Esta modalidad de proceso arbitral debe descansar, además, en el principio de transparencia e incluso el de publicidad, pues tratándose siempre de temas que involucran el manejo de fondos o recursos públicos, la privacidad o la reserva propias del arbitraje privado, resultan, por lo menos, discutibles⁴⁶. Ha de tenerse en cuenta, en tercer lugar, que una gran parte de las materias involucradas en la actividad administrativa poseen carácter indisponible y por tanto no pueden ser objeto de arbitraje; pero aunque no concurra tal circunstancia, en función del principio de la legalidad que informa la actividad de la

⁴⁴ J.M. Trayter Jiménez, "El arbitraje del Derecho administrativo", *Revista de la Administración Pública*, n° 143, 1997, pp. 75 ss.

⁴⁵ Vid. la nota al asunto *Victor Pey Casado* de I. Iruretagoiena Agirrezabalaga, "Denegación de justicia y violación del deber de conceder a la inversión extranjera protección suficiente o un tratamiento justo y equitativo", *Arbitraje. Revista de arbitraje comercial y de inversiones*, vol. II, n° 2, 2009, pp. 495-502.

⁴⁶ Vid. *infra*, párrafo 28 de este estudio.

Administración, el arbitraje concernido ha de ser de Derecho y no de equidad y, como regla general, deben considerarse arbitrables todas las controversias de contenido económico susceptibles de resolverse por transacción, como lo establecen la mayoría de las legislaciones. Para terminar, la cesión de las potestades del ente público para someterse a arbitraje tendrá que ajustarse a los requisitos formales previstos en la ley para cada caso concreto, lo que nos conduce al ámbito de la capacidad de los poderes públicos para ser sujetos activos del procedimiento arbitral; en efecto, todavía domina una tendencia contraria a la participación de Estados, organismos y empresas públicas en un arbitraje, considerándose dicha legitimidad como un auténtico principio de orden público transnacional⁴⁷. Una vez asimilado esto, es requisito imprescindible para que se ponga en marcha la voluntariedad, la eliminación de la vía judicial, lo que requiere el consentimiento de todas las partes involucradas; no en vano con el sometimiento a arbitraje las partes pierden el derecho a plantear la cuestión litigiosa ante los tribunales de justicia.

11. Es cierto que pronto surgieron reticencias por parte de algunos Estados a hacer frente a sus compromisos a causa de la aceptación de la cláusula arbitral esgrimiendo para ello la socorrida excepción de la inmunidad de jurisdicción, cuyo ámbito en el comercio internacional tiende hoy a minimizarse. Aunque los Estados y las empresas de Estado disfrutaban, ante todo, de inmunidad de jurisdicción, resulta de reconocimiento general que uno y otras pueden renunciar a tal inmunidad estipulando someterse al arbitraje y para ello un acuerdo arbitral se reconoce equivalente a una renuncia a la inmunidad de jurisdicción⁴⁸. El cambio de mentalidad no fue pacífico pues la oposición a que

⁴⁷ Por ejemplo, en la sentencia *Cour d'appel* de París de 17 de diciembre de 1991 (*Gatoil / National Iranian oil Company [NIOC]*), a pesar de que la empresa panameña, "Gatoil", pretendía hacer valer que la empresa iraní no tenía capacidad para comprometer al ser un organismo de Derecho público y las disposiciones internas iraníes no permitían esta posibilidad por ir en contra del art. 139 de la Constitución de la República Islámica de Irán, consideró que era una disposición imperativa de Derecho interno que no afectaba al orden público internacional.

⁴⁸ Una somera referencia al problemas de la inmunidad de jurisdicción puede extraerse de las siguientes obras P. Andrés Sáenz de Santa María, "El estatuto internacional del Estado: La inmunidad soberana del Estado extranjero (Jurisdicción y ejecución)", *Cuadernos de Derecho Judicial*, 1994, vol. XI, pp. 91–223; M. Cosnard, *La soumission des états aux tribunaux internes: face à la théorie des immunités des États*, París, Pedone, 1996; G.R. Delaume, "The Foreign Sovereign Immunities Act and Public Litigation: Some Fifteen Years Later", *Am. J. Int'l L.*, 1994, pp. 257–79; Ch. Dominicé, "Problèmes actuels des immunités juridictionnelles internationales", *Cursos Euromediterráneos Bancaja de Derecho Internacional*, 1998, pp. 307–348; J.E. Donoghue, "Taking the 'Sovereign' out of

los entes estatales y paraestatales fueran partes en un procedimiento arbitral era la tónica dominante en muchas legislaciones internas que, incluso, estaban apoyadas por preceptos constitucionales defensores de la soberanía estatal dentro de este contexto. Los recelos de violación de soberanía por la extraterritorialidad que pudiera suponer el arbitraje comercial internacional, han dado paso a la masiva ratificación por los Estados de los principales tratados reguladores del arbitraje comercial; como consecuencia de todo ello, la excepción de inmunidad tanto de jurisdicción como de ejecución, ha sido desprovista del contenido emocional y político que pudiera haber tenido en otras épocas⁴⁹.

La prueba de fuego para comprobar el buen o mal funcionamiento del arbitraje en los respectivos ordenamientos jurídicos, se centra en torno al juego difícil que la excepción de incompetencia por convenio arbitral pueda establecerse en el procedimiento judicial. Los nuevos aires de globalización y la relevancia del arbitraje en este contexto han dado lugar a un cambio de actitud en los Estados en el sentido de aceptar las novedades que aporta el Derecho internacional, que pone el acento en la importancia creciente de los centros de arbitraje que dirimen controversias en las que un Estado es parte⁵⁰.

the Foreign Sovereign Immunities Act: a Functional approach to the Commercial Activity Exception", *Yale J. Int'l. L.*, 1992, pp. 489–538; H. Fox, *The Law of State Immunity*, Oxford, 2002; J.D. González Campos, "Bienes de los Estados extranjeros en España", *Diccionario de Obras Públicas y Bienes Públicos*, (J.V. González García, dir.), Madrid, 2007, pp. 112–126; D. Nedjar, "Tendances actuelles du droit international des immunités des États", *Journ. dr. int.*, 1997, pp. 59 ss; A. Orakhelashvili, "State Immunity and International Public Order", *German Yearb. Int'l L.*, 2002, pp.227–267; I. Pingel–Lenuzza, *Les immunités des états en droit international*, Bruselas, Bruselas, 1997; L.I. Sánchez Rodríguez, *Las inmunidades de los Estados extranjeros ante los tribunales españoles*, Madrid, Civitas, 1990; C.H. Schreuer, *State Immunity: Some Recent Developments*, Cambridge, Grotius, 1988; P.D. Trooboff, "Foreign State Immunity: Emerging consensus on Principles", *R. des C.*, t. 200, 1986, pp. 235–432; E. Voyiakís, "Access to Court v State Immunity", *Int'l Comp. L. Q.*, 2003, pp.297–332.

⁴⁹ La CCI sostiene la idea de que una actitud como la expresada constituye una violación flagrante del orden público internacional, aunque cuenta con algunos precedentes en sentido contrario, como el Laudo CCI n° 2321/1974 (*Solel Boneh / Republic of Uganda*). Dicha idea se recoge en las legislaciones europeas como en la Ley suiza de Derecho internacional privado de 1987, donde se dispone que un Estado o una empresa dominada, o una organización controlada por el Estado, no puede invocar su propio Derecho para oponerse a la arbitrabilidad de un litigio o su capacidad para ser parte de un arbitraje si ésta expresa en el contrato (art. 177.2°). Lo mismo ocurre en España donde el art. 2 LA/2003 establece que "cuando el arbitraje sea internacional y una de las partes sea un Estado o una empresa, sociedad, o organización controlada por un Estado, esta parte no podrá invocar las prerrogativas de su propio Derecho para sustraerse a las obligaciones dimanantes del convenio estatal".

⁵⁰ *Vid.* G.R. Delaume, "Judicial Decisions Related to Sovereign Immunity and Transnational Arbitration", *ICSID Rev.—FILJ*, vol. 2, n° 2, 1987, pp. 403–423; Ch. Carabiber,

12. No puede asegurarse que este ambiente se haya consolidado por completo. Si el Estado ha suscrito un convenio arbitral y al ser objeto de una demanda de arbitraje alega que el acto que motiva este último posee una naturaleza intrínsecamente estatal y, por tanto, no sometible a arbitraje, es cierto que podrá argüir después que tal acto no está sujeto a la decisión de los árbitros, siempre que guarde relación con sus obligaciones contractuales. Mas el interrogante no puede resolverse de una manera tan palmaria. Baste atender, por ejemplo, a un contrato de estabilidad jurídica en el que el Estado se comprometió, a no modificar el régimen legal tributario aplicable a una empresa y a pesar de ello lo modifica; las mismas dificultades en torno a la arbitrabilidad acontecen cuando un contrato de concesión para la prestación de servicios públicos contiene una cláusula tarifaria que es aplicada por el regulador en contradicción a lo acordado; y, por citar un tercer ejemplo, podemos observar los contratos que hacen referencias generales a regímenes cambiarios, legislación tributaria o a veces, incluso, a leyes y normas aplicables de manera general. En estos supuestos no es extraño que se considere por parte del Estado que estamos ante actos que implican soberanía que, como tales, no son revivables y, por ende, susceptibles de arbitraje. El argumento generalizado para justificar este proceder es que en el contencioso están comprometidos fondos públicos y que los mismos están sujetos a una serie de limitaciones para su disponibilidad.

La jurisprudencia arbitral ha contribuido decisivamente a reforzar los arbitrajes con presencia del Estado o de entidades estatales en el arbitraje⁵¹. Se reitera al efecto que admisión descansa en la contradicción entre el hecho de que un Estado haya suscrito un contrato internacional que incluya una cláusula compromisoria y la posterior alegación de la nulidad del convenio arbitral con apoyo en que, conforme a su Derecho interno, el Estado o la entidad estatal no podían comprometerse a tal estipulación. Por lo pronto, frente a la tendencia mostrada por la aludida jurisprudencia la defensa del poder hegemónico del Estado ha continuado poniéndose de manifiesto como motivo de

"L'arbitrage international et le problème de l'immunité de de juridiction des États et des collectivités publiques signataires d'une clause compromissoire insérée dans un contrat de droit privé", *Rev. arb.*, 1969, pp. 49–68; K.M. Meessen, "State Immunity in the Arbitral Process", *Arbitrating Foreign Investment Disputes. Procedural and Substantive Legal Aspects* (N. Horn, ed.), La Haya, Kluwer Law International, 2004, pp. 387–397.

⁵¹ Por ejemplo, la CCI señala en sus estadísticas que, en el ejercicio del 2009, setenta y ocho de sus casos administrados hacían relación a Estados o entidades paraestatales; es decir, constituían el 9,5% del total de los arbitrajes administrados por su Corte Internacional de Arbitraje (B. Cremades, "Participación de los Estados...", *loc. cit.*, p. 663).

oposición en los procedimientos de reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros condenatorios de la Administración; y los pretextos barajados se han basado en las socorridas causales de que, de conformidad con su ley interna, el objeto de la controversia no era susceptible de arbitraje o era manifiestamente contrario al orden público del foro. De esta dialéctica ha salido victoriosa, sin embargo, la posición favorable a la participación del Estado en el arbitraje. Y ello aun cuando todavía existe la predisposición en muchos países de que no se podrá comprometer en las cuestiones del Estado ni en aquellas materias que interesen al orden público. La facultad de comprometer por parte de los entes administrativos cada vez adquiere mayor aceptación siguiendo los dictados del art. II del Convenio de Ginebra de 1961, según el cual "... las personas morales consideradas por la ley a ellas aplicable como 'personas morales de Derecho público', estarán facultadas para concertar válidamente acuerdos o compromisos arbitrales".

4. Omnipresencia de la CCI

13. La CCI ha sido un medio idóneo para canalizar propuestas del sector privado ante los gobiernos, e incidir en las decisiones que estos adoptan en las rondas de negociaciones de la OMC, teniendo en cuenta las conclusiones de los Coloquios Empresariales de Ginebra, en los que se ha preparado el terreno para incrementar la influencia de la comunidad empresarial en la toma de decisiones de las Naciones Unidas y de otros organismos internacionales. La CCI ha contribuido en los trabajos de la Uncitral sobre términos comerciales uniformes, pagos internacionales, créditos documentarios y garantías bancarias, arbitraje comercial internacional y reglamentación internacional del transporte marítimo. En concreto la CCI propuso a la Uncitral la necesidad de un Reglamento de arbitraje para uso facultativo en los arbitrajes comerciales internacionales y creación de un nuevo tipo de garantía real adecuada a las necesidades del comercio internacional. Y, por descontado, resulta obligada la referencia a la Convención sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, hecha en Nueva York el 10 de junio de 1958⁵², instrumento que nació a partir de una propuesta formulada por la CCI de reemplazar a la Convención de Ginebra de 1927 sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras por un nuevo texto más adaptado a las circunstancias de tráfico mercan-

⁵² *Vid.*, por todos, A.J. Van den Berg, *The New York Arbitration Convention of 1958. Towards a Uniform Judicial Interpretation*, La Haya, Kluwer, 1981.

til transnacional y con una posibilidad de ganar más incorporaciones estatales que su antecesor.

Debemos detenernos en el notable éxito del Reglamento de arbitraje de la Uncitral (RAU) de 1976 y revisado en 2010⁵³ que contiene un entramado completo de normas de procedimiento que las partes pueden utilizar para la sustanciación de las actuaciones arbitrales relativa a sus relaciones comerciales⁵⁴. La gran ventaja de este instrumento deriva de ser el resultado de trabajos realizados tras reiteradas consultas a los principales Centros internacionales de arbitraje y a expertos en la materia⁵⁵. Y, además, ha contado con la experiencia de la práctica arbitral gestada en determinados sistemas jurídicos nacionales⁵⁶. Es, por tanto, un corolario de la práctica viva del arbitraje internacional y no un texto producto de la mera especulación doctrinal. Precisamente por su utilidad el mismo año de su aprobación la Asamblea General de las Naciones Unidas recomendó, en su Resolución 31/98, su uso para el arreglo de las controversias que surgieran en el contexto de las relaciones comerciales internacionales. Esa recomendación se basaba en la convicción de que el establecimiento de normas de arbitraje especial que fuesen aceptables para Estados con distintos sistemas jurídicos, sociales y económicos contribuiría de manera destacada al desarrollo de relaciones económicas internacionales armoniosas.

El campo de aplicación del Reglamento no está limitado a los arbitrajes *ad hoc*, sino que es frecuentemente utilizado en los arbitrajes de inversiones⁵⁷ y en los arbitrajes administrados por ser el texto modelo de muchas instituciones arbitrales⁵⁸ y, a su lado, se encuentra el Reglamento de conciliación de la Uncitral de 1980 por medio del cual cuando las partes en una controversia comercial deseen solucionarla amistosamente, podrán acordar que este Reglamento rijan el procedimiento de conciliación.

⁵³ J.C. Fernández Rozas, "Revisión del Reglamento de arbitraje de la Uncitral", *Arbitraje. Revista de comercial y de inversiones*, vol. III, n° 3, 2010, pp. 834–839.

⁵⁴ G. Parra Aranguren, "El Reglamento de arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (1976)", *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, n° 93, 1994, pp. 82–126 y 427–448.

⁵⁵ T.W. Thompson, "The Uncitral Rules Arbitration", *Harv. Int'l L.J.*, vol. 17, 1976, pp. 141–154.

⁵⁶ K.H. Böckstiegel, "The Relevance of National Arbitration Law for Arbitration under the Uncitral Rules", *J. Int'l Arb.*, 1984, n° 1, pp. 223–236.

⁵⁷ G. Sacerdoti, "Investment Arbitration Under ICSID and Uncitral Rules: Prerequisites, Applicable Law, Review of Awards", *ICSID Rev.—FILJ*, vol. 19, n° 1, 2004, pp. 1–48.

⁵⁸ D.S.A. Idid, "Use of the Uncitral Arbitration Rules at Arbitral Institutions. The Case of Malaysia", *J. Int'l Arb.*, vol. 24, n° 1, 2007, pp. 37–48.

14. La acogida de este arquetipo ha sido muy apreciable tanto en el orden interno como en el internacional⁵⁹, siendo habitualmente utilizado en todos los continentes, tanto en arbitrajes de perfil general como en arbitrajes especiales. Incluso se ha llegado a afirmar la existencia de un "orden jurídico arbitral" con autonomía propia en constante convergencia con los órdenes jurídicos estatales, "complitud", imperatividad y fuentes propias, aunque por el momento se enfrente a enemigos poderosos como las *anti-suit injunctions* o ciertas normas de carácter imperativo⁶⁰.

Purismos aparte, es un hecho incontrovertido que los operadores de las transacciones mercantiles internacionales se refieren a él cada vez con mayor frecuencia en sus cláusulas compromisorias o en los acuerdos de arbitraje y un número considerable de instituciones arbitrales han aceptado o adoptado el Reglamento de diversas formas⁶¹. Baste referirse al Regl. CIAC o al Reglamento del Centro de Solución de Controversias de la Agencia Internacional de Energía, de 1980 que han incorporado el texto del RAU en su totalidad o en parte. Junto a esto un gran número de Centro de arbitraje que cuentan con Reglamento propio han insertado en ellos, en mayor o menor medida, las disposiciones del RAU, siendo paradigmático el Regl. LCIA de 1981.

Su empleo generalizado movió a la propia Uncitral a dictar unas recomendaciones para su aplicación; aprobadas por la Uncitral en 1982, dichas recomendaciones tienen por objeto facilitar información y asesorar a las instituciones arbitrales y otros órganos interesados, tales como cámaras de comercio o colegios de abogados para la utilización del RAU, señaladamente en lo que concierne a la preparación o revisión del reglamento de una institución arbitral, el nombramiento, por una institución arbitral o algún otro órgano, de los árbitros conforme a lo previsto en el Reglamento, o la prestación de servicios administrativos, de secretaría o de índole técnica al servicio de un procedi-

⁵⁹ K.H. Böckstiegel, "Applying the Uncitral Rules. The Experience of the Iran–United States Claims Tribunal", *International Tax and Business Lawyer*, vol. 4, 1986, pp. 266 ss.

⁶⁰ *Vid.*, por todos, E. Gaillard, "L'ordre juridique arbitral: réalité, utilité et spécificité", *MacGill L.J.*, vol. 55, n° 4, 2010, pp. 891–907.

⁶¹ En el contexto de la labor realizada por la Uncitral en orden al arbitraje comercial internacional *Vid.* E.E. Bergstein, "The Contribution of the Uncitral Arbitration Rules to International Commercial Arbitration", *Liber Memorialis Petar Šarčević*, Munich, Sellier, 2006, pp.389–400. Diversas instituciones internacionales como los *Regional Centres for Arbitration* de Kuala Lumpur y el Cairo, la *Inter–American Commercial Arbitration Commission* y el *Iran–United States Claims Tribunal*, han utilizado el Reglamento para proyectar sus propias reglas. Otras, como la *Euro–Arab Chambers of Commerce* lo usan como alternativa de sus propias reglas si las partes así lo disponen.

miento arbitral que se esté tramitando con arreglo a este instrumento⁶². Además, un centro arbitral u otra institución que actúe como entidad denominadora o que administre arbitrajes pueden agilizar sus funciones acudiendo directamente al RAU.

El art. 7.2º.b) RAU supone un entronque con el arbitraje interestatal al conferir al Secretario General de la CPA un destacado papel, constituyendo este precepto un instrumento esencial para el perfeccionamiento de numerosos arbitrajes comerciales internacionales sobre todo si éstos no están sometidos al margo de una institución administradora⁶³. Y a ello se une la política de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI de adoptar especiales consideraciones cuando intervienen Estados soberanos, que se manifiesta en diferentes decisiones, y se traduce en: el análisis *prima facie* de la existencia y efectos frente a terceros de la cláusula arbitral, la determinación del lugar del arbitraje, en materia de medidas provisionales, la constitución del tribunal (número, control de independencia de los árbitros, nombramiento de árbitro en caso de que la parte estatal no haya efectuado su correspondiente nombramiento) y, sobre todo, la aprobación del borrador de laudo arbitral propuesto por los árbitros. En estos casos, la Corte procura que sus decisiones sean tomadas por el pleno de la misma, con asistencia de los muy numerosos miembros provenientes de países tan diferentes. Se persigue así garantizar al máximo la tutela arbitral efectiva en los casos de participación de Estados soberanos⁶⁴.

⁶² *Anuario Cnudmi*, vol. XIII, 1982, pp. 426–430.

⁶³ La conflictividad jurídica peculiar de América Latina aconsejó la creación en 2001 de una Sede Regional de la Corte, la primera de todas, en San José de Costa Rica con el objeto de administrar supuestos de arbitraje, conciliación e indagación de disputas entre Estados, sujetos de Derecho privado y organizaciones intergubernamentales, destacando, sin duda, la administración del arbitraje internacional comercial. Con posterioridad, el 5 de diciembre de 2003, se suscribió el Convenio entre el Gobierno de la República de Costa Rica, la Corte Permanente de Arbitraje y la Universidad para la Paz, para el establecimiento de una sede latinoamericana para la promoción de la solución de disputas mediante los mecanismos de la Corte Permanente Arbitraje. En el desempeño de su cometido la CPA recurre a las reglas de arbitraje de la Uncitral y su función es incidir positivamente en el campo de la inversión en América Latina y, de esa forma, desempeñar un destacado cometido de apoyo para acelerar el crecimiento económico de la región. Como consecuencia del trascendental incremento experimentado en los últimos años del número y complejidad de las solicitudes que surgen en los arbitrajes *ad hoc*, han aumentado las solicitudes al Secretario General que actúe como autoridad de nombramiento en los arbitrajes de la Uncitral. Para facilitar esta instancia, el Representante Regional de Costa Rica está habilitado para enviar las solicitudes de dichos servicios al Secretario General.

⁶⁴ *Vid.* E. Silva Romero, "ICC Arbitration and State Contracts", *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, vol 13, nº 1, pp. 34ss.

IV. Sincretismo en la configuración del arbitraje de inversiones

1. Nuevas formas de litigiosidad internacional

15. Consecuentes con el triunfo del mercado y con la consolidación del denominado "modelo único", tras la creación de la OMC, las organizaciones internacionales acostumbran a imponer condiciones específicas para acceder a los mercados internacionales de capital. Han sido muchas las iniciativas para establecer una ordenación internacional de los movimientos internacionales de capital desde la propia Carta de la Habana de 1948 figurando en este empeño entidades de carácter privado, no gubernamental o participadas por Estados, pero entre ellas ha destacado nuevamente la Cámara de Comercio Internacional de París que, en un intento de beneficiar a los inversores, preparó en 1949 un Código para el trato justo de las inversiones extranjeras. A su lado, otra entidad privada la *Gesellschaft zur Förderung des Schutzes von Auslandsinvestitionen* redactó en 1959 el Proyecto de Convenio "Abs / Shawcross" sobre las inversiones en el extranjero⁶⁵. Desde una perspectiva académica la Universidad de Harvard presentó un Proyecto en 1961 sobre la responsabilidad internacional de los Estados por los daños ocasionados a los extranjeros, y, por sólo citar una manifestación más, que en 1967 la OCDE elaboró el Proyecto de Convenio sobre la protección de la propiedad extranjera. En todos estos textos existe una vocación decidida por sus redactores de encontrar una forma de "cláusula paraguas" que, aunque no redactada como la que se hoy inserta en los APPRIs, tenía la virtud de fijar auténticas obligaciones internacionales para los Estados en relación con los inversores que se ponían en marcha con la incorporación a un tratado internacional⁶⁶.

Es cierto que todas iniciativas fracasaron momentáneamente, pues se gestaron principalmente en el ambiente propio los años sesenta caracterizado por la descolonización y por el "Nuevo Orden Económico Interna-

⁶⁵ Dentro de las acciones emprendidas resultan de obligada referencia el *Draft Statutes of the Arbitral Tribunal for Foreign Investment and of the Foreign Investments Court* (1948) de la ILA y el *International Code of Fair Treatment for Foreign Investments* (1949) de la ICC, Unctad, *International Investment Instruments: A Compendium*, vol. XII, Nueva York-Ginebra, 2003, pp. 259-279. *vid.* A.S. Miller, "Protection of Private Foreign Investment by Multilateral Convention", *Am. J. Int'l L.*, vol. 53, 1959, pp. 371 ss; A.A. Fatouros, "An International Code to Protec Private Investment -Proposals and Perspectives", *The Univ. of Toronto L.J.*, vol. XIV, 1961, pp. 77 ss

⁶⁶ A.C. Sinclair, "The Origins of the Umbrella Clause in International Law of Investment Protection", *Arb. Int'l.*, vol. 20, n° 4, 2004, pp. 411-434.

cional”, que contemplaba con recelo todos aquellos intentos de protección de los intereses de los inversores extranjeros procedentes de los Estados desarrollados. Sin embargo no tardaron en apuntarse permitiendo a estos últimos países impulsar la obligatoriedad de mecanismos especiales de solución de controversias: bajo el pretexto de la búsqueda de la “imparcialidad y objetividad”, dichos Estados han logrado, en la práctica, imponer sus sistemas jurídicos y sus principios excesivamente protectores del inversor. La influencia de todas estas organizaciones, favoreció así, no sólo la presencia activa de tratados internacionales como la Convención de Nueva York de 1958 o el Convenio de Washington de 1965, sino también, el auge de los Tratados Bilaterales de Inversiones (APPRI), que han tenido la virtud de impulsar y consolidar el arbitraje internacional de inversiones y una importante actividad a las grandes firmas de abogados, que defienden tanto a los Estados receptores de capital como a los inversores y que están obligados a una profunda operación de reciclaje abandonando algunos hábitos propios del arbitraje comercial⁶⁷. Si bien es cierto que en el preámbulo del Convenio de Washington se habla de “la necesidad de la cooperación internacional para el desarrollo económico”, apuntándose la inversión extranjera como un elemento sustancial a este último, dicho instrumento obedeció esencialmente a que los gobiernos y los inversores extranjeros solicitaban la asistencia del Banco Mundial para el arreglo de diferencias relacionadas con inversiones⁶⁸. Aparece así un arquetipo de arbitraje con ciertos perfiles diferenciales del arbitraje internacional conocido hasta entonces, que ponía el acento en la ampliación de las garantías de la inversión, a través de un concepto amplio y omnicompreensivo de la misma, como criterio de competencia arbitral, y en la utilización de fórmulas amplias, flexibles y suficientes, para dar respuesta a este objetivo⁶⁹.

16. Deben ir precedidas estas reflexiones con el recuerdo del fracaso del Proyecto de Acuerdo Multilateral de Inversiones⁷⁰, como constan-

⁶⁷ C. Leben, *The Advancement of International Law*, Oxford, Hart, 2010.

⁶⁸ Cf. A. Rigo Sureda, “Arbitraje de inversión y desarrollo económico”, *Arbitraje. Revista de arbitraje comercial y de inversiones*, vol. III, n° 2, 2010, pp. 357–375, esp. p. 361.

⁶⁹ Esta concreta cuestión fue objeto de un importante debate en los trabajos preparatorios de la Convención de Washington. Vid. B. Stern, “Le consentement à l’arbitrage CIRDI en matière d’investissement international: que disent les travaux préparatoires?”, *Mélanges Philippe Kahn, Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du XXIème siècle*, París, Litec, 2000, pp. 223–244.

⁷⁰ Vid. un desarrollo pormenorizado de esta cuestión en A. Crespo Hernández, *El Acuerdo Multilateral de Inversiones ¿Crisis de un modelo de globalización?*, Madrid, Eurolex, 2000; J.C. Fernández Rozas, *Sistema del comercio internacional*, Madrid, Civitas, 2001, pp. 316–322.

cia de que uno de los factores clave de la globalización y, en consecuencia, probablemente uno de los más discutidos, es la inversión exterior. Pero, al margen de no contar un instrumento multilateral con pretensiones de generalidad, los países de la OCDE siguen manteniendo la mayoría de los flujos de las inversiones extranjeras directas y, en consecuencia, tienen un interés importante en las normas que rigen las inversiones internacionales. También comparten una opinión común sobre los beneficios de las inversiones extranjeras directas y en la necesidad de su liberalización. La OCDE, aparte de sus estudios y análisis, siempre ha sido para sus Estados miembros un foro en el que se toman decisiones manifestadas en reglas y procedimientos para la cooperación internacional en muchos campos: movimientos de capital, impuestos (incluso el traslado de precios), política de competencia, el medio ambiente y la prevención frente a los sobornos en las transacciones internacionales.

El resultado de esta labor ha dado lugar al Código de Liberalización de Movimientos de Capital (1961) y al Código de Liberalización de Operaciones Corrientes Invisibles (1961) (en relación con los servicios transfronterizos) que, con carácter vinculante, estipulan la liberalización progresiva y no discriminatoria de los movimientos de capital, el derecho de establecimiento y las operaciones corrientes invisibles (esencialmente servicios). Tras casi medio siglo de aplicación han experimentado numerosas modificaciones y adaptaciones datando las últimas de julio de 2009. Estos mecanismos permiten que todas las medidas disconformes con los códigos sean consignadas en las listas de excepciones de cada país y facilitan a los residentes de los países integrantes realizar negocios en cualquiera de las economías miembro como si fueran nacionales⁷¹.

Junto a los Códigos ocupa un lugar destacado la Declaración sobre Inversión Internacional y Empresas Multinacionales de 1976 que constituye un compromiso político para mejorar el impulso de la inversión y fomentar la contribución positiva que las empresas multinacionales pueden hacer al progreso económico y social, así como minimizar y solventar las dificultades que pueden surgir debido a sus operaciones. La última revisión de dicha Declaración fue hecha en 1991 siendo suscrita por los Estados miembros. Comprende cuatro elementos, cada uno de los cuales ha sido respaldado por una Decisión del Consejo de la OCDE: a) Lineamientos para empresas multinacionales; b) Instrumento de trato nacional; c) Advertencia a los

⁷¹ A. Newcombe y L. Paradel, *Law and Practice of Investment Treaties: Standard of Treatment*, Alphen aan der Rijn, Kluwer, 2009, pp. 18–40.

países suscriptores de evitar o de minimizar las obligaciones impuestas a las empresas multinacionales por las autoridades nacionales; y, d) Incentivos y obstáculos a la inversión internacional. Al igual que los Códigos, todas las partes de la Declaración están sujetas a revisiones periódicas.

Sí son relevantes, cabe insistir en ello, las apuntadas acciones que en las décadas de los cuarenta y de los cincuenta ejercieron determinadas entidades de carácter privado de signo diverso, pero con una marcada vocación iusmercatorista⁷², como la Cámara de Comercio Internacional y la *International Law Association*, que se plasmaron en una serie de textos en los que se registraba una vocación decidida hacia la inserción del arbitraje en los nuevos contenciosos que se avecinaban.

17. A partir de aquí, frente al modelo unitario y generalista de la sociedad internacional, descrito en las primeras páginas de este estudio, se ha producido una nueva litigiosidad entre Estados y Organizaciones internacionales, de un lado, y particulares, de otro a partir de la inclusión de cláusulas de arbitraje con una marcada vocación de especialización y proliferación de órganos permanentes o *ad hoc*⁷³. La jurisprudencia francesa fue pionera en el abandono de la competencia exclusiva y excluyente de los tribunales para conocer de ciertas reclamaciones en contratos administrativos. El 10 de abril de 1957 la *cour d'appel* de París (*Myrtoon Steam Ship / Agent Judiciaire du Trésor*) indicaba que "la prohibición se refiere a contratos domésticos y no se aplica a contratos de naturaleza internacional"⁷⁴, mas dicha doctrina sería ratificada posteriormente por la *cour de cassation* el 2 de mayo de 1966 en el asunto *Agent Judiciaire du Trésor / Galakis*⁷⁵.

⁷² Acerca de la clasificación, la labor y los resultados de estas entidades *vid.* J.C. Fernández Rozas, *Ius mercatorum. Autorregulación y Unificación del Derecho de los negocios transnacionales*, Madrid, Consejo General del Notariado, 2004, pp. 291 ss.

⁷³ *Vid., inter alia*, Th. Buergenthal, "Proliferation of International Courts and Tribunals: Is It Good or Bad?", *Leiden J. Int'l L.*, vol. 14, 2001, pp. 267–275, e "International Law and Proliferation of International Courts", *Cursos Euromediterráneos Banca de Derecho Internacional*, vol. V, 2001; S. Schwebel, "The Proliferation of International Tribunals: Threat or Promise?", *Liber Amicorum in Honour of Lord Slynn of Hadley*, vol. II, La Haya, Kluwer, 2000, pp. 3–8; C.P.R. Romano, "The Proliferation of International Judicial Bodies: The Pieces of the Puzzle", *New York Univ. J. Int'l L. & Pol'y*, 1999, pp. 709–751.

⁷⁴ *JCP*, 1957, II, 10078 y nota de H. Motulsky, *Journ. dr. int.*, 1958, pp. 1002 ss y de B. Goldman, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1958, pp. 120 ss.

⁷⁵ B. Ancel e Y. Lequette, *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, 5ª ed., París, Dalloz, 2006, n° 44, pp. 391 ss; *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1967, pp. 553 y nota de B. Goldman; *Journ. dr. int.*, pp. 648 ss y nota de P. Level.

La inclusión por los Estados de cláusulas de arbitraje en contratos de concesión o de inversiones ha sido una constante histórica⁷⁶ que ha propiciado numerosas controversias⁷⁷. En aplicación de estas cláusulas arbitrales tuvieron lugar memorables contenciosos, hasta el punto de que en el asunto *Texaco Overseas Petroleum Company / Gobierno de la República Árabe de Libia* el árbitro único R.J. Dupuy propugnó la internacionalización de los contratos celebrados entre personas internacionales y personas privadas en función de tres criterios: la referencia a los principios generales del Derecho, la inserción de una cláusula de arbitraje y la cualidad de acuerdos de desarrollo económico⁷⁸. A partir de aquí la penetración del mercatorismo ha sido una constante del modelo aunque las posiciones no sean unánimes en función de que la deslocalización de estos contratos nunca es completa⁷⁹, acudiéndose muchas veces a la cómoda referencia del "Derecho transnacional" a título de *tertium genus*.

2. Irrupción del arbitraje de inversiones

18. El arbitraje de inversiones nació con la vocación de "despolitizar" los litigios a través de la creación de un marco jurídico neutral adaptado a los contenciosos específicos entre los Estados y los inversores extranjeros que no estaban dispuestos a arriesgar sus capitales en el país de la inversión cuando ello dependiera de la justicia local⁸⁰.

⁷⁶ V.V. Veeder, "The Lena Goldfields Arbitration: The Historical Roots of Three Ideas", *Int'l & Comp. L.Q.*, vol. 47, 1998, pp. 747–792.

⁷⁷ M. Domke, "Arbitration Between Government Bodies and Foreign Private Firms", *The Arbitration J.*, vol. 17, 1962, pp. 129–144; G.R. Delaume, "State Contracts and International Arbitration", *Am. J. Int'l L.*, vol. 75, 1981, pp. 784–819; *id.*, "Arbitration with Governments: 'Domestic v. International' Awards", *The International Lawyer*, vol. 17, 1983, pp. 687–698; K.-H. Böckstiegel, *Arbitration and State Enterprises: Surveys on the National and International State of Law and Practice*, Deventer, Kluwer, 1984.

⁷⁸ *Journ. dr. int.*, t. 104, 1977, pp. 358 ss y nota de J.F. Lalive, "Un grand arbitrage pétrolier entre un Gouvernement et deux sociétés privées étrangères", *ibid.*, pp. 319 y ss, esp. pp. 335–337; *ILM*, vol. XVII, 1978, pp. 3 ss, con nota introductoria de R.B. von Mehren. *Vid.* G. Cohén-Jonathan, "L'arbitrage Texaco–Calasiatic contre Gouvernement Libyen; décision au fond du 19 janvier 1971", *Ann. fr. dr. int.*, 1977, pp. 452–479; J. Verhoeven, "Droit international des contrats et droit des gens", *Rev. belge dr. int.*, vol. XIV, 1978–79, pp. 209–230; *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1978, pp. 435 ss y nota de F. Rigaux ("Des dieux et des héros – Réflexions sur une sentence arbitrale–"); A. Varma, "Petroleum Concessions in International Arbitration", *Columbia J. Transn'l L.*, vol. 18, 1979, pp. 259–288.

⁷⁹ G.R. Delaume, "Comparative Analysis as a Basis of Law in State Contracts: The Myth of the Lex Mercatoria", *Tul. L. Rev.*, vol. 63, 1988–1989, pp. 575; *id.*, "The Myth of the Lex Mercatoria and State Contracts", *Lex Mercatoria and Arbitration: A Discussion of the New Law Merchant* (T.E. Carboneau, ed), Dobbs Ferry, N.Y., Transnational Juris Publications, 1990, pp. 77–98.

⁸⁰ I.F.I. Shihata, "Towards a Greater Depoliticization of Investment Disputes: the roles of ICSID and MIGA", *ICSID Rev.–FILJ*, vol. 1, 1986, n° 1, pp. 1–25.

Dentro de otras iniciativas tendentes a construir sistema arbitral independiente, que confiriese confianza al inversor pero que permitiera a su vez una defensa válida, surgió en 1965 el CIADI en un contexto internacional marcado por la descolonización y por el "Nuevo Orden Económico Internacional".

La fundamentación jurídica de este nuevo modelo pretendía, en el contexto descrito, que los inversores no dependieran de la apreciación política de su gobierno a la hora de una eventual confrontación con el Estado receptor de la inversión y que el Estado de origen del inversor quedase al margen del litigio y no repercutiera en las relaciones diplomáticas bilaterales con dicho Estado receptor⁸¹. Desde una perspectiva académica nadie ponía en duda en esta etapa primigenia que, al igual que otras rúbricas como el trato a extranjeros, el Derecho de las inversiones internacionales y, en concreto, el sistema de arreglo de controversias que incorporaba era una materia que correspondía por entero al Derecho internacional público. Aunque es un elemento no especialmente desarrollado en los APPRIs, los Estados siempre tienen la opción de someter sus controversias surgidas de esos acuerdos a tribunales judiciales internacionales permanentes, como la CIJ, o a tribunales judiciales regionales permanentes, caso de que tengan competencia.

La Convención de Washington no solo instituyó un centro especializado⁸² sino que estableció un sistema integral y autosuficiente de conciliación y arbitraje para controversias entre inversionistas internacionales y Estados receptores⁸³. En el nacimiento del Centro fue innegable la influencia de otras instituciones internacionales de carácter judicial sometidas al Derecho internacional público convirtiéndose así la nueva entidad, a lo largo de los últimos 40 años, en el prin-

⁸¹ F. Orrego Vicuña, "New Issues in the Settlement of Disputes of International Investments; the Global Reach of the Role Dispute Settlement", *Law of the Sea, Environmental Law and Settlement of Disputes: liber amicorum Judge Thomas A. Mensah*, Leiden, Nijhoff, 2007, pp. 297–312.

⁸² J.A. Vives Chillida, *El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI)*, Madrid: McGraw-Hill, 1998, pp. 527 ss.

⁸³ Dentro de la copiosa bibliografía sobre la Convención cabe referirse desde una perspectiva sistemática y exegetica a las siguientes contribuciones: A. Broches, "The Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States", *R. des C.*, t. 136, 1972, pp. 331 ss; G.R. Delaume, "La Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats", *Journ. dr. int.*, t. 91, 1966, pp. 26 ss; M.M. Moore, "International Arbitration between States and Foreign Investors: The World Bank Convention", *Stanford L. Rev.*, vol. 18, pp. 1359–1380; G. Sacerdoti, "La convenzione di Washington del 1965 per la soluzione delle controversie tra Stati e nazionali di altri Stati in materia di investimenti", *Riv. dir. int. pr. proc.*, vol. 5, 1969, pp. 614 ss.

cial foro arbitral a escala mundial para la resolución de controversias entre inversionistas y Estados⁸⁴.

19. Esta modalidad de arreglo de controversias posee un contenido eminentemente unilateral; de ahí que un sector doctrinal le denomine "arbitraje transnacional unilateral"⁸⁵, en referencia casi exclusiva a los arbitrajes sobre inversiones, pero también experimenta una vinculación muy estrecha, nada pacífica desde el punto de vista doctrinal, con el arbitraje comercial internacional en cuestiones tales como el nombramiento y recusación de árbitros o el procedimiento arbitral. No es infrecuente que los contenciosos en materia de inversiones se sometan a arbitraje administrado por instituciones cuyo objeto principal es el arbitraje comercial. Por lo pronto debe tenerse muy presente que esta modalidad de arbitraje ha contribuido decisivamente al desarrollo del arbitraje comercial internacional⁸⁶.

Y es que, el arbitraje de inversiones no puede desconocer este influjo mercatorista⁸⁷, aunque en la actualidad, a raíz de la multiplicación de las controversias arbitrales originadas por convenciones internacionales, esté adquiriendo rasgos específicos propios⁸⁸. Ha de tenerse presente que el origen del arbitraje de inversión se encuentra en la concepción contractual del arbitraje. No en vano, los contenciosos en materia de inversiones suelen elevarse a centros de arbitraje especializados en esta última modalidad, como por ejemplo, la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI, el Instituto de arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo o la Corte Internacional de Arbitraje de Londres. Incluso, el CIADI, en tanto que institución arbitral especializada para litigios de inversión, también fue ideado, como vimos, para resolver controversias de origen contractual, aunque el devenir de los acontecimientos y la práctica convencional de los Estados ha derivado hacia el Derecho internacional público. Y, por descontado, si se elige

⁸⁴ S. Manciaux, *Investissements étrangers et arbitrage entre états et ressortissants d'autres états: trente années d'activité du CIRDI*, París, Litec, 2004.

⁸⁵ *Inter alia*, vid. W. Ben-Hamida, *L'arbitrage transnational unilatéral. Réflexions sur une procédure réservée à l'initiative d'une personne privée contre une personne publique*, thèse Paris II, 2003.

⁸⁶ B. Legum, "Investment Treaty Arbitration's Contribution to International Commercial Arbitration", *Disp. Res. J.*, vol. 60, n° 3, 2005; B. Cremades, "Arbitraje internacional: del arbitraje comercial internacional...", *loc. cit.*, pp. 545-552.

⁸⁷ F. Kundmüller y R. Rubio Guerrero, "El arbitraje del CIADI y el Derecho internacional de las inversiones: un nuevo horizonte", *Lima Arbitration, Revista del Círculo Peruano de Arbitraje*, n° 1, 2006, pp. 69-112.

⁸⁸ J.C. Fernández Rozas, *Sistema de Derecho económico internacional*, Cizur Menor (Navarra), Thomson-Aranzadi, 2010, n° 32.

un opción *ad hoc*, ésta se suele instrumentar a través del cauce del Reglamento Uncitral que, en su origen, estaba concebido exclusivamente para relaciones comerciales⁸⁹. A partir de aquí puede afirmarse que desde los primeros contenciosos los operadores jurídicos involucrados, se apresuraron a proyectar en este sector el acervo acrisolado por el arbitraje comercial⁹⁰. No obstante, la práctica reciente del arbitraje de inversión evidencia que esa concepción del consentimiento, propia del arbitraje comercial, se desvanece en lo que se ha denominado, con evidente acierto, "consentimiento genérico", con lo cual, cuando el Estado presta su consentimiento en un Tratado internacional no lo presta respecto a un inversor determinado.

20. El arbitraje de inversiones se escapa del estricto marco contractual, donde se ha ubicado durante mucho tiempo, para convertirse en una especie de instrumento de control del respeto por parte de los Estados de la legalidad en el ámbito económico; por esto la cuestión de la verificación del cumplimiento de las obligaciones contractuales se desplaza a la verificación, desde la perspectiva de un particular, del cumplimiento por parte del Estado de sus obligaciones internacionales⁹¹. Dicho en otros términos, la determinación de la existencia de una obligación prevista en un tratado o en una ley interna⁹² desplaza a la verificación de la voluntad inequívoca de las partes inherente al arbitraje comercial internacional. Ello entraña un significativo elemento diferencial: que en la mayor parte de los contenciosos sobre inversiones una de las cuestiones protagonistas en la labor de los árbitros es la verificación de si los demandantes pueden acogerse a esta modalidad arbitral lo que obliga, inexorablemente, a un pronunciamiento previo en torno a la noción de inversión⁹³ y a la nacionalidad del inversor, cuestiones también ajenas al arbitraje comercial convencional. Por ejemplo, en el arbitraje ante el CIADI se ajusta a controversias de

⁸⁹ I. Iruretagoiena Agirrezabalaga, "Alejamiento del paradigma contractual del arbitraje de inversión", *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. VIII, 2008, pp. 595–614, esp. p. 598.

⁹⁰ D.D. Caron, "Interim Measures of Protection: Theory and Practice in Light of the Iran United States Claims Tribunal", *Zeitschrift für Ausländisches Öffentliches Recht und Völkerrecht*, vol. 46, 1986, pp. 465–518, esp. p. 472.

⁹¹ G. Burdeau, "Nouvelles perspectives pour l'arbitrage dans le contentieux économique intéressant les États", *Rev. arb.*, 1995, pp. 3–37; Y. Shany, "Contract Claims vs. Treaty Claims: Mapping Conflicts Between ICSID Decisions on Multisourced Investment Claims", *Am. J. Int'l L.*, 2005, pp. 835–851.

⁹² *V.gr.*, art. 15 Decreto 732: Ley de inversiones extranjeras de El Salvador, de 14 de octubre de 1999.

⁹³ F. Yala, "The Notion of 'Investment' in ICSID Case Law: A drifting Jurisdictional Requirement?", *J. Int'l Arb.*, vol. 22, n° 2, 2005, pp. 105–125.

naturaleza jurídica, que surjan directamente de una inversión, y entre un Estado contratante y un nacional de otro Estado contratante (art. 25.1º Convenio de Washington)⁹⁴; de ahí la importancia de determinar si una inversión califica como tal según las disposiciones del Convenio⁹⁵.

No se establece, como en el arbitraje comercial, un sistema de solución de controversias entre partes presuntamente iguales, sino un procedimiento de protección de inversionistas extranjeros que, como regla general, en el compromiso de base se hallan en una situación de desigualdad al estar expuesto a la soberanía y a las potestades gubernamentales de un Estado en materia reglamentaria, administrativa y de otro género. De ahí que dicho sistema repose en la “protección” contra el riesgo gubernamental que ofrecen los tratados de inversiones, para “promover” y hacer más atractiva a la economía del Estado receptor. Como pusiera de relieve en su opinión individual el árbitro Thomas Wälde

“Aunque se invocan las formas y procedimientos del arbitraje comercial internacional, a los efectos de su aplicación es necesario tener en cuenta que su finalidad es regir el procedimiento, pero no introducir principios, normas y conceptos jurídicos sustanciales usados en el arbitraje comercial internacional en controversias cualitativamente diferentes sobre inversiones entre un inversionista extranjero y el Estado receptor. El arbitraje comercial internacional supone partes más o menos iguales que llevan a cabo complicadas transacciones comerciales internacionales. El arbitraje en materia de inversiones difiere fundamentalmente del arbitraje comercial internacional: rige la situación de un inversionista extranjero expuesto a la soberanía y a las potestades gubernamentales de un Estado en materia reglamentaria, administrativa y de otro género”⁹⁶.

V. Perfiles ius-publicistas del arbitraje de inversiones

1. Un supuesto “subsistema” del ordenamiento internacional

21. Nos hallamos ante controversias que, con independencia de la índole heterogénea de los sujetos, están sometidas al Derecho internacional público, lo que las aleja, en rigor, de las privativas de las

⁹⁴ P. Bernardini, “ICSID versus Non-ICSID Investment Treaty Arbitration, *Liber amicorum Bernardo Cremades*, Madrid, La Ley, 2010, pp. 159–188, esp. pp. 168–171.

⁹⁵ *V.gr.*, si ésta contribuye al desarrollo económico del Estado receptor. *Malaysian Historical Salvors, SDN, BHD / Malaysia*, Caso CIADI N° ARB/0510 y nota de I. Iruretagoiena Agirrezabalaga, *Arbitraje. Revista de arbitraje comercial y de inversiones*, vol. II, 2009, n° 3, pp. 805–814.

⁹⁶ Opinión independiente del árbitro Thomas Wälde, en el arbitraje realizado conforme al Capítulo XI del TLCAN y a las Reglas de Arbitraje de la Cnudmi: *International Thunderbird Gaming / Estados Unidos Mexicanos*, 26 de enero de 2006, Párrafo 12. [http://www.economia.gob.mx/swb/work/models/economia/Resource/434/1/images/Controversias/Casos_Mexico/Thunderbird\)laudos/opinion_ind.pdf](http://www.economia.gob.mx/swb/work/models/economia/Resource/434/1/images/Controversias/Casos_Mexico/Thunderbird)laudos/opinion_ind.pdf)

transacciones privadas internacionales. El Derecho internacional de las inversiones pertenece por entero al Derecho internacional público, pues comporta el control del ejercicio del poder público, proporcionando a las entidades de carácter no estatal la posibilidad de ejercer acciones directas contra el Estado receptor de la inversión. Este sistema normativo, al actuar escala mundial y al manifestarse a través de normas reiteradas en los numerosos tratados bilaterales y otros instrumentos de carácter multilateral (*International Investment Agreements*), que en la práctica han armonizado a escala mundial el trato a los inversores, ha dado lugar a un Derecho internacional de inversiones de carácter global⁹⁷. Una cosa es el reconocimiento a los entes privados de una capacidad funcional para ejercitar los derechos derivados de un contrato internacionalizado suscrito por ellos, y otra muy distinta concederles personalidad jurídica internacional plena, razón por la cual los arbitrajes en que estos entes privados participan no pertenecen a la esfera del arbitraje comercial internacional ni tampoco al arbitraje privativo del Derecho internacional público, esto es, entre sujetos de Derecho internacional general. Al igual que acontece en otros sectores del Derecho internacional público, donde el individuo ha conseguido un cierto *ius standi* internacional, los tribunales arbitrales son conscientes de que este tipo de controversias son de carácter heterogéneo y se producen entre un sujeto soberano de Derecho internacional y una entidad privada esencialmente en el marco del denominado "Derecho internacional de las inversiones extranjeras"⁹⁸.

Dentro de la actual fragmentación del Derecho internacional, por la carencia en este último de instituciones centralizadas que aseguren la homogeneidad de los distintos subsistemas o regímenes⁹⁹, surge así un ordenamiento específico dentro de lo que la doctrina califica de "normas primarias" y "normas secundarias"¹⁰⁰. Si se quiere, un "subsistema" integrado dentro del Derecho internacional general caracterizado por la existencia de unos principios específicos de protección en contra ciertas acciones estatales, que incorpora la posibilidad de

⁹⁷ Vid., por todos, S.W. Schill, *The Multilateralization of International Investment Law*, Cambridge University Press, 2009; *id.*, *International Investment Law and Comparative Public Law*, Oxford University Press, 2010.

⁹⁸ A. Lowenfeld, "Investment Agreements and International Law"; *Columbia J. Trans'l L.* (The Regulation of Foreign Direct Investment Essays), 2003, pp. 123–129.

⁹⁹ G. Hafner, "Risks Ensuing from Fragmentation of International Law", *Official Records of the General Assembly*, Fifty-fifth session, Supplement No. 10 (A/55/10).

¹⁰⁰ En términos generales son válidas aquí las consideraciones vertidas para la solución de controversias en el ámbito de la OMC. Vid. X. Fernández Pons, *La OMC y el Derecho internacional. Un estudio sobre el sistema de solución de diferencias de la OMC y las normas secundarias del Derecho internacional general*, Madrid, M. Pons, 2006.

demandar directamente al Estado receptor de la inversión ante instancias internacionales por parte de los particulares¹⁰¹. Semejante bloque normativo no pudo dejar de sembrar el desconcierto en los operadores jurídicos acerca de los peligros de la creciente especialización y atomización de una disciplina secularmente consolidada¹⁰².

El Derecho internacional público sigue siendo la fuente principal en esta materia y el Convenio de Viena de 1969 el punto de referencia constante en la aplicación y en la interpretación de los APPRI y otros tratados de protección de inversiones. No debe olvidarse que estos instrumentos despliegan sus efectos un marco legal muy especializado: la reclamación de un particular contra una Administración pública en relación con una conducta observada por ésta que ha afectado a sus intereses; algo muy diverso de un contencioso entre Estados soberanos en el que los particulares carecen en absoluto de legitimación. Consecuentemente, si es menester buscar analogías, debe estudiarse el arbitraje de inversiones junto a otros contenciosos donde se ventila una reclamación frente una determinada conducta gubernamental, *v.gr.*, las controversias que se llevan a cabo en el seno de la OMC ante el Órgano de solución de diferencias o ante el Órgano de apelación¹⁰³ y, más concretamente, la posibilidad de arbitraje que el art. 25 del

¹⁰¹ O. Casanovas y La Rosa, *Unity and Pluralism in Public International Law*, La Haya, Nijhoff, 2001. La solución a los eventuales conflictos entre los sub-sistemas del ordenamiento internacional ha contado con una respuesta de la CIJ en el asunto de las *Plataformas petrolíferas* (Irán / EE UU), Sentencia 6 de noviembre de 2003, *CIJ Recueil 2003*, pp. 161 ss, <http://www.icj-cij.org/docket/files/90/9714.pdf>. *Vid.*, asimismo, M.D. Varela, "La complexité croissante du système juridique international: certains problèmes de cohérence systémique", *Rev. belge dr. int.*, vol. 36, n° 2, 2003, pp. 331–376; I. Forcada, "El ordenamiento jurídico internacional entre el caos y el orden: consecuencias de la fragmentación del 'sistema' para una docencia socialmente significativa", [http://www.reei.org/reei%2011/I.Forcada\(reei11\).pdf](http://www.reei.org/reei%2011/I.Forcada(reei11).pdf).

¹⁰² *Vid.* Informe del Grupo de Estudio de la Comisión de Derecho Internacional preparado por M. Koskeniemi, *Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law*, A/CN.4/L.682, 13 abril 2006, par. 22. http://untreaty.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_l682.pdf.

¹⁰³ El mecanismo general de solución de diferencias posee un carácter unitario y estructurado a través del "Órgano de Solución de Diferencias" (OSD) y de un mismo conjunto de normas de procedimiento contenidas en un instrumento específico, el Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias, lo que dota de un carácter integrado al sistema. El referido mecanismo está compuesto por un conjunto de normas secundarias, en el sentido expresado por N. Bobbio, de Derecho internacional, calificadas "de adjudicación", cuyo objetivo es la garantía de la aplicación de las normas emanadas de la OMC. *Vid.* J.C. Fernández Rozas, *Sistema de Derecho económico internacional*, *op. cit.*, n°s 77–81; I. Blázquez Navarro, "Cumplimiento del Derecho internacional en el sistema de solución de diferencias de la OMC", *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LVIII, 2006, pp. 175–203.

Entendimiento ofrece¹⁰⁴. Dicho en otros términos, una analogía derivada del eventual abuso del poder gubernamental en detrimento de una persona o entidad privada que haya confiado y podido confiar legítimamente en las garantías gubernamentales recibidas.

22. Corolario de todo ello es un cambio sustancial en el tratamiento de instituciones clave del Derecho internacional público, pues hasta finales de los años cincuenta del pasado siglo las relaciones entre los inversores extranjeros y los Estados se regían y exclusivamente por este ordenamiento contando el inversor extranjero para la defensa de sus intereses con dos posibilidades muy poco eficaces y de complicada realización. Demandar al Estado ante los tribunales locales aplicando con una vocación decidida a aplicar la *lex fori*, o solicitar al Estado de su nacionalidad la protección diplomática. Mas esta última no siempre se hacía efectiva, puesto que ningún Estado estaba obligado por el Derecho internacional a poner en marcha a favor de sus nacionales ese tipo de reclamación¹⁰⁵. Asimismo, en virtud de una acreditada norma consuetudinaria un Estado no se hacía cargo de esa clase de reclamaciones a menos que el particular perjudicado hubiese agotado todas las vías de resarcimiento disponibles en la legislación del país en que se hubiera planteado la diferencia. Semejante postulado de agotamiento de los recursos locales apuntaba a asegurar que la diferencia no pasara al plano internacional, a menos que se hubiera permitido al Estado que presuntamente había cometido el acto ilícito la ocasión de resolver la controversia apelando a su propio sistema jurídico¹⁰⁶. Y ello pese a que debamos reconocer que la referida penetración del individuo en el ordenamiento internacional como destinatario directo de derechos y obligaciones, y en ocasiones protagonista cualificado en los procesos de aplicación de normas, diese lugar a una

¹⁰⁴ Dicho precepto contempla la posibilidad de un procedimiento rápido de arbitraje en el seno de la OMC para determinados litigios que tengan por objeto cuestiones claramente definidas por ambas partes. El mecanismo, regulado de manera muy sucinta, está determinado por las reglas generales que rigen el arbitraje comercial internacional, sobre todo en lo que concierne a la autonomía de la voluntad de las partes en orden al procedimiento a seguir y a la obligación de respetar el laudo, aplicándose en este caso las previsiones previstas para los informes adoptados por los Grupos Especiales o por el OA.

¹⁰⁵ Desde el punto de vista de la práctica española *vid.* P. Andrés Sáenz de Santa María, "Discrecionalidad en el ejercicio de la protección diplomática y responsabilidad del Estado en el orden interno", *Anuario de Derecho Internacional*, vol. III, 1976, pp. 321–346 y M. Díez de Velasco Vallejo, "Protección diplomática e inactividad del Estado: La práctica española", *Paces Artis. Obra homenaje al Profesor Julio González Campos*, vol. I, Madrid, Eurolex, 2005, pp. 187–209.

¹⁰⁶ *Wintershall Aktiengesellschaft / República Argentina* (Caso CIADI n° ARB/04/14), Laudo 8 de diciembre de 2008, n° 110.

“reformulación de la naturaleza de la protección diplomática, de su operatividad procesal y de los requisitos de aplicación”¹⁰⁷.

Es suficientemente conocido el punto de inflexión del antiguo sistema con el actualmente vigente tras la firma, en 1959, del primer tratado de protección de inversiones extranjeras entre Alemania y Pakistán que, aunque incluía un margen de protección muy reducido hacia el inversor, inauguró un nuevo modelo defensor de los intereses de este último¹⁰⁸. Un modelo que, reposando en un tratado internacional, posibilitaba solventar los peligros de demandar directamente al Estado receptor de la inversión por parte del Estado de la nacionalidad del perjudicado ante un tribunal arbitral internacional (*v.gr.*, el asunto de la *Barcelona Traction*¹⁰⁹) incluyendo disposiciones expresas para que el particular defendiese directamente sus intereses con el recuso, entre otros, al arbitraje¹¹⁰.

2. Sometimiento al Derecho internacional

23. El arbitraje de inversiones reposa en un tratado internacional suscrito entre el Estado receptor de la inversión y el Estado de la nacionalidad del inversionista por eso en este particular supuesto podemos hablar en términos generales de “arbitraje sin vínculo contractual”. Nos hallamos, pues, ante un procedimiento arbitral de carácter internacional y mixto, esto es, que otorga legitimación activa al inversor para solicitar un arbitraje de inversiones contra el Estado receptor

¹⁰⁷ Cf. F.J. Quel López, “Nueva aproximación a una institución clásica: la necesaria adaptación de la protección diplomática a los actores y factores presentes en la actual sociedad internacional”, *Cursos de Derecho internacional de Vitoria–Gasteiz*, 2002, pp. 343.

¹⁰⁸ *UNTS*, 24, p. 457. *Vid.* A. Newcombe y L.I. Paradell, *op. cit.*, p. 42.

¹⁰⁹ *Vid.* Ch. Staker, “Diplomatic Protection of Private Business Companies: Determining Corporate Personality for International Law Purposes”, *British Yearb. Int'l. L.*, vol. 61, 1990, pp. 155–174. Desde círculos “mercatoristas” se entiende que la tradicional concepción de la nacionalidad de las sociedades está superada por la liberalización y globalización de los mercados financieros y donde habitualmente las empresas constituidas bajo el Derecho de un Estado son organizadas controladas y gestionadas por nacionales de otro, situación esta reconocida y amparada por los acuerdos de inversiones (*vid.*, por todos, G. Sacerdoti, “Bilateral Treaties and Multilateral Instruments on Investment Protection”, *R. des C.*, t. 269, 1997, pp. 339–378).

¹¹⁰ *Vid.*, *v.gr.*, art. 27 Convenio de Washington de 18 de marzo de 1965 que contempla expresamente la renuncia del Estado al ejercicio de la protección diplomática y a promover “reclamación internacional respecto de cualquier diferencia que uno de sus nacionales y otro Estado Contratante hayan consentido en someter o hayan sometido a arbitraje conforme a este Convenio, salvo que este último Estado Contratante no haya acatado el laudo dictado en tal diferencia o haya dejado de cumplirlo”. *Vid.* B. Juratowitch, “The Relationship Between Diplomatic Protection and Investment Treaties”, *ICSID Rev.—FILJ*, vol. 23, n° 1, 2008, pp. 10–35.

a resultas de la violación del APPRI, e incluso de un incumplimiento contractual que alcanzara esa misma naturaleza en virtud de una cláusula de cobertura (*umbrella clause*)¹¹¹. Es evidente que cuando se produce una controversia la cuestión concerniente al procedimiento arbitral descansa en un tratado internacional sometido al Derecho internacional que cuenta con principios que no pueden ser ignorados como el de trato justo y equitativo¹¹² o los del trato nacional, trato de nación más favorecida¹¹³ o plena protección y seguridad. Dicho principios han sido esgrimidos en supuestos de arbitrariedad a partir de la doctrina emanada por la Corte Internacional de Justicia¹¹⁴. Una vez que el Estado acepta la obligatoriedad de un laudo, el incumplimiento por su parte pone en juego su responsabilidad; por lo tanto, como ocurre con los acuerdos de transacción, el arbitraje interestatal ofrece una importante nota diferencial.

En virtud del Derecho internacional vigente, ningún Estado puede ser obligado a participar en un mecanismo de solución de controversias sin su consentimiento. Ahora bien, frente a la posición del Derecho internacional general que contempla la renuncia a la aplicación

¹¹¹ G. Kaufmann-Kohler, "L'arbitrage d'investissement: entre contrat et traité, entre intérêts privés et intérêts public", *La revue libanaise d'arbitrage arabe et international*, n° 32, 2004, pp. 9–15. <http://www.lk-k.com/data/document/arbitrage-investissement-entre-contrat-traite-entre-interets-privés-interet-public-i.e.pdf>.

¹¹² *V.gr.*, el art. 1105.1° TLCAN establece que "Cada una de las Partes otorgará a las inversiones de los inversionistas de otra Parte, trato acorde con el derecho internacional, incluido trato justo y equitativo, así como protección y seguridad plenas". *Vid.* S. Vascianine, "The Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law and Practice", *British Yearb. Int'l. L.*, vol. 70, 1999, pp. 99 ss; C. Schreuer, "Fair and Equitable Treatment in Arbitral Practice", *The Journal of World Investment & Trade*, vol. 6, n° 3, 2005, pp. 357–386.

¹¹³ Pese a advertir la existencia de ciertos límites la decisión sobre excepciones a la jurisdicción de 25 de enero de 2000 en el asunto *Emilio Agustín Maffezini / Reino de España* (Caso CIADI n° ARB/97/7) el tribunal arbitral afirmó que "si un tratado con un tercero contiene disposiciones para la solución de controversias que sean más favorables para la protección de los derechos e intereses del inversor que aquellos del tratado básico, tales disposiciones pueden extenderse al beneficiario de la cláusula de la nación más favorecida pues son plenamente compatibles con el principio *ejusdem generis*. Naturalmente que el tratado con el tercero tiene que referirse a la misma materia del tratado básico, sea ésta la protección de inversiones extranjeras o la promoción del comercio, puesto que las disposiciones sobre solución de controversias se aplicarán en el contexto de estas materias; de otro modo se incurriría en contravención de dicho principio" (*ILR*, vol. 124, par. 22, p. 14). *Vid.*, las consideraciones de E. Gaillard en el asunto *Telenor Mobile Communications A.S. / The Republic of Hungary* (Caso CIADI n° ARB/04/15) Laudo de 13 de septiembre de 2006 (*La jurisprudence du CIRDI*, vol. II, París, Pedone, 2010, pp. 300 ss).

¹¹⁴ Asunto *Elettronica Sicula SpA (ELSI) (EE UU / Italia)* [1989] *ICJ Rep.* 15, 76. La CIJ estableció que la "arbitrariedad es una omisión dolosa del debido procedimiento legal, un acto que hiere o al menos sorprende, al sentimiento de corrección jurídica".

de la regla del agotamiento de manera sumamente restringida, en esta modalidad arbitral la formulación de renunciaciones expresas o la admisión de renunciaciones tácitas ha llegado incluso a modificar la presunción tradicional en favor del particular lesionado. Esta tendencia ha sido reconocida expresamente en el art. 26 del Convenio de Washington en el que se determina que el consentimiento de las partes al procedimiento de arbitraje se considerará como consentimiento a dicho arbitraje con exclusión de cualquier otro recurso¹¹⁵.

24. Los laudos en el arbitraje unilateral están contruidos a partir del Derecho internacional público¹¹⁶, sin perjuicio de que éste pueda hacer remisión al Derecho interno de un determinado Estado, en tanto que en el arbitraje comercial los laudos derivan directamente de las previsiones efectuadas por las partes respecto al Derecho que debe ser aplicado¹¹⁷. Es relevante el papel que cumple el Derecho internacional en el contexto del art. 42 de la Convención de Washington y la relación que tiene con el Derecho interno, estando ampliamente respaldada la opinión que otorga al Derecho internacional una doble función complementaria y correctora. De esta suerte el Derecho internacional cubrirá las lagunas del Derecho interno aplicable en cada caso y corregirá las disposiciones internas que vayan en contra o violen el Derecho internacional¹¹⁸. Entre otros precedentes de la práctica que

¹¹⁵ El tribunal arbitral en el asunto *Maffezini* afirmó que "la terminología del art. 26 deja claro que salvo que el Estado contratante haya condicionado su consentimiento respecto del arbitraje CIADI al previo agotamiento de los recursos internos no será aplicable tal requisito. El art. 26 modifica la regla clásica de Derecho internacional general que implica el agotamiento de los recursos internos salvo renuncia expresa o tácita" (*Emilio Agustín Maffezini / Reino de España*, Caso CIADI n° ARB/97/7, *loc. cit.*). Vid. J. Quel López, "El agotamiento de los recursos internos: criterios uniformes de aplicación en la jurisprudencia y en la codificación internacional", *Pacis artes. Obra homenaje al profesor Julio D. González Campos*, vol. I, Madrid, Eurolex, 2005, pp. 499–527.

¹¹⁶ En este contexto, el empleo de la noción "Derecho internacional", se entiende en el sentido que le atribuye el art. 38.1° del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, si bien teniendo en cuenta que el expresado precepto está destinado a aplicarse a diferencias entre Estados (*cf.* "Informe de los Directores del Banco respecto del CIADI", <http://www.worldbank.org/icsid/basicdoc/basicdoc.htm> (junio 2006)).

¹¹⁷ Vid. A. Prujiner, "L'arbitrage unilateral: un coucou dans le nid de l'arbitrage conventionnel?", *Rev. arb.*, 2005, pp. 63–99.

¹¹⁸ C.H. Schreuer, *The ICSID Convention: a Commentary*, 2ª ed., Cambridge University Press, 2009, p. 623. Esta doble función se vio claramente recogida en las sentencias arbitrales de los comités *ad hoc* que conocían de los recursos de anulación de las decisiones emitidas en los asuntos *Klöckner Industrie-Anlagen GmbH y otros c. República Unida de Camerún y Société Camerounaise des Engrais*, Caso CIADI n° ARB/81/2, Decisión sobre Solicitud de Anulación, 3 de mayo, 1985 y *Amco Asia Corporation c. República de Indonesia*, Caso CIADI n° ARB/81/1, Decisión sobre Solicitud de Anulación, 17 de diciembre, 1992. Vid. E. Gaillard e Y. Banifatemi, "The Meaning of 'and' in Article 42(1),

respaldan esta afirmación, cabe referirse a los asuntos *Loewen*¹¹⁹ y *Wena Hotel / Egipto*¹²⁰.

25. La interpretación que realizan los tribunales arbitrales de los términos establecidos en los APPRI o en los contratos de inversión, muchas veces redactados de forma imprecisa han sido objeto de críticas por ser con mucha frecuencia decisiones contradictorias. Es una consecuencia de la inexistencia de una metodología de interpretación propia del CIADI a diferencia de lo que ocurre en otros subsistemas como, por ejemplo, los derivados de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos o del Órgano de apelación de la OMC, que cuentan con unas técnicas interpretativas propias¹²¹. Debe reconocerse que el valor de la jurisprudencia arbitral en el sistema del CIADI es una cuestión polémica, sobre todo a raíz de un *obiter dictum* recogido en la decisión sobre jurisdicción en asunto *SGS / Philippines* (2004) según la cual si bien las decisiones de los diversos tribunales arbitrales administrados por el CIADI deben de mantener una coherencia entre ellas, corresponde a cada tribunal arbitral individual ejercer su competencia conforme al Derecho aplicable que, inevitablemente, será diferente para cada APPRI en particular¹²². Ciertamente, no exis-

Second Sentence, of the Washington Convention: The Role of International Law in the ICSID Choice of Law Process", *ICSID Rev.—FILJ*, vol. 18, n° 2, 2003, pp. 375–411 y, con carácter general, N. Zambrana Tévar, *La determinación del Derecho aplicable al fondo en el arbitraje de inversiones*, Cizur Menor, Thomson—Reuters, 2010.

¹¹⁹ *The Loewen Group, Inc. y Raymond L. Loewen* (Caso CIADI n° ARB (AF)/98/3). Laudo de 26 de junio de 2003. El tribunal puso de relieve que las violaciones discriminatorias de la ley local equivalían a una injusticia manifiesta de acuerdo con el Derecho internacional si bien, cuando se suscite el nivel mínimo de trato propio del Derecho internacional en un caso en particular en relación con una reclamación de acción judicial —es decir, denegación de justicia— lo que importa es el sistema de justicia y no una decisión particular tomada durante el transcurso de los procedimientos. *Vid.* A. Mourre y A. Vagenheim, "Some Comments on Denial of Justice in Public and Private International Law After Loewen and Saipem", *Liber amicorum Bernardo Cremades*, Madrid, La Ley, 2010, pp. 843–866.

¹²⁰ En este caso el tribunal sostuvo que "las reglas del Derecho internacional que tienen que ver en forma directa o indirecta con el consentimiento del Estado, deben prevalecer sobre el Derecho interno que pueda ser incompatible con dichas reglas de Derecho internacional. En este contexto no se puede concluir que el recurrir a las normas del Derecho internacional bajo los preceptos del tratado CIADI o bajo determinados tratados que tengan que ver con la materia controvertida, pueda implicar un proceder antagónico con los intereses nacionales del Estado": *Wena Hotels Limited / República Árabe de Egipto* (Caso CIADI n° ARB/98/4).

¹²¹ F. Latty, "Les techniques interprétatives du CIRDI"; *Rev. gén. dr. int. pub.*, 2011, pp. 459-480, esp. pp. 461-469.

¹²² "In the Tribunal's view, although different tribunals constituted under the ICSID system should in general seek to act consistently with each other, in the end it must be for each tribunal to exercise its competence in accordance with the applicable law, which

te ninguna autoridad unificadora de doctrina ni regla alguna de Derecho internacional que imponga en este tipo de arbitrajes el carácter obligatorio de los precedentes. Pero no puede ignorarse que el Derecho de la protección de inversiones se ha desarrollado como un auténtico Derecho pretoriano del que es muy difícil prescindir para los árbitros que despliegan su misión en este especial sector¹²³. Por consiguiente, aunque en el Derecho internacional no rige la obligación de respetar este tipo de precedentes, esos laudos y sus fundamentos forman parte de una jurisprudencia emergente de Derecho sobre inversiones internacionales y los Tribunales arbitrales no prescinden, antes al contrario, de ellos. Es más, caso apartarse de una determinada línea establecida, los árbitros acostumbran a dedicar un esfuerzo considerable para explicar la razón de la desviación. Esta es otra diferencia significativa con respecto al arbitraje comercial, donde los laudos se emiten exclusivamente para partes privadas y, por lo general, no se publican.

Al margen de su valor de los precedentes y frente a críticas apresuradas, que abogan por la simplicidad de los fallos, a partir de una mala práctica seguida en el arbitraje comercial que apunta a razonamientos breves, con deficiente motivación y generaliza *infra petita*, la evaluación de las decisiones en el arbitraje de inversiones ha recibido una alta calificación no sólo en la consolidación de una doctrina sino, incluso, es su repercusión en el devenir general del Derecho internacional público¹²⁴ y en sectores muy sensibles del mismo como el Derecho de los tratados (negociación, interpretación y aplicación) y otras fuen-

will by definition be different for each BIT and each Respondent State. Moreover there is no doctrine of precedent in international law, if by precedent is meant a rule of the binding effect of a single decision.³⁰ There is no hierarchy of international tribunals, and even if there were, there is no good reason for allowing the first tribunal in time to resolve issues for all later tribunals. It must be initially for the control mechanisms provided for under the BIT and the ICSID Convention, and in the longer term for the development of a common legal opinion or jurisprudence constante, to resolve the difficult legal questions discussed by the SGS / Pakistan Tribunal and also in the present decision". SGS Société Générale de Surveillance S.A. / Republic of Philippines. Caso CIADI n° ARB/02/02/6, Decisión sobre jurisdicción de 29 de enero 2004, párr. 97. [http://cil.nus.edu.sg/rp/id\)arbcases/pdf\)SGS_v_Philippines-pdf.pdf](http://cil.nus.edu.sg/rp/id)arbcases/pdf)SGS_v_Philippines-pdf.pdf).

¹²³ Y. Derains, "Un demi-siècle de jurisprudence: à la coïssée de chemins. Le point de vue d'arbitre", *La lettre du Centre d'études prospectives et d'information internationales*, n° 244, abril, 2005, (L'arbitrage relatif aux investissements: nouvelles dynamiques internationales), pp. 5–8.

¹²⁴ M. Forteau, "La contribution au développement du droit international général de la jurisprudence arbitrale relative aux investissements étrangers", *Anuário brasileiro de direito internacional*, IV, vol. 1, 2009, pp. 11–39.

tes del ordenamiento internacional, responsabilidad internacional y procedimientos de arreglo internacionales¹²⁵.

3. Particularidades procedimentales

26. La incorporación de las modalidades de arreglo prevista en los tratados de inversión ha chocado abiertamente, como era de esperar, con los procedimientos existentes con anterioridad y que conferían carácter protagonista a la actuación de los Tribunales del Estado receptor de la inversión con carácter protagonista, o que contemplaban el recurso a otras instancias internacionales. Aparentemente la presencia del Estado en el procedimiento arbitral pudiera tener como consecuencia un aumento de la "judicialización" del mismo¹²⁶, pero es aquí nuevamente donde la influencia de las prácticas procesales inherentes al arbitraje comercial han servido de freno a esa eventual expansión, al menos, en lo que concierne a las líneas generales del procedimiento. Cosa distinta es que la participación del Estado haya incrementado los incidentes previos para la determinación de la competencia del Tribunal arbitral, que algunas cuestiones concretas como las medidas cautelares presenten una especificidad propia o que las *anti-suit injunctions* puedan perturbar el normal funcionamiento del procedimiento arbitral¹²⁷.

También como particularidad, es frecuente en el arbitraje de inversiones la presencia de instancias diversas para resolver los contenciosos lo cual suscita múltiples cuestiones derivadas de la coexistencia de una amplia gama de procedimientos en presencia y da lugar a lo que se ha calificado "desorden procesal". Dichas cuestiones, que afectan directamente al arbitraje Estado-inversor, producen, siguiendo a W. Ben Hamida, tres tipos de conflictos en relación: a la solución de controversias de carácter contractual, a las previstas en las relaciones internas y a las determinadas en los compromisos internacionales¹²⁸. El primer supuesto parte de la existencia de una cláusula inserta en un contrato entre el Estado y el inversor que coexiste con la presencia

¹²⁵ F. Latty, "Arbitrage transnational et droit international général (2009)", *Ann. fr. dr. int.*, LV, 2009, pp. 683–726.

¹²⁶ B. Legum, "La réforme du CIRDI: vers une juridictionnalisation de l'arbitrage transnational", *Où va le droit international de l'investissement?: désordre normatif et recherche d'équilibre: actes du colloque organisé à Tunis les 3 et 4 mars 2006*, (F. Horchani, dir.), Paris, Pedone, 2007, pp. 283–287.

¹²⁷ E. Kleiman, "Les incidences politiques de la souveraineté sur l'arbitrage: les perturbations de la procédure arbitrale", *Rev. arb.*, 2003, pp. 827–849.

¹²⁸ W. Ben Hamida, "L'arbitrage Etat-investisseur face à un désordre procédural: la concurrence des procédures et les conflits de juridictions", *Ann. fr. dr. int.*, LI, 2005, pp. 564–602, esp. pp. 567–587.

de un tratado internacional y que nos conduce a la distinción del ámbito de las *contractual claims* y de las *treaty claim*¹²⁹, que es una de las cuestiones de mayor complejidad que suscita el Derecho de las inversiones internacionales pues decisiones de tribunales administrados por el del CIADI como, *v.gr.*, *Lanco International, Inc. / República Argentina*¹³⁰, *Vivendi II*¹³¹, *SGS / Pakistan, SGS*¹³² o *Philippines Bayindir Insaat Turizm Ticaret VE Sanayi AS / Islamic Republic of Pakistan*¹³³ no permiten establecer una línea uniforme, a pesar de las posibilidades ofrecidas por *Vivendi II*. La segunda manifestación conflictual se desprende de la iniciación de un pleito sobre la inversión directamente ante la jurisdicción de un Estado por así disponerlo su legislación interna cuando existe un tratado internacional que puede establecer otras posibilidades. Por último, debe atenderse a la concurrencia del procedimiento de arreglo de controversias previsto en un tratado internacional con los mecanismos alternativos previstos en otros tratados internacionales (*v.gr.*, Capítulo XI TLCAN).

27. El auge que esta experimentado la cuestión de la independencia e imparcialidad de los árbitros también ha salpicado a los arbitrajes de inversiones, señaladamente los desarrollados en el marco del CIADI¹³⁴. La existencia de relaciones entre los árbitros y las partes y/o con sus representantes no conduce inexorablemente a una situación de dependencia que justifique la recusación de un árbitro¹³⁵. El círculo del arbitraje es lo suficientemente reducido como para contemplar la posi-

¹²⁹ *Vid.*, por todos, B. Cremades. y D.J.A. Cairns, "Contract Claims and Treaty Claims and Choice of Forum in Foreign Investment Disputes", *Arbitrating Foreign Investment Disputes*, La Haya, Kluwer Law International, 2004, pp. 325–351; Y. Sahny, "Contract Claims v. Treaty Claims: Mapping Conflicts Between ICSID Decisions on Multi-Sourced Investment Claims", *Am. J. Int'l L.*, vol. 99, 2005, pp. 835 ss.

¹³⁰ Caso CIADI n° ARB/97/6. Decisión Preliminar del Tribunal, 8 de diciembre de 1998, *ILM*, vol. 40, 2001, p. 457.

¹³¹ *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal v. República Argentina*, Caso CIADI n° ARB/97/3, Decisión de anulación, 3 de julio de 2002 (*Vivendi II*). http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC550_Sp&caselId=C159

¹³² Caso CIADI n° ARB/02/6, Decision on Objections to Jurisdiction, 29 de enero 2004.

¹³³ Caso CIADI n° ARB/03/29, 14 de noviembre de 2005.

¹³⁴ Desde la perspectiva del Derecho internacional *vid.* "The Hague Principles on Ethical Standards for Counsel Appearing before International Courts and Tribunals (27 September 2010)", *Arbitraje. Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, vol. IV, 2011, pp. 609-611.

¹³⁵ J. Robert, "Influence sur la validité de l'arbitrage des rapports antérieurs des arbitres avec les parties", *Rev. arb.*, 1969, pp. 43–55; Ph. Fouchard, E. Gaillard y B. Goldman, *Traité d'arbitrage commercial international*, Paris, Litec, 1999, pp. 584 ss; J.L. Delvolvé, J. Roche y G.H. Pointon, *French Arbitration. Law and Practice*, La Haya, Kluwer Law International, 2003, pp. 97 ss.

bilidad de que los árbitros tengan o hayan tenido algún contacto de carácter profesional con las partes. Algunos contenciosos exigen una especialización y un conocimiento tan profundo de la materia abordada que reduce el círculo de los operadores o propicia la constante aparición, desde distintas posiciones procesales (árbitros, representantes legales, representantes corporativos, expertos, etc...), de un reducido número de juristas. Dicha situación, y la frecuencia de las interacciones de puestos en el arbitraje desempeñados por las mismas personas, atenta con frecuencia al principio de neutralidad de los árbitros¹³⁶. Diversas decisiones emanadas en el contexto del CIADI se han pronunciado sobre esta cuestión aunque no pueda extraerse una doctrina consolidada pues supuestos conflictos de interés han dado lugar a resultados diversos sobre la elegibilidad de un árbitro. En el caso *Holiday Inns / Marocco* el árbitro de la parte demandante tuvo que renunciar cuando divulgó que cuatro años antes había sido el director de uno de los demandantes¹³⁷. Por su parte, el caso *Amco / Indonesia*, la parte demandada recusó el árbitro nombrado por la parte demandante por el hecho de que antes de su nombramiento había asesorado personalmente en materia tributaria al accionista principal de la sociedad demandante; asimismo, su firma de abogados había también tenido, antes del comienzo del arbitraje, un arreglo para la distribución de utilidades con los abogados que representaban a las demandantes, si bien durante el periodo de dicho arreglo ni el accionista ni la demandante habían sido clientes de ninguna de dichas firmas de abogados. A pesar de lo razonable de la preocupación de la parte recusante la propuesta para descalificar fue rechazada por no considerarse lo suficientemente trascendente ante las circunstancias del caso¹³⁸.

En el caso *Zhinvali* la recusación se basó en la existencia de contactos ocasionales y puramente sociales entre el árbitro en cuestión y un ejecutivo que fue clave en la inversión de la parte demandante. Los otros dos árbitros insistieron en la ausencia de cualquier relación profesional o de negocios entre el árbitro y la persona involucrada, y concluyó que el sugerir que un contacto meramente ocasional y personal pudiera afectar manifiestamente el juicio de un árbitro, en la ausencia de hechos adicionales, era puramente especulativo y, en consecuencia

¹³⁶ P. Lalive, "Sur l'irresponsabilité arbitrale", *Etudes de Procédure et d'arbitrage en l'honneur de J.-F. Poudret*, Faculté de Droit de l'Université de Lausanne, 1999, pp. 419-435.

¹³⁷ *Holiday Inns S.A. and others / Morocco* (CIADI Caso No. ARB/72/1), *ICSID Ann. Rep.*, 1977, pp. 32 ss).

¹³⁸ Caso CIADI n° ARB/81/1, *Amco Asia Corporation and others / Republic of Indonesia*, Decision on the Proposal to Disqualify an Arbitrator, 24 junio 1982, no publicado.

desestimaron la recusación¹³⁹. Por último, en el asunto *Vivendi* el árbitro recusado había declarado que uno de sus socios en su firma de abogados prestado servicios de asesoría fiscal a la compañía predecesora de la entidad inversora y que no había tenido participación personal alguna con dicha actividad. En este caso los árbitros que decidieron sobre la recusación consideraron que la relación continua entre el socio y la entidad no era suficientemente significativa para estos efectos y, en consecuencia desestimaron la recusación¹⁴⁰.

28. El arbitraje de inversiones en los últimos tiempos está desarrollando perfiles propios en el ámbito de la privacidad y la confidencialidad. Estas notas precisan un ambiente de mayor transparencia pues la presencia de los Estados y otras entidades públicas en los procedimientos arbitrales afecta directamente a los intereses públicos¹⁴¹. Por este motivo, la confidencialidad, consustancial en el arbitraje comercial, cede en los arbitrajes en materia de inversiones a exigencias de publicidad y transparencia admitiendo, entre otras cosas, la participación de los denominados *amici curiae* en las deliberaciones ante los árbitros¹⁴², dentro de una dimensión que pretende vincular esta materia a la protección internacional de los derechos humanos¹⁴³. De esta suerte, la evolución del arbitraje de inversiones ha producido una tensión entre, de un lado, dos elementos arraigados en el arbitraje comercial: la privacidad y la confidencialidad y, de otro lado, el

¹³⁹ Caso CIADI n° ARB/00/1, *Zhinvali Development Ltd. / Republica de Georgia*, Decision on the Proposal to Disqualify an Arbitrator, 19 enero 2001, no publicado.

¹⁴⁰ Caso CIADI n° ARB/97/3, *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. & Vivendi Universal / República Argentina*, Decision on the challenge to the President of the Committee, *ICSID Rev.-FILJ*, pp. 182–196.

¹⁴¹ I. Iruretagoiena Agirrezabalaga, "Atenuación de los rasgos de confidencialidad y privacidad en el arbitraje de inversión", *Arbitraje. Revista de arbitraje comercial y de inversiones*, vol. I, n° 1, 2008, pp. 39–164. Un grupo de trabajo de la Uncitral se reunió del 7 al 11 de febrero de 2011 en Nueva York para debatir el acceso a la información sobre diferencias entre inversores y Estados, en virtud del Regl. Uncitral. La reunión marcó el segundo encuentro de delegaciones gubernamentales que están trabajando para llegar a un acuerdo sobre el tema de la transparencia en el contexto de las reglas de arbitraje de las Naciones Unidas, que son ampliamente utilizadas en los arbitrajes entre inversor y Estado.

¹⁴² A. Mourre, "¿Los *amici curiae* son la respuesta apropiada al interés público en la transparencia del arbitraje de inversión?", *Revista Brasileira de Arbitragem*, n° 12, 2007, pp. 60–72; B. Stern, "Un petit pas de plus: l'installation de la société civile dans l'arbitrage CIRDI entre Etat et investisseur", *Rev. arb.*, 2007, pp. 3–43; C. Knahr, "Transparency, Third Party Participation and Access to Documents in International Investment Arbitration", *Arb. Int'l*, vol. 23, n° 2, 2007, pp. 327–355; I. Maxwell, "Transparency in Investment Arbitration: Are *Amici Curiae* the Solution?", *Asian Int'l Arb'n J.*, vol. 3, n° 2, 2007, pp. 176–186.

¹⁴³ S. Manciaux, "L'implication d'investisseurs étrangers dans certaines violations des droits de l'homme", *Au coeur des combats juridiques* (E. Dockès, ed.), París, Dalloz, 2007, pp. 355–370.

interés público y la transparencia, con el triunfo evidente de estos últimos¹⁴⁴. Estas circunstancias aconsejan un estudio separado que tenga en cuenta la repercusión de todos estos elementos en el arbitraje de inversiones.

4. Revisión y anulación del laudo

29. Excluida la vía de apelación contra los laudos arbitrales el sistema del CIADI incorpora las vías de recurso habituales en la materia. El primero es el de revisión regulado en el art. 51.1º de la Convención de Washington, que deberá dirigir la parte interesada al Secretario General, caso de que: a) aparezca algún hecho relevante; b) sea susceptible de influir decisivamente en el laudo, y c) hubiere sido desconocido por el Tribunal y por dicha parte y que dicho desconocimiento no se deba a su propia negligencia¹⁴⁵. Dicho precepto es un trasunto del art. 61 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia¹⁴⁶ y esta proyección internacionalista abarca la carga de la prueba que se rige de conformidad con los postulados procesales establecidos por el Derecho internacional público conforme a los cuales ésta recae, *prima facie*, sobre la parte que solicita la revisión (*actor incumbit onus pro-*

¹⁴⁴ Y. Fortier, "Arbitrating in the Age of Investment Treaty Disputes", *The University of Southern of Wales L.J.*, vol. 31, nº 1, 2008, http://www.arbitration-icca.org/media/0/12232955433930/1116_001.pdf. Expresivo de esto es que en junio de 2005 el Comité de inversiones de la OCDE publicó una declaración en favor de una transparencia suplementaria en el arbitraje internacional de inversiones con el siguiente tenor: "*Les membres du Comité de l'investissement sont d'avis général qu'une transparence supplémentaire, en particulier concernant la publication des sentences arbitrales, sous réserve des sauvegardes nécessaires pour la protection d'informations confidentielles de nature gouvernementale ou des données sensibles des entreprises, est souhaitable afin d'accroître la bonne marche et l'acceptation par l'opinion publique de l'arbitrage international relatif aux investissements ainsi que de contribuer au développement continu d'une jurisprudence publique. Les membres du Comité de l'investissement partagent en général l'opinion que, dans la mesure où l'instance soulève des questions importantes d'intérêt public, il pourrait être souhaitable de permettre la participation de tiers, sous réserve toutefois de lignes directrices claires et précises*" (OECD Investment Committee, *Transparency and Third Party Participation in Investor-State Dispute Settlement Procedures Statement*, working paper 2005/1, <http://www.oecd.org/dataoecd/25/3/34786913.pdf>).

¹⁴⁵ *Vid.*, Víctor Pey Casado y Fundación Presidente Allende / República de Chile (caso CIADI nº ARB/98/2) procedimiento de revisión, decisión de 18 de noviembre de 2009, esp. párrafos 24 ss (<http://italaw.com/documents/Decisiundel18-11-2009Spanish.pdf>).

¹⁴⁶ *Vid.*, *v.gr.*, Decisión de 10 de diciembre de 1985 (solicitud de revisión y de interpretación del fallo del 24 de febrero de 1982 en el *Caso Relativo a la Plataforma Continental [Túnez-Libia]*) (*CIJ, Rec.*, 1985, p. 192); S. Torres Bernaldez, "Santiago. A propos de l'interprétation et de la révision des arrêts de la Cour internationale de justice", *Le droit international à l'heure de sa codification. Études en l'honneur de Roberto Ago*, vol. 3, Milán, Giuffrè, 1987, pp. 443-496.

bandi). Esto se refleja en las Reglas de arbitraje del CIADI, concretamente en la Regla 50(c)(ii).

Así configurado el recurso debe versar sobre el laudo final y no procede para los laudos interlocutorios como los que se pronuncian sobre la jurisdicción o sobre la adopción de medidas cautelares, salvo que estas cuestiones se incorporen al referido laudo final. Su interposición corresponde a una de las partes en el arbitraje y la solicitud debe ser especialmente precisa en lo que concierne a la identificación de los nuevos hechos, tanto respecto de la competencia como sobre el fondo del asunto, susceptibles de afectar de una manera sustancial al fallo; de suerte que de confirmarse a lo largo del procedimiento arbitral el tribunal hubiese llegado a una solución diferente. Por ello es menester aportar medios probatorios suficientemente acreditativos de tal circunstancia. Y, para que prospere, el solicitante debe también aseverar que no conocía el nuevo hecho antes de la firma del laudo.

30. La cuestión de la anulación de los laudos en el CIADI merece una consideración especial¹⁴⁷. A diferencia de los laudos comerciales internacionales, los que se dictan bajo la Convención de Washington pueden ser impugnado no ante una jurisdicción estatal sino ante un comité *ad hoc* de tres personas a partir de unas causales señaladas en el art. 52.1º; y si el panel estima alguna de estas causales y anula el laudo, podrá constituirse un nuevo tribunal arbitral para que conozca del caso¹⁴⁸. Recuérdese que la solución prevista en el denominado "Mecanismo complementario" es diversa¹⁴⁹.

¹⁴⁷ Vid. mi artículo, "Dogmática del recurso de anulación ante el CIADI", *Anuario Latinoamericano de Arbitraje*, vol. 1, 2011, pp. 31-45. <http://eprints.ucm.es/13973/>.

¹⁴⁸ J.C. Fernández Rozas, "Trayectoria y contornos del mito de la confidencialidad en el arbitraje comercial", *Arbitraje. Revista de Arbitraje comercial y de inversiones*, vol. II, nº 2, 2009, pp. 335-378, esp. pp. 336-337. <http://eprints.ucm.es/9258/>.

¹⁴⁹ El arbitraje bajo el Reglamento de Arbitraje del Mecanismo Complementario no está exento de control de conformidad con la legislación del lugar del arbitraje. Los eventuales requerimientos de dicha legislación están específicamente mencionados en este último instrumento (arts. 1, 53.3º y 4º). La verdad es que la determinación de la sede para un procedimiento arbitral bajo este mecanismo puede tener consecuencias importantes por la aplicación de la ley aplicable al arbitraje en dicha sede (CIADI: *Waste Management, Inc. / México* (II), CIADI, Caso nº ARB (AF)/00/3 (NAFTA), 2004). Consecuentemente, los laudos dictados al amparo del Reglamento están sujetos, como acontece con los pronunciados en el arbitraje comercial internacional, a la revisión de los tribunales nacionales de la sede del arbitraje según el art. V.1º CNY (Vid. la decisión del Tribunal Supremo de la Columbia Británica, Canadá, 2 de mayo de 2001 en el caso *Metalclad Corporation / los Estados Unidos Mexicanos*. En esta instancia, la apelación del gobierno mexicano fue presentada en Columbia Británica porque Vancouver había sido elegido como "sede de arbitraje" del tribunal según las reglas del CIADI).

En el arbitraje comercial la misión de control de los laudos arbitrales por la jurisdicción estatal está establecida por el legislador con el fin de preservar la coherencia del sistema jurídico y salvaguardar el principio de la tutela judicial efectiva. Al lado de estas razones, se pretende asegurar una efectiva vigilancia sobre las decisiones arbitrales en aquellos casos en los que está involucrado un ente estatal, pues se considera que la protección del patrimonio público conduce a que los laudos arbitrales tengan elementos afines a aquellos que se aplican a las sentencias judiciales proferidas en los procesos ordinarios. Y también se ha considerado la posibilidad de una revisión de fondo de los laudos por razones de constitucionalidad.

Por el contrario, el CIADI, en sí mismo, no arbitra ni concilia esas controversias. Estas funciones las ejercen las comisiones de conciliación y los tribunales de arbitraje, constituidos específicamente por las partes, para cada procedimiento y son equivalentes, en esencia, a las desempeñadas por una secretaría de apoyo a las tareas de los tribunales de arbitraje. La Convención de Washington determina que el consentimiento a la competencia del CIADI excluye cualquier otro remedio o vía jurisdiccional. A su vez, los laudos arbitrales dictados por los tribunales constituidos mediante los mecanismos del CIADI son inapelables, y no pueden ser revisados por las cortes locales. Es más, el mismo instrumento establece que la revisión, la rectificación, la interpretación y la anulación son los únicos recursos posibles. Estos deben tramitarse ante el propio CIADI conforme a sus normas y reglamento.

31. Frente al control jurisdiccional antes referido el procedimiento de anulación regulado en el art. 52 Convención CIADI es un mecanismo interno fijado por el sistema del CIADI que se encomienda a una serie de comités *ad hoc* designados para tal función. Consecuentemente sus poderes derivan de la misma fuente que los propios del tribunal arbitral. El art. 26 dispone a este efecto que "salvo 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", lo que configura un procedimiento arbitral de carácter autosuficiente¹⁵⁰ que pretende alejar a los inversionistas de la acción de las normas estatales y de los tribunales locales. Y debe tenerse en cuenta, además, que los laudos en el arbitraje unilateral están contruidos a partir del

¹⁵⁰ C. Schreuer, "Art. 26 is the clearest expression of the self-contained and autonomous nature of the arbitration procedure provided for by the Convention" (*cf. The ICSID Convention: A Commentary*, Cambridge: Cambridge University Press, 2001, pp. 346–347).

Derecho internacional público, sin perjuicio de que éste pueda hacer remisión al Derecho interno de un determinado Estado, en tanto que en el arbitraje comercial los laudos derivan directamente de las previsiones efectuadas por las partes respecto al Derecho que debe ser aplicado. Las reglas de arbitraje del CIADI derivan, en efecto, de un tratado internacional y por tanto poseen total autonomía de cualquier Derecho nacional y esta "anacionalidad" se manifiesta en la ausencia de control por parte de los tribunales nacionales, siendo irrelevante tanto el lugar donde se realice cada arbitraje en particular como el Estado en cuyo territorio debe ejecutarse el eventual laudo.

La anulación en el sistema del CIADI es una vía de recurso extraordinaria limitado a las causales de anulación establecidas en el art. 52 Convención CIADI cuya finalidad es garantizar la legitimidad del proceso de decisión y no la justicia del resultado de fondo¹⁵¹; es un mecanismo diseñado para conservar y fortalecer la integridad del procedimiento administrado por este organismo y debe interpretarse y aplicarse en sus propios términos y no en el vacío. Como pusiera de relieve el comité *ad hoc* en su Decisión de 1 de marzo de 2011 en asunto *Duke Energy* las normas de interpretación del Derecho internacional consuetudinario (que, como se ha sostenido consistentemente están reflejadas de manera precisa en los arts. 31 y 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los tratados de 1969) son tan aplicables al art. 52 como a las otras obligaciones establecidas por medio de tratados¹⁵². No existe, en consecuencia, por parte del Derecho internacional general una presunción ni en contra ni a favor de la anulación.

5. Reconocimiento y ejecución del laudo

32. La cuestión de la ejecución de los laudos en el arbitraje de inversiones sigue reflejando una cierta oscuridad pues aunque en términos generales los laudos se cumplen, incluso si son condenados los Estados (el supuesto indiscutiblemente más frecuente), cuando no es este el caso es difícil indagar en los mecanismos de cada sistema jurídico particular¹⁵³. Con independencia de ello no puede negarse que otra originalidad significativa del sistema del CIADI es que sus laudos

¹⁵¹ Caso CIADI n° ARB 03/4, *Empresas Lucchetti S.A. & Lucchetti Peru c/ Peru*, 5 de septiembre de 2007, n° 97.

¹⁵² Caso CIADI n° ARB/03/28: *Duke Energy International Peru Investments No. 1, Limited y la República del Perú*, n° 89, http://ita.law.uvic.ca/documents/DukevPeruFinal_1Mar2011_Sp.pdf

¹⁵³ G. Cane, "The Enforcement of ICSID Awards: Revolutionary or Ineffective?", *Am. Rev. Int'l Arb.*, vol. 15, 2004, pp. 439 ss.

son de aplicación directa y están dispensados de cualquier procedimiento de ejecución en el Estado en que ésta deba ser efectuada. Dicho sistema sigue a este respecto la tónica mantenida por los tribunales internacionales, cuyas decisiones son "obligatorias" y no "ejecutorias", alejándose de las soluciones propias de los laudos pronunciados en el marco del arbitraje comercial internacional¹⁵⁴. El art. 53 Convenio CIADI dispone que las partes acatarán y cumplirán el laudo "en todos sus términos, salvo en la medida en que se suspenda su ejecución", lo que significa que la parte perdedora tiene la "obligación" de cumplir con el laudo y la ganadora el "derecho" de exigir su cumplimiento. Para ello se establece un sistema particular y autónomo de reconocimiento y ejecución independiente a los sistemas nacionales regulados por cada Estado para esta materia y al utilizado para el arbitraje comercial internacional, cuyo instrumento esencial en la materia es la Convención de Nueva York de 1958.

El Convenio confiere la competencia a las jurisdicciones de los Estados Parte, pues "el laudo se ejecutará de acuerdo con las normas que, sobre ejecución de sentencias, estuvieren en vigor en los territorios en que dicha ejecución se pretenda" (art. 53.3º). Dichos Estados se limitarán a ajustar las disposiciones del Convenio en esta materia sin necesidad de *execuatur*, fijando el art. 54.1º una obligación general de reconocimiento y ejecución de los laudos del CIADI en el sentido de que todos los Estados Parte deberá reconocer y ejecutar el laudo, como si se tratara de una sentencia firme de un tribunal existente en dicho Estado. Basta para ello con "presentar, ante los tribunales competentes o ante cualquier otra autoridad designados por los Estados Contratantes a este efecto, una copia del laudo, debidamente certificada por el Secretario General", designando un tribunal o autoridad para este propósito y notificando la designación al Secretario General del CIADI. Y, a los efectos de su ejecución, el laudo se equipara a una decisión firme de un tribunal local y el procedimiento se regirá por las leyes del país donde se solicita la ejecución. Bien entendido que si el laudo fuere anulado, la obligación de cumplir desaparece y si lo fuera de manera parcial la obligación de cumplir con el laudo se aplica a la parte de éste no anulada¹⁵⁵.

En el proceso de reconocimiento y ejecución, la tarea del tribunal interno ha de limitarse a la verificación de la autenticidad del laudo

¹⁵⁴ A. Giardina, "L'exécution des sentences du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements", *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1982, pp. 273-293.

¹⁵⁵ A. Broches, "Awards Rendered pursuant to the ICSID Convention: Binding Force, Finality, Recognition, Enforcement, Execution", *ICSID Rev.-FILJ*, vol. 2, 1987, pp. 287-334.

no pudiendo controlar la competencia del tribunal arbitral ni examinar el fondo del laudo y, por descontado, no puede prosperar el recurso al orden público del Estado requerido. El reconocimiento del laudo tiene el efecto de cosa juzgada en el país en cuestión por lo que la cuestión tratada en la demanda no puede ser objeto de otro procedimiento ante un tribunal nacional o un tribunal arbitral¹⁵⁶.

33. El reconocimiento y la ejecución de un laudo puede efectuarse en cualquier Estado Parte en el Convenio del CIADI no sólo en el Estado parte en el procedimiento arbitral o el Estado de nacionalidad del inversor que fue una de las partes en el procedimiento. Por lo tanto, la parte que solicita el reconocimiento y la ejecución de un laudo tiene la posibilidad de seleccionar el foro más favorable para este propósito¹⁵⁷. Con ello se favorece la ejecución del laudo contra el inversor condenado cuando éste carece de bienes en el Estado donde realizó la inversión, intentándose de este modo corregir el desequilibrio que registra en el Convenio respecto del papel del Estado. La elección será determinada principalmente por la disponibilidad de los activos adeudados.

Los extremos anteriores deben entenderse a reserva de que no exista una suspensión de la ejecución, toda vez que el deber de reconocer y ejecutar se interrumpe mientras prospere dicha suspensión que puede ser concedida en virtud de los arts. 50.2º, 51.4º y 52.5º, mientras que los procedimientos para la interpretación, revisión o anulación estén pendientes.

La negativa de un Estado Parte en la Convención a reconocer y ejecutar un laudo sería una violación de una obligación convencional y llevaría a las consecuencias habituales de la responsabilidad del Estado, incluida la protección diplomática. Ello sin olvidar la delicada posición en que quedará colocado el infractor frente a los órganos directores del Banco Mundial¹⁵⁸.

¹⁵⁶ El sistema descrito no se aplica a las Reglas de Arbitraje del Mecanismo Complementario que no excluyen un sistema de revisión externa. El reconocimiento y ejecución de laudos dictados bajo tal Mecanismo se rigen por la legislación nacional del lugar del arbitraje y los tratados aplicables. Esto significa que el laudo está sujeto a cualquier revisión o impugnación previstos por la ley del lugar del arbitraje.

¹⁵⁷ En el caso, *Benvenuti y Bonfant*, una empresa italiana solicitó del Tribunal de *Grande Instance* de París una orden para la ejecución de un laudo CIADI condenatorio de la República del Congo y si bien dicho tribunal exigió la autorización previa del Estado para la ejecución de sus bienes situados en Francia la *Cour d'appel* de París anuló semejante requerimiento (*Vid.* Sentencia 26 de junio de 1981, *Journ. dr. int.*, 1981, pp. 843 ss).

¹⁵⁸ Lo que no contradice con posiciones reticentes en los últimos tiempos de algunos Estados como Venezuela o Argentina. *Vid.* J.M. Hunter y J. García Olmedo, "Enforce-

La protección diplomática con el propósito de asegurar el cumplimiento con el laudo sólo podrá ser ejercido por el Estado de nacionalidad del inversor perjudicado a través de negociaciones, la apertura de un procedimiento judicial entre los dos Estados, o por cualquier otro medio de solución de controversias que puedan estar disponibles. El art. 27.1º admite expresamente esta posibilidad en el caso de que el Estado "no haya acatado el laudo dictado en tal diferencia o haya dejado de cumplirlo". Por último, el art. 64 determina la intervención de la Corte Internacional de Justicia en orden a las controversias que surjan entre los Estados sobre la interpretación o aplicación del Convenio.

34. Como es natural la sombra de una institución acrisolada en el Derecho internacional público como la inmunidad de jurisdicción y ejecución es una pieza clave en la materia que estamos examinando¹⁵⁹. De conformidad con el art. 55, "Nada de lo dispuesto en el art. 54 se interpretará como derogatorio de las leyes vigentes en cualquier Estado Contratante relativas a la inmunidad en materia de ejecución de dicho Estado o de otro Estado extranjero". Ahora bien, dicho precepto no otorga inmunidad al Estado, sino que simplemente se refiere a la situación que prevalece en la legislación del Estado donde se solicita su ejecución. La inmunidad del Estado no se aplica a los procedimientos para el reconocimiento de un laudo, pues el referido precepto que refiere exclusivamente a la "ejecución" pero no al reconocimiento. Además, la inmunidad del Estado no afecta el efecto de cosa juzgada de una sentencia, una vez que ha sido reconocido entrando únicamente en juego cuando se adopten las medidas concretas de ejecución con el objeto de hacer cumplir las obligaciones pecuniarias del laudo.

En definitiva, la inmunidad del Estado puede esgrimirse como obstáculo procesal a las medidas de ejecución, pero no afecta la obligación del deudor de un laudo en virtud del art. 53 de acatar su cumplimiento y en todo caso, el éxito de una excepción procesal de este tipo es susceptible de constituir una violación de la Convención y puede dar lugar a la responsabilidad del Estado, incluida la protección diplomática en virtud del referido art. 27.1º.

ment/Execution of ICSID Awards Against Reluctant States", *The Journal of World Investment and Trade*, vol. 12, n° 3, 2011, pp. 307-319.

¹⁵⁹ M.C. Graciarena, *La inmunidad de ejecución del Estado frente a los laudos del CIADI*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2006.

VI. Una aproximación con matices

35. El arbitraje como procedimiento de solución de conflictos entre sujetos de Derecho internacional y el arbitraje comercial han discursado históricamente por caminos paralelos con esporádicos puntos de encuentro. Tras la segunda guerra mundial la separación se hace progresivamente menos perceptible como consecuencia de factores muy variados entre los que destacan la unificación del arbitraje comercial merced a la obra de las Naciones Unidas y particularmente de la Uncitral, sobre la que ha ejercido una influencia dominante la Cámara de Comercio Internacional¹⁶⁰. La universalización de la Convención de Nueva York de 1958, la difusión del Reglamento Modelo Uncitral de 1976 y la aceptación de la Ley Modelo Uncitral de 1985 no sólo han dado lugar a una aproximación entre operadores jurídicos pertenecientes a distintos círculos jurídicos, sino que han contribuido a acercar barreras derivadas de la tajante división entre el arbitraje internacional y el arbitraje comercial. A semejante aproximación no son ajenos los cambios ocurridos respecto de los actores del sistema internacional: es cierto que el Estado es todavía predominante, pero comparte sus funciones con las organizaciones internacionales y otras entidades¹⁶¹. Los cambios han sido importantes, pero no lo suficientemente extensos o generalizados como para concluir que el orden jurídico internacional haya variado fundamentalmente de estructura¹⁶², o para acudir a la socorrida solución de un *tertium genus*.

Dicha aproximación experimenta matices. Con todas las reservas que se han expresado en las páginas anteriores, y la existencia de señalados elementos diferenciales, la modalidad del arbitraje de inversiones independientemente del centro que lo administre, y más si es la propia Corte de arbitraje de la CCI, constituye una variante del arbitraje comercial internacional. Por el contrario la actividad de otros órganos de solución de controversias como el Tribunal de Reclamaciones Irán–EE UU debe incluirse en el marco de las soluciones de controversias de carácter interestatal y ello aunque el Tratado de Ar-

¹⁶⁰ P. Sanders, *The Work of Uncitral on Arbitration and Conciliation*, La Haya, Kluwer Law International, 2001.

¹⁶¹ Société Française pour le Droit International, *L'État souverain à l'aube du XXI^e siècle*, Colloque de Nancy, 1994; F. Orrego Vicuña, "Derecho internacional y sociedad global ¿Ha cambiado la naturaleza del orden jurídico internacional?", *Pacis artes. Obra homenaje al profesor Julio D. González Campos*, vol. I, Madrid, Eurolex, 2005, pp. 441–461.

¹⁶² R. Higgins, "International Law in a Changing International System", *The Cambridge L.J.*, vol. 58, 1999, pp. 78–95.

gel de 19 de enero de 1981 permita abordar reclamaciones de carácter privado y admita la aplicación de los principios del Derecho mercantil¹⁶³. El acercamiento ofrece luces y sombras pues, entre otras cosas, el arbitraje entre Estados es utilizado las más de las veces para la solución pacífica de conflictos de alta sensibilidad política¹⁶⁴. La práctica muestra que tanto los actores públicos como los privados tratan de evitar la jurisdicción de Estados que no son los suyos. En este contexto, la jurisprudencia producida por el referido Tribunal de Reclamaciones Irán–EE UU ha contribuido decisivamente a reforzar estas relaciones mutuas obligando a los abogados de los grandes despachos norteamericanos a adaptarse a unas técnicas para ellos desconocidas¹⁶⁵.

36. En la hora actual existe un clima generalizado hacia la aceptación de que los efectos patrimoniales emanados de los contratos estatales sean susceptibles de resolverse por vía arbitral, aunque los obstáculos para su aplicación, derivados esencialmente del interés público, de la indisponibilidad de las potestades administrativas y de la reserva al Poder Judicial del control de los actos administrativos, son considerables. El hecho de que la Administración recurra al arbitraje como si fuera un particular no comporta en modo alguno renuncia al ejercicio de las potestades que legalmente le fueron otorgadas; dicha opción se enmarca dentro una opción en el ejercicio un poder que la ley le reconoce para que haciendo uso de una metodología propia del Derecho privado sustituya su decisión unilateral por el negocio jurídico cuando el interés público así lo exija. Ahora bien, si la Administración realiza esta opción y decide participar en el comercio internacional por medio de empresas privadas o estatales, lo cual no debe conducir a privilegios para dichas entidades, señaladamente la alegación de inmunidad o la posibilidad de esquivar el cumplimiento de obligaciones contractuales no deseadas mediante determinado acto propio de autoridad pública.

Y, en contrapartida, la posición del Estado no tiene por qué sufrir menoscabo por el hecho de someter una controversia que le enfrenta con un particular al arbitraje e, incluso, puede reportarle ventajas como evadirse de la publicidad o evitar someterse a tribunales extran-

¹⁶³ Cf. J. Verhoeven, *op. cit.*, p. 700.

¹⁶⁴ K.H. Böckstiegel, "Perspectives of Future Development in International Arbitration", *The Leading Arbitrators' Guide* (L.W. Newman & R. Hill, eds.), 2ª ed., Huntington, N.Y., 2008, pp. 821 ss.

¹⁶⁵ W. Mapp, *The Iran–United States Claims Tribunal: the First Ten Years, 1981–1991: an Assessment of the Tribunal's Jurisprudence and its Contribution to International Arbitration*, Manchester–Nueva York, Manchester University Press, 1993.

jeros con el correspondiente menoscabo de su soberanía; lógicamente el particular, sobretodo si es extranjero, también experimenta beneficios con el sistema al protegerse de una eventual influencia adversa por parte de los tribunales del Estado en el que ha realizado su correspondiente transacción¹⁶⁶. En todo caso, desde el punto de vista de los particulares que participan en este tipo de contenciosos, se apuntan una serie de riesgos inherentes a ellos¹⁶⁷, sobre todo el derivado de la eventual quiebra de unos de los principios rectores del arbitraje como es el de la igualdad entre las partes¹⁶⁸.

37. Pese a su origen estrechamente unido al arbitraje comercial, el arbitraje de inversión se ha ido apartando progresivamente de este modelo, sobre todo, tras las suscripciones masivas de tratados de inversión, especialmente aquellos de carácter bilateral. Con todas las reservas efectuadas, la tendencia del arbitraje internacional se orienta hacia el establecimiento de parámetros generalmente aceptados que tienden a ignorar la naturaleza del contencioso que se ventila¹⁶⁹. El incremento del arbitraje de inversión no sólo ha ampliado el grupo de los profesionales que trabajaban habitualmente en este campo, sino que ha atraído a juristas expertos en arbitraje comercial pero sin experiencia en Derecho internacional público en ansias legítimas de introducirse en un mundo ignoto¹⁷⁰. Una de las consecuencias de esta circunstancia es que las reglas procesales aplicables, como las previstas en el Reglamento del CIADI, sean similares a las que rigen el arbitraje comercial en el caso de los arbitrajes de inversión de conformidad con los Reglamentos de Arbitraje de la Uncitral, de la Cámara de Comercio de Estocolmo, o del Reglamento de la CCI, o el modelo de procedimiento de arbitraje comercial, y en el caso de los arbitrajes del CIADI. Todo ello dentro de lo que, desde la perspectiva sociológica, pudiera calificarse de “comercialización” de los contenciosos relativos a las inversiones extranjeras. En efecto, los reglamentos elaborados por diversas instituciones arbitrales –como la CCI o la LCIA– y a or-

¹⁶⁶ W.L. Craig, W.W. Park y J. Paulsson, *International Chamber of Commerce...*, *op. cit.*, p. 661.

¹⁶⁷ R. Boivin, “International Arbitration with Status: An Overview of the Risks”, *J. Int'l Arb.*, vol. 19, n° 4, 2002, pp. 285–299.

¹⁶⁸ P. Lalive, “‘Raison d'Etat’ et arbitrage international”, *Law of International Business and Dispute Settlement in the 21st Century: Liber Amicorum Karl–Heinz Böckstiegel*, Colonia, Berlín, Munich, 2001, pp. 469–475.

¹⁶⁹ G. Kaufmann–Kohler, “The Globalization of Arbitral Procedure,” *Vand. J. Transnat'l L.*, vol. 36, n° 4, 2003, p. 1313–1333.

¹⁷⁰ S.O. Karamanian, “Overstating the ‘Americanization’ of International Arbitration: Lessons from ICSID”, *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, vol. 19, 2003, pp. 5 ss.

ganizaciones internacionales, como el CIADI o la Uncitral, con independencia de la modalidad de controversia que resuelvan son relativamente uniformes en cuanto a la estructura básica de un arbitraje, previendo una fase oral y otra escrita. En todos ellos se permite que el abogado pueda adaptar con total libertad la estructura y forma de presentar el caso, "especialmente si se compara con la rigidez y formalismo imperante en el proceso judicial"¹⁷¹.

El arbitraje de inversiones se resiente aún de que forma parte de un orden jurídico que está en fase de construcción y que es tributario de instituciones procedentes de otros órdenes jurídicos más consolidados. Considerando que constituye una parte esencial del Derecho internacional público y, por tanto, que está sometido a las normas y principios de este ordenamiento, ofrece marcadas particularidades y zonas de oscuridad que es preciso delimitar con criterios coherentes y de generalidad reconociendo los intereses de todos los actores públicos y privados en las relaciones internacionales, así como de la comunidad internacional en conjunto. Es aquí donde debe tenerse muy en cuenta el denominado "diálogo interjudicial" en el sentido de que los tribunales de arbitraje, cuando ventilen cuestiones propias del Derecho internacional público, han actuar con continencia y prudencia teniendo muy en cuenta el papel de las decisiones adoptadas por la Corte Internacional de Justicia¹⁷².

RESUMEN: Los abogados dedicados a resolver las controversias en el marco del Derecho de los negocios internacionales contemplan los arbitrajes entre Estados como algo irrelevante y hasta esotérico, mientras que los profesores, funcionarios y abogados dedicados al Derecho internacional público ven el arbitraje de comercial como un proceso esencialmente alejado de sus preocupaciones y con cierta displicencia aunque sin desconocer los beneficios económicos que depara. Pese a que los arbitrajes internacionales, tanto públicos como privados, están destinados a conferir solución legal a unas específicas controversias que surgen en un contexto internacional, ambos mecanismos se han dado la espalda durante muchos años para luego identificarse peligrosamente. El objeto de estas páginas es contribuir, sin desconocer su cada vez más estrecha relación, a la necesaria delimitación del arbitraje entre Estados y del arbitraje comercial en unos momentos en que la especialización de los litigios y la actuación de los operadores dedicados a estos menesteres apuntan a un tratamiento cada vez más homogéneo. Un tratamiento que cuenta con un destinatario especial: el arbitraje de inversiones.

¹⁷¹ Cf. B. Cremades e I. Magdalena, "La abogacía des la óptica de un árbitro internacional", *Arbitraje. Revista de arbitraje comercial y de inversiones*, vol. III, nº 2, 2010, pp. 337-356, esp. p. 338.

¹⁷² P.-M. Dupuy, "The Danger of Fragmentation or Unification of the International Legal System and the International Court of Justice", *N.Y.U. J. Int'l L. & Pol.*, vol. 31, nº 1, 1999, pp. 791-808.

PALABRAS CLAVE: ARBITRAJE INTERNACIONAL — ARBITRAJE INTERESTATAL *VERSUS* ARBITRAJE COMERCIAL — ARBITRAJE DE INVERSIONES — CIADI.

ABSTRACT: Arbitration between States is conceived, by the lawyers devoted to the resolution of disputes in the area of International Business Law, as something irrelevant, yet esoteric. Meanwhile, professors, officials and lawyers dedicated to Public International Law see commercial arbitration as a process which is quite faraway from their concerns and with a certain disregard, even if they are aware of the economic benefits that it entails. Notwithstanding the fact that both public and private arbitrations are meant to give a legal solution to specific controversies that come up within the international context, both mechanisms have first ignored each other for a long time, and afterwards they have been dangerously equated. The aim of this work is to contribute to the compulsory delimitation between the arbitration involving States and commercial arbitration, even though their progressively closer connection, in a context where the current specialization of litigation and the conduct of legal operators point out to an increasingly homogenous treatment. A treatment that counts on a special addressee: investment arbitration.

KEY WORDS: INTERNATIONAL ARBITRATION— INTERSTATE ARBITRATION *VERSUS* COMMERCIAL ARBITRATION— INVESTMENT ARBITRATION — CIADI.