Estudios de Arbitraje Internacional
(entre la práctica arbitral y la investigación científica)

Volumen 31 Biblioteca de Arbitraje del
Estudio Mario Castillo Freyre

Arbitraje

Estudios de Arbitraje Internacional (entre la práctica arbitral y la investigación científica)

Coordinador
Jorge Luis Collantes González

CENTRO DE ARBITRAJE
PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ
Universidad Católica San Pablo
AIDP
Asociación Iberoamericana de Derecho Privado

Estudio Mario Castillo Freyre

Estudios de Arbitraje Internacional
(entre la práctica arbitral y la investigación científica)

© Jorge Luis Collantes González
collantes@icab.car

© Estudio Mario Castillo Freyre, S.C.R.L.
Av. Arequipa 2327, Lince, Lima, Perú
Telfs. (511) 422-6152 / 441-4166
estudio@castillofreyre.com - www.castillofreyre.com

© Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la
Pontificia Universidad Católica del Perú
Av. Canaval y Moreyra 751, San Isidro
Telfs. (511) 626-7400 / 626-7401
www.consensos.pucp.edu.pe

© Universidad Católica San Pablo
Urb. Campiña Paisajista s/n Quinta Vivanco - Barrio de San Lázaro
Telfs. (51) 54-605630 / 54-605600, Anexos 200, 300 ó 390
www.ucsp.edu.pe

© Asociación Iberoamericana de Derecho Privado
Calle 56 # 41 - 147 Medellín - Colombia
Telfs. +57 (4) 2398080
http://www.aiddp.com/

Segunda edición electrónica: septiembre 2020

Diagramación de interiores: F.M. Servicios Gráficos S.A.
Imprenta: F.M. Servicios Gráficos S.A.
Miguel Aljovín n.º 414, Miraflores, Lima

Prohibida la reproducción de este libro por cualquier medio, total o parcialmente, sin permiso expreso del autor.

Hecho el depósito legal en la Biblioteca Nacional del Perú n.º 2015-16715

ISBN: 978-612-4293-19-1

Índice

		Página
Prólogo		9
1.	La relevancia de las decisiones arbitrales previas en el arbitraje internacional *Carlos de los Santos Lago (Garrigues, Madrid)*	11
2.	El asunto *Maffezini* y la lectura procesal de la cláusula de la nación más favorecida *Georgina Garriga Suau (U. de Barcelona)*	59
3.	La expansión del sistema arbitral Ciadi: desde el solitario asunto *Holiday Inns c/ Marruecos* en el tribunal constituido en 1972 hasta nuestros días *Jaime N. Gallego (LALIVE, Ginebra)*	87
4.	El arbitraje en el sistema Ciadi *Iñigo Iruretagoiena (Universidad del País Vasco)*	135
5.	Las características de los laudos Ciadi *Domingo Bello Janeiro (U. de La Coruña / Árbitro Ciadi)*	187
6.	El asunto Aguaytía Energy (ICSID Case n.º ARB/06/13) *Nicolás Zambrana (U. de Navarra)*	221
7.	Juez o árbitro en la adopción de medidas cautelares en el arbitraje comercial internacional: autonomía de la voluntad de las partes *Rosa Lapiedra Alcamí (U. de Valencia)*	247

8. Análisis comparativo de la prueba en el arbitraje internacional: ¿*disclosure* o *discovery*? 279
Elisa Vicente Maravall (Garrigues, Madrid)

9. La falta de recursos económicos para participar en el arbitraje pactado 307
Anne-Carole Cremades

10. La cooperación judicial en el arbitraje internacional en la práctica española 331
Flora Calvo Babío (Universidad Rey Juan Carlos, Madrid)

11. La cláusula de la nación más favorecida en temas de jurisdicción en arbitrajes de inversiones: evolución del debate y tendencias recientes 377
Miguel A. Elizalde (Universidad Pompeu Fabra, Barcelona)

12. Constitución y arbitraje de inversiones 431
Horacio Andaluz Vegacenteno

13. La defensa frente al reconocimiento de laudos extranjeros según la Convención de Nueva York: una condición implícita para su ejercicio y exégesis de su artículo 451
Horacio Andaluz Vegacenteno

14. El arbitraje y las redes sociales 489
Álvaro Silva Rudat

15. El Reglamento «Roma I» y el Contrato Internacional de Ingeniería 509
Isabel Reig Fabado

16. El factor derechos humanos en la polémica sobra la ejecución de laudos anulados 547
Jorge Luis Collantes González
(Universidad Internacional de Cataluña, Barcelona)

Prólogo

Es muy grato para nuestro Estudio presentar a la comunidad jurídica el volumen 31 de la *Biblioteca de Arbitraje,* el mismo que recoge distintos artículos de reconocidos catedráticos de prestigiosas universidades de la Unión Europea y de América Latina.

Es así que los lectores de esta obra, podrán encontrar en ella interesantes trabajos que desarrollan distintos temas de importancia capital dentro del arbitraje, como el análisis de instrumentos internacionales y jurisprudencia, proveyendo de un gran aporte doctrinario en cuanto a la institución arbitral y enriqueciendo el debate en torno a esta materia.

En ese sentido, nos encontramos muy honrados de publicar este libro, el mismo que incluye 16 trabajos escritos por Carlos de los Santos Lago, Goergina Garriga Suau, Jaime N. Gallego, Iñigo Iruretagoiena Agirrezabalaga, Domingo Bello Janeiro, Nicolás Zambrana Tévar, Rosa Lapiedra Alcamí, Elisa Vicente Maravall, Anne-Carole Cremades, Flora Calvo Babío, Miguel A. Elizalde Carranza, Álvaro Silva Rudat, Isabel Reig Fabado, Jorge Luis Collantes González y Horacio Andaluz Vegacenteno, presentando este último profesor dos trabajos dentro de esta obra colectiva.

Así pues, quiero concluir reiterando mi agradecimiento a todos los profesores que participan en esta entrega de la *Biblioteca de Arbitraje* y de manera especial a mi amigo Jorge Luis Collantes González, quien es director de la obra; todos ellos distinguidos colegas, a los que felicito por la calidad de sus trabajos y por su compromiso con el arbitraje.

Sometemos a consideración de nuestros lectores este volumen 31 de la *Biblioteca de Arbitraje*.

Lima, noviembre del 2015

Mario Castillo Freyre*

* Mario Castillo Freyre, magíster y doctor en Derecho, abogado en ejercicio, socio del Estudio que lleva su nombre; profesor principal de Obligaciones y Contratos en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Miembro de Número de la Academia Peruana de Derecho. Director de las colecciones *Biblioteca de Arbitraje* y *Biblioteca de Derecho* de su Estudio. www.castillofreyre.com.

La relevancia de las decisiones arbitrales previas en el arbitraje internacional

Carlos de los Santos Lago[*]

Sumario: Introducción.— Parte I: El valor de la jurisprudencia en la jurisdicción.— 1. Cuestiones generales.— 2. La jurisprudencia en los sistemas de Derecho Civil.— 2.1. Suiza.— 2.2. Francia.— 2.3. España.— 2.4. Alemania.— 3. La jurisprudencia en sistemas de *Common Law*.— 3.1. Estados Unidos de América.— 3.2. Reino Unido.— 4. Conclusión.— Parte II: El valor de los laudos arbitrales y los criterios que resultan de ellos en el arbitraje.— 1. Cuestiones generales.— 2. A la hora de resolver un procedimiento arbitral, ¿deben los árbitros atender a los criterios establecidos en laudos anteriores?— 3. El valor teórico del conjunto de laudos arbitrales y criterios que emanan de ellos.— 3.1. Imposible equiparación a la jurisprudencia.— 3.2. Valor como antecedente, precedente persuasivo o como fijador de principios de aplicación transnacional.— 4. Verdadera trascendencia práctica del conjunto de laudos arbitrales y criterios que emanan de ellos sobre otros procedimientos arbitrales.— 4.1. Cuestiones generales.— 4.2. La (desigual) relevancia del conjunto de laudos arbitrales y criterios que emanan de ellos en distintos tipos de arbitraje.— 4.2.1. El valor del precedente en el arbitraje deportivo.— 4.2.2. El valor del precedente en el sistema de resolución de conflictos relativos a nombres de dominio.— 4.2.3. El valor del precedente en el arbitraje de inversiones.— 4.2.4. El valor del precedente en el arbitraje comercial.—

[*] Carlos de los Santos Lagos es Socio y Director del Departamento de Litigación y Arbitraje de J&A Garrigues (España).

4.3. La relevancia del conjunto de laudos arbitrales como fuente que ha creado o ha contribuido a crear una serie de principios generalmente observados.— 5. Conclusión.

1. INTRODUCCIÓN

Divinarum atque humanarum notitia, justi atque injusti scientia.[1]

El conocimiento de los asuntos humanos y divinos, la ciencia de lo que es justo y lo que es injusto.

Digesto 1.1.1.10

Las anteriores palabras conforman la definición de lo que los romanos denominaban «jurisprudencia», palabra que resulta de la unión de *iuris* (Derecho) y *prudentia* (prudencia).

En la antigua Roma, este término designaba un método pragmático de descubrimiento del Derecho basado en la experiencia y la acción, en particular, la acción del juez, cuya misión era decir la ley en una controversia.[2]

Al día de hoy, en los distintos sistemas jurídicos, la jurisprudencia (entendiendo por tal los criterios creados por la repetición de decisiones similares tomadas por los tribunales en casos parecidos,[3] lo que en los países de cultura legal anglosajona, se conoce con los términos de «*case*

---

1 *Digesto* 1.1.1.10.

2 GRZEGORCZYCZ, C. *Jurisprudence: phénomène judiciaire, science ou méthode* (1985) Archives de philosophie du droit, tomo 27, pp. 35, 36 y ss.; GRIDEL, J.P. *Notions fondamentales de droit et droit français.* París, 1992, p. 241.

3 CARBONIER, J. *Droit Civil Introduction*. París, 1999, p. 269; CORNU, G. *Droit Civil, Introduction. Les personnes. Les biens*. París, 2003, p. 77.

law» o «*precedents*»)[4] desempeña un rol muy importante como fuente de Derecho, fuente de Derecho complementaria o precedente persuasivo.[5]

La pregunta que se plantea en este trabajo es si ese valor y relevancia de la jurisprudencia para la jurisdicción es trasladable respecto de los laudos arbitrales al ámbito arbitral internacional (lo que algunos han quedado en llamar jurisprudencia arbitral). En otras palabras, el objeto de este trabajo es analizar si el conjunto de laudos arbitrales y la doctrina que éstos contienen en el marco del arbitraje internacional puede desempeñar un rol similar al que juega la jurisprudencia en la jurisdicción.

¿Por qué semejante análisis?, ¿no es obvio, acaso, que la naturaleza de la jurisprudencia en el ámbito jurisdiccional es muy diferente a la de ese conjunto de laudos y criterios que de ellos emanan?

Es obvio.

Al margen de los matices que respecto de la naturaleza, valor y relevancia que se haga de la jurisprudencia en cada sistema jurídico, es evidente que la naturaleza del conjunto de decisiones arbitrales es muy distinta a la de la jurisprudencia de los tribunales jurisdiccionales.

Sin ánimo de ser exhaustivo, basta con señalar que las decisiones judiciales son dictadas por órganos públicos (los tribunales de justicia) haciendo uso de la potestad jurisdiccional que le viene atribuida por el ordenamiento jurídico que, además, atribuye un valor y función a la jurisprudencia.

---

[4] Como señala, Grzegorczycz, C., *supra* 2, p. 44, el término inglés «*jurisprudence*» se refiere a la teoría general del Derecho o a la filosofía del Derecho.

[5] El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española (www.rae.es) tiene tres acepciones de la palabra «jurisprudencia». La primera acepción es la de «Ciencia del Derecho». La segunda y tercera acepciones son las de «Conjunto de las sentencias de los tribunales, y doctrina que contienen» y «Criterio sobre un problema jurídico establecido por una pluralidad de sentencias concordes». A los efectos de este trabajo, nos interesan estas dos últimas acepciones.

Nada de esto se reproduce en el ámbito arbitral. De hecho, dudamos de la conveniencia de denominar al conjunto de laudos arbitrales y criterios que emanan de ellos jurisprudencia arbitral, como hacen algunos autores.

Ahora bien, sin dejar de obviar esas radicales diferencias, lo cierto es que el arbitraje internacional es una práctica consolidada a nivel mundial que ha dado lugar a un sinfín de laudos arbitrales que han ido surgiendo y, luego, consolidando una serie de criterios, reglas o principios que, en ocasiones, actúan como precedentes.

Bajo esta realidad cabe preguntarse si el trascendental rol que juega la jurisprudencia emanada de los tribunales de justicia[6] en la interpretación y aplicación del Derecho (no hay escrito jurídico que se precie —y muy particularmente los de naturaleza contenciosa— que no contenga alguna referencia y/o transcripción de decisiones relevantes a los efectos de solución del caso) se reproduce o debe reproducirse en el arbitraje internacional.

¿El conjunto de laudos arbitrales y la doctrina que contienen desempeñan un papel similar a la jurisprudencia procedente de los jueces?, ¿el árbitro, a la hora de dictar un laudo, debe tomar o convendría que tomase en consideración previos laudos arbitrales?, de hacerlo ¿estaría quebrando la voluntad de las partes contenida en el convenio arbitral?

Para tratar de dar respuesta a estas preguntas, abordamos el presente trabajo analizando, primeramente, la naturaleza y valor de la jurisprudencia en el ámbito jurisdiccional en distintos países de Derecho Civil y

---

[6] Conviene reseñar que en algunos lugares, el término jurisprudencia puede referirse a la autoridad de decisiones que provienen no sólo de los jueces, sino también de otras autoridades que aplican el Derecho, tales como autoridades administrativas, por lo que puede entenderse por tal como «el cuerpo de decisiones de los jueces y autoridades administrativas» (LE ROY, Y./M.B. SCHOENENBERGER. *Introduction générale au droit suisse*. Genève, 2002, p. 162).

de *Common Law* para, seguidamente, a la luz de las conclusiones extraídas, analizar cuál es el uso que los árbitros hacen o debieran hacer del conjunto de decisiones arbitrales previas en el arbitraje internacional.

Parte I: El valor de la jurisprudencia en la jurisdicción

1. Cuestiones generales

Tanto los sistemas de Derecho Civil como los de *Common Law* otorgan un rol de extraordinaria relevancia a los criterios que van fijando las decisiones de los tribunales de justicia.

Ahora bien, una de las principales diferencias entre los sistemas de Derecho Civil con respecto a los de *Common Law* reside, precisamente, en la naturaleza de la jurisprudencia. Así, a diferencia de los sistemas de Derecho Civil, los sistemas de Derecho Anglosajón otorgan a los precedentes un efecto vinculante.

En las próximas líneas pasamos a analizar el rol de la jurisprudencia en los sistemas de Derecho Civil y, posteriormente, en los sistemas de *Common Law*.

2. La jurisprudencia en los sistemas de Derecho Civil

En muchos sistemas jurídicos de Derecho continental, las fuentes del Derecho son la ley, la costumbre, y los principios generales del Derecho.[7] Más debatido es si la jurisprudencia y la doctrina son también fuentes del Derecho y los debates, al respecto, han sido incombustibles en muchos países.

---

[7] Gilliard, F. *La jurisprudence et la doctrine sont-elles des sources du Droit?* Gilliard, F., *et al.* (ed.), *Recueil des travaux suisses présentées au IXe Congrès international de droit comparé*, 1976, 3, 6; Malinvaud, P. *Introduction à l'étude du droit*. París, 2005, p. 137.

Algunos autores consideran que la jurisprudencia es fuente del Derecho. Otros consideran que no tiene y no puede tener carácter de fuente del Derecho pues, de lo contrario, se produciría una violación del principio de separación de poderes y de la teoría justinianea según la cual sólo el soberano puede establecer normas de aplicación general.[8] Y en medio de estas dos corrientes se sitúan aquéllos que consideran que las decisiones de los tribunales constituyen una fuente del Derecho secundaria o al menos constituyen precedentes con una fuerza persuasiva.

En cualquier caso, se opte por una tesis u otra, lo cierto es que la jurisprudencia juega un rol tan importante en el desarrollo del Derecho que para conocer este último (su aplicación e interpretación) es necesario conocer la jurisprudencia.[9]

En lo que sigue se tratará el rol que juega la jurisprudencia en Suiza, Francia, España y Alemania.

2.1. Suiza

En Suiza, al igual que en otros muchos países, se ha debatido doctrinalmente si la jurisprudencia es fuente del Derecho y, por lo tanto, si debiera tener carácter vinculante. Este debate fue alimentado en gran medida por las diferencias en las versiones alemana y francesa del artículo 1.3 del Código Civil.[10] Algunos autores, en base a la versión francesa

---

8 GLENDON, M.A. *et al. Comparative legal traditions*. St. Paul Minn: West, 1985, p. 208.

9 MALINVAUD, P., *supra* 7, p. 95; CARBONIER J., *supra* 2, p. 276.

10 El artículo 1 del Código Civil suizo en su versión francesa establece lo siguiente: «*A. Application de la loi*
[1] La loi régit toutes les matières auxquelles se rapportent la lettre ou l'esprit de l'une de ses dispositions.
[2] A défaut d'une disposition légale applicable, le juge prononce selon le droit coutumier et, à défaut d'une coutume, selon les règles qu'il établirait s'il avait à faire acte de législateur.
[3] Il s'inspire des solutions consacrées par la doctrine et la jurisprudence».

del referido artículo consideraban que la jurisprudencia no es fuente del Derecho,[11] mientras que otros autores, con apoyo en la versión germana, otorgaban a la decisión del juez el estatus de fuente del Derecho, de modo que su actividad no quedaría reducida a aplicar las normas, sino también a crearlas como si del legislador se tratara cuando no existiera norma o costumbre que fuera aplicable,[12] corolario de su deber de resolver cualquier controversia que se le presente en su jurisdicción.[13]

Debates doctrinales al margen, los tribunales suizos han venido asentando el criterio por el cual sólo cabría separarse de la jurisprudencia anterior si hubiera motivos objetivos para ello.[14] De lo contrario, los jueces habrán de seguir los dictados de sentencias anteriores[15] «consagradas».[16]

El artículo 1.3 del Código Civil suizo en su versión alemana establece lo siguiente: «[n.3] *Es folgt dabei bewährter Lehre und Überlieferung*».

[11] Dumoulin, J.F./G. Frossard. *Les sources du droit, la documentation juridique et l'informatique documentaire*. Basilea/Frankfurt, 1992, p. 276.

[12] Forstmoser, P. *Einführung in das Recht*. Berna, 2003, p. 376; Le Roy, Y./M.B. Schoenenberger, *supra* 6, p. 376.

[13] Forstmoser, P., *supra* 12, p. 392. Asimismo, el Tribunal Federal suizo ha establecido que colmar una laguna implica la creación de una regla jurídica que toma en consideración una apreciación global de los intereses desde una perspectiva global abstracta, y con base en los hechos, la equidad y la predictibilidad del Derecho. ATF SJ 2000 459, 462, 468: «*Le comblement d'une lacune par le juge consiste en la formation d'une règle de droit d'après une appréciation d'ensemble des intérêts du point de vue général et abstrait sous l'angle des faits, de l'équité et de la sécurité juridique* [...]. *En outre, il faut observer le principe de l'unité de l'ordre juridique*».

[14] Sentencia del Tribunal Federal suizo (ATF) ATF 73 II 203; ATF 88 II 477; ATF 122 I 57, 59; ATF 126 I 81, 93; ATF 121 III 145; ATF 127 V 353, 355-357 y Decisión de la Corte de Justicia de Ginebra, 16 de enero de 1987, SJ 1987 232, 235-236.

[15] Forstmoser, P., *supra* 12, p. 411.

[16] *Vid*. el artículo 1.3 del Código Civil suizo, empleando las palabras *consacré* and *bewährter*, en su versión francesa y alemana, respectivamente. Para considerar consagrada una jurisprudencia se debe valorar (i) la intensidad con la que el tribunal ha resuelto el caso, esto es, el desarrollo con el que lo ha resuelto, (ii) la relevancia de las afirmaciones (las discusiones jurídicas que se encuentren en un *obiter dicta*

Además, la Corte de Justicia de Ginebra, consideró que para que una decisión llegue a formar parte del cuerpo jurisprudencial se deben cumplir otra serie de requisitos: (i) que la decisión se haya tomado después de un proceso contradictorio, (ii) que la decisión sea pública y motivada y (iii) que haya una relación jerárquica entre los órganos de la judicatura que asegure la uniformidad del Derecho.[17] Es más controvertido si es necesario un elemento de repetición de la decisión en el mismo sentido.[18]

Si concurren los elementos reseñados, los tribunales tenderán a seguir la solución dada por decisiones judiciales previas a fin de evitar que sus resoluciones sean luego cuestionadas en apelación.

En resumen, el entendimiento generalizado en Suiza es que la jurisprudencia no es una fuente de Derecho y los tribunales no están legalmente vinculados a ella, por lo que pueden separarse de la misma si se cumplen las condiciones establecidas por el Tribunal Federal. Ahora

---

tendrían un menor efecto que si se encontraran en el *ratio decidendi*), (iii) que la decisión se haya publicado y (iv) las expresiones tales como *sin duda*, *claramente*, etc. que se usen en la sentencia (FORSTMOSER, P., *supra* 12, pp. 413-414).

[17] STARCK, B., *et al., Introduction au droit.* París, 2000, p. 331; MALINVAUD, P., *supra* 7, p. 140; SALUDEN, M. *La jurisprudence, phénomène sociologique*, (1985) *Archives de philosophie du droit*, tomo 30, pp. 191, 195; VAN DE KERCHOVE, M. *Jurisprudence et rationalité juridique*, (1985) *Archives de philosophie du droit*, tomo 30, pp. 207, 233.

[18] Algunos autores consideran que no es necesario que se hayan tomado varias decisiones en el mismo sentido, sino que es mucho más importante que la solución esté totalmente razonada y tenga un carácter convincente (FORSTMOSER, P., *supra* 13, p. 411), de modo que una única decisión que resuelva una cuestión controvertida podría fijar jurisprudencia (LE ROY, Y./M.B. SCHOENENBERGER, *supra* 6, p. 168). Otros, sin embargo, difieren; así CARBONIER, J., *supra* 3, p. 270, considera que los elementos son: la repetición, la motivación y un sistema judicial jerárquico. Asimismo, Jestaz considera que los elementos para la creación de jurisprudencia son: existencia de un sistema judicial jerárquico, publicación y un cuerpo doctrinal legal (*vid*. JESTAZ, P. *La jurisprudence, ombre portée du contentieux*. Recueil Dalloz (Chron.), 1989, p. 149).

bien, los jueces, siguiendo las decisiones previas, evitan que su autoridad sea cuestionada de modo que los argumentos de las decisiones judiciales suelen basarse en un precedente judicial.[19]

2.2. Francia

En el Derecho francés no hay un artículo que enumere cuáles son las fuentes del Derecho. En general, se considera que la ley y la costumbre son fuentes formales del Derecho, relegando la jurisprudencia al papel de fuente de interpretación del Derecho, papel extraordinariamente importante en algunas materias, como el Derecho de Daños.[20]

A pesar de la inexistencia de previsión legal explícita sobre las fuentes del Derecho, sí conviene reseñar que el artículo 5 del Código Civil prohíbe a los jueces adoptar *arrêts de réglement*, esto es, reglas generales que no estén relacionadas con ninguna controversia,[21] lo que no impide, obviamente, que las decisiones tengan algunos efectos generales.[22] El propósito de dicho artículo es respetar la separación de poderes.[23]

---

[19] Le Roy, Y./M.B. Schoenenberger, *supra* 6, p. 171.

[20] Glendon M.A. *et al.*, *supra* 8, p. 209. Es ilustrativo sobre la fuerza vinculante de las decisiones de la Corte de Casación el que P. Bellet dijera que el juez de casación sí es fuente del Derecho. Ante la problemática que tal afirmación pudiera crear en un Estado como el francés en el que la separación de poderes es sagrada y sólo el parlamento ostenta el poder legislativo, Bellet resolvió el problema de la separación de poderes diciendo que el sistema ha evolucionado de un sistema de separación de poderes a un sistema de cooperación de poderes porque el juez es un paralegislador con un consentimiento tácito o expreso del Parlamento. Bellet, P. *Grandeur et servitudes de la Cour de cassation*, (1980) 32 Rev. Int'l Droit Comp. 293, 297.

[21] Cass. Req. 19 June 1929, DH 1929, 377.

[22] Malinvaud, P., *supra* 7, p. 140.

[23] Sobre la interacción de la jurisprudencia y la separación de poderes, *vid*., Prieur, P. *Jurisprudence et principe de séparation des pouvoirs*, en *Archives de philosophie du droit*, tomo 30, p. 117 (1985); Starck B. *et al., supra* 17, p. 300; Terré, F. *Introduction générale au droit*. París, 1998, p. 240; Carbonier J., *supra* 2, p. 275.

Sin perjuicio de lo anterior, en Francia las decisiones crean jurisprudencia[24] y los juzgados suelen referirse a lo que ya ha sido decidido por ellos mismos o por otros tribunales al resolver los casos que se les presentan, lo que contribuye a reforzar la certidumbre y la seguridad jurídicas.[25] El juez solamente se separará del criterio establecido por una sentencia precedente si la solución anterior es contraria a sus convicciones.[26] Así se evita que las decisiones de los tribunales inferiores sean contrariadas por los tribunales superiores.[27]

En consecuencia, la jurisprudencia (aunque no es fuente del Derecho formal) sí es fuente de «autoridad»,[28] fuerza que se predica especialmente en atención a:

- la calidad del razonamiento jurídico siempre y cuando esté relacionado con el asunto,
- el origen jerárquico de la decisión, de modo que una decisión que provenga de la Corte de Casación tendrá mayor autoridad,[29]
- la fecha de la decisión, con preferencia por las más recientes,
- la frecuencia o carácter reiterado de una determinada solución.

Conviene reseñar que la jurisprudencia no es sólo el cuerpo de decisiones emitidas por la Corte de Casación sino que se va desarrollando

---

[24] MALINVAUD, P., *supra* 7, p. 141; TERRÉ, F., *supra* 293, p. 241.

[25] MALINVAUD, P., *supra* 7, p. 145.

[26] STARCK, B. *et al., supra* 17, p. 331.

[27] TERRÉ, F. lo denomina *loi d'imitation*, TERRÉ, F., *supra* 23, p. 228; MALINVAUD, P., *supra* 7, p. 145; GILLIARD, F. *La jurisprudence et la doctrine sont-elles des sources du Droit?* En *Recueil des travaux suisses présentées au IXe Congrès international de droit comparé*, 3, 16, GILLIARD, F. *et al*. (ed.), 1976.

[28] CARBONIER, J., *supra* 2, p. 275.

[29] MALINVAUD, P., *supra* 7, p. 145. La autoridad superior es representada por la Corte de Casación decidiendo en pleno. La autoridad inferior se refiere a las decisiones adoptadas en sala única. De otro lado, las decisiones de las cortes de apelación son consideradas de menor autoridad y, entre las mismas, la doctrina considera que la Corte de Apelación de París tiene una autoridad superior. *Vid*. STARCK, B. *et al., supra* 17, pp. 337 y 338. CARBONIER, J., *supra* 2, p. 276.

a lo largo de las distintas instancias. La Corte de Casación tiene que asegurarse de que la ley es interpretada y aplicada de manera uniforme,[30] sin perjuicio de que puede cambiar su propia jurisprudencia.[31]

Así pues, la fuerza y relevancia de la jurisprudencia en Francia es extraordinaria y, por ello, se ha dicho que se identifica con las normas que interpreta y que se sitúa en la misma posición general.[32]

2.3. España

En España, el artículo 1.1 del Código Civil excluye a la jurisprudencia de las fuentes del Derecho si bien el artículo 1.6 establece que complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que de modo reiterado[33] establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales de Derecho.

---

[30] Malinvaud, P., *supra* 7, pp. 141-143; Van de Kerchove, M., *supra* 17, p. 218. René, D./C. Jauffret-Spinosi. *Les grands systèmes de droit contemporains*. París, 2002, p. 114; Saluden, M., *supra* 17, p. 195.

[31] Terré, F., *supra* 23, p. 228. Patrick Morvan ha identificado cuatro tipos distintos de cambios jurisprudenciales:

- Cambio autosatisfactorio: la Corte de Casación envía cada año un informe anual al legislador. En ocasiones, la Corte aplica sus propias sugerencias emitidas en esos informes cuando el legislador no les ha hecho caso.
- Cambio oportunista: cambios jurisprudenciales que no obedecen a razones jurídicas sino a razones de oportunidad.
- Normas prospectivas: para limitar las consecuencias financieras que puede tener la retroactividad de la jurisprudencia (la Corte de Casación francesa sólo ha seguido esta estrategia en una ocasión (*vid*. Decisión de la Corte de Casación, 1re., de 9 de febrero 1988)).
- Cambio retrospectivo para evitar discriminación bajo una nueva legislación que no tiene efecto retroactivo el juez puede abandonar la interpretación de acuerdo con la Antigua ley e interpretar ésta a la luz de la nueva norma (Se han producido tales revocaciones en procedimientos colectivos. *Vid*. también, Decisión en pleno de la Corte de Casación, de 9 de julio de 1982, 80-17.08).

[32] Terré, F., *supra* 23, p. 248.

[33] Se necesitan dos decisiones del Tribunal Supremo que adopten el mismo razonamiento para que constituyan una autoridad vinculante. STS 17 de julio de 1996

En este sentido, las sentencias que integran la jurisprudencia española, entendida en el sentido del artículo 1.6 del Código Civil aúnan los siguientes requisitos:

- Deben provenir del Tribunal Supremo.[34]

- Deben ser del mismo orden jurisdiccional; por ejemplo, en Derecho Civil, de la Sala Primera del Tribunal Supremo.[35]

- Deben contener criterios que posean una cierta estabilidad y reiteración en su aplicación (no hay jurisprudencia con una única sentencia).[36]

- Deben resolver una cuestión con el mismo criterio que otra sentencia (esto es, basta la aplicación de la misma doctrina, sin que sea necesario que los casos que resuelvan sean idénticos).[37]

- Deben establecer la doctrina reiterada —jurisprudencia— como fundamento del fallo (como razones básicas o sustanciales para adoptar la solución, *ratio decidendi*), no incidentalmente.[38]

La jurisprudencia del Tribunal Supremo no es estática, sino que se adapta a los cambios que puedan experimentar tanto la doctrina, como

---

[R. n.° 5724], STS 23 de junio de 1990 [R. n.° 4888], STS 7 de marzo de 1996 [R. n.° 1881].

34 STS 22 de abril de 1987 (R. n.° 602/87) ha resaltado la reconocida autoridad de la doctrina de las resoluciones de la D.G.R. y N., pero expresamente le niega su carácter de jurisprudencia. En el mismo sentido, ver STS 15 de marzo de 1991 (R. n.° 509/91), STS 29 de enero de 1996 (R. n.° 298/96) y STS 2 de diciembre de 1998 (R. n.° 287/99).

35 STS 14 de junio de 1991 (R. n.° 779/91).

36 DÍEZ- PICAZO y GULLÓN. *Sistema de Derecho Civil.* Madrid, 2001, p. 154.

37 STS 23 de junio de 1990 (R. n.° 863/90).

38 ALBALADEJO. *Derecho Civil*. Barcelona, 2000, tomo I, p. 135. *Vid*. también STS 17 de julio de 1996 (R. n.° 851/96).

la sociedad. Por tanto, la jurisprudencia vigente será la última, sin que ello impida que el Alto Tribunal decida cambiarla. Además, conviene reseñar que, pese al tenor literal del mencionado artículo 1.6 del Código Civil, es notorio que jueces y abogados apoyan sus razonamientos no sólo en la doctrina emanada del Tribunal Supremo, sino también en otras sentencias que conforman la denominada jurisprudencia menor.

El valor de la jurisprudencia se aprecia en España en tres planos distintos: (i) en el juicio singular, al emplearse como fundamento de la decisión; (ii) en el orden jurisdiccional, al establecer la validez de un criterio de interpretación, que puede proyectarse a situaciones futuras similares y que no se impone de forma vinculante, sino de modo orientativo;[39] y (iii) en el ordenamiento jurídico, al introducir nuevas interpretaciones de las normas que aplica,[40] actualizando y adaptando la legislación a la realidad social[41] y complementando las fuentes del Derecho (hay varios ejemplos de sentencias cuya doctrina se ha incorporado a la legislación, como es el caso de la prohibición del abuso del Derecho,[42] o sentencias que han creado conceptos nuevos, como el del daño moral,[43] o que han dado origen a doctrinas nuevas, como la del «levantamiento del velo de la persona jurídica»).[44]

2.4. Alemania

Mediante el término jurisprudencia constante (*Ständige Rechtsprechung*), los tribunales alemanes se refieren a una regla que se ha adoptado a resultas de una serie de decisiones como si se tratara de la costumbre

---

[39] Albaladejo, *supra* 38, p. 135.

[40] Lalaguna Domínguez, E. *Artículos 1 a 7 del Código Civil.* En Albaladejo, M./S. Díez Alabart (Coord.). *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*. Madrid, 1992, sección VII, tomo I, pp. 31 y 32.

[41] Calvo Vidal. *La jurisprudencia, ¿fuente del Derecho*? Valladolid, 1992, p. 313.

[42] STS 14 de febrero de 1944.

[43] STS 6 de diciembre de 1912.

[44] De Ángel Yágüez, R. *La doctrina del «levantamiento del velo», de la persona jurídica en la reciente jurisprudencia.* Madrid, 1990.

vinculante para los tribunales y las partes.[45] Es más, una única sentencia del Bundesgerichtshof puede constituir un precedente vinculante para el resto de tribunales y autoridades administrativas.[46]

Tal y como se decía respecto a otros sistemas de Derecho Civil, las sentencias que no constituyan una jurisprudencia constante tienen un carácter persuasivo, cuyo valor dependerá del tribunal que haya dictado la decisión, la motivación de la misma, y por eso se espera que los jueces de instancias inferiores sigan las decisiones de los jueces de instancias superiores para garantizar la seguridad jurídica y la economía en la resolución de conflictos, así como una uniformidad jurídica en la jurisprudencia.[47]

3. LA JURISPRUDENCIA EN SISTEMAS DE *COMMON LAW*

Tratándose de Estados con sistemas de *Common Law*, la función del precedente es mucho más clara. En efecto, en los países anglosajones impera la doctrina del *stare decisis et quieta non movere* (en su versión abreviada, doctrina del *stare decisis*). Esta máxima puede traducirse en la obligación de observancia de las decisiones previas, de modo que se respeten las cuestiones que ya hayan sido resueltas anteriormente por los tribunales, esto es, *estar a lo decidido y no perturbar lo ya establecido*.[48]

---

[45] LARENZ, K./M. WOLF. *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*. Munich, 2004, §3, para. 43.

[46] LARENZ. *Methodenlehre der Rechtswissenschaft.* Berlín, 1991, pp. 366 y ss.; SCHÜTZE, R. *The Precedential Effect of Arbitration Decisions*, (1994) 11 J. Int'l Arb. 69.

[47] BERGER, K.P. *The International Arbitrators' Application of Precedents*, (1992) 9 J. Int'l Arb. 5, 10.

[48] De forma previa, cabe destacar que, en el *Common Law*, para referirse a las cuestiones que sí tienen fuerza vinculante, esto es, que sientan precedente, los estadounidenses utilizan el término *holding* y los ingleses, *ratio decidendi* del caso. Ambos contraponen los respectivos conceptos con el *obiter dictum* del caso, que carece de dicha fuerza vinculante.

De hecho, el término precedente ya refleja esta noción, al poder definirse como una decisión de un tribunal que se considera como un ejemplo o autoridad para casos idénticos o similares que surjan posteriormente de una cuestión jurídica idéntica o similar.[49]

Una cuestión esencial que distingue a las jurisdicciones del *Common Law* respecto a las del Derecho Civil en materia de la doctrina del precedente es su carácter vinculante, puesto que, en el Reino Unido, los Estados Unidos de América y los demás países del *Common Law*, basta con que haya una decisión *in point*, aplicable al caso concreto, para que un juez se vea obligado, en principio, a seguirla, lo que no sucede, en líneas generales, en los países de tradición civilista.[50]

En este sentido, cabe distinguir dos dimensiones de la doctrina del precedente en el *Common Law*: por un lado, el *stare decisis* horizontal (los tribunales deben seguir sus propios precedentes) y, por otro lado, el *stare decisis* vertical (los tribunales deben seguir los precedentes de sus superiores jerárquicos). Ambas vertientes reflejan este carácter coercitivo que distingue a la doctrina del precedente del *Common Law* al que nos referíamos en el anterior párrafo: un tribunal superior puede dejar sin efecto la sentencia del tribunal inferior que no ha seguido su propia jurisprudencia menor y, asimismo, un tribunal superior puede dejar sin efecto la decisión de otro tribunal inferior si no ha seguido la jurisprudencia dictada por el tribunal superior.[51]

En suma, el propósito de la máxima del *stare decisis* es proporcionar seguridad jurídica, estabilidad, predictibilidad, igualdad[52] y trato uniforme para reducir la discrecionalidad judicial.[53]

---

[49] *Vid*. Commission, J.P. *Precedent in Investment Treaty Arbitration*, (2007) 24 J. Int'l Arb. 129, 134.

[50] Legarre, S./J. Rivera. «Naturaleza y dimensiones del *stare decisis*». *Revista chilena de Derecho*, 2006, vol. 33, n.° 1, p. 111.

[51] *Ibidem*, p. 113.

[52] Hardisty. *Reflections on Stare Decisis* (1979-1980) 55 Indiana L. J. 41, 55.

[53] Born, G.B. *International Commercial Arbitration.* La Haya, 2009, p. 2953.

En cualquier caso, el valor vinculante del precedente variará entre las jurisdicciones del *Common Law* dependiendo del número de tribunales que hayan considerado la cuestión, la identidad del tribunal que haya dictado la decisión o decisiones en torno a la misma, y el grado de detalle de los argumentos apuntados para fundamentarla.[54]

Por último, se debe subrayar que la cuestión de la analogía resulta esencial para la doctrina del precedente en el *Common Law*. La falta de similitud entre un caso y un determinado precedente permite distinguirlos y, por tanto, no aplicar el precedente al nuevo caso que tiene elementos relevantes distintos (esta práctica se conoce como *distinguishing*).[55]

Seguidamente, se analiza la doctrina del *stare decisis* en los Estados Unidos de América y en el Reino Unido.

3.1. Estados Unidos de América

El Tribunal Supremo de los Estados Unidos ha reconocido la vigencia de la doctrina del *stare decisis* en la medida en que contribuye a garantizar la seguridad jurídica e integridad del procedimiento judicial. En concreto, el Alto Tribunal se pronunció en los siguientes términos:

> We approach the reconsideration of decisions of this Court with the utmost caution. *Stare decisis* reflects 'a policy judgment that "in most matters it is more important that the applicable rule of law be settled than that it be settled right"'. It 'is the preferred course because it promotes the evenhanded, predictable, and consistent development of legal principles, fosters reliance on judicial decisions, and contributes to the actual and perceived integrity of the judicial process'. This Court has expressed its reluctance to overrule decisions involving statutory interpretation,

---

[54] LANDES/POSNER. *Legal Precedent: A Theoretical and Empirical Analysis*. 19 J. Law & Econ. 249, 250 (1976), citado en BORN, G.B., *supra* 53, p. 2956.

[55] CROSS, R./J.W. HARRIS. *Precedent in English Law* (Oxford: Clarendon Press), 1991, 4.ª ed., capítulo VI.

> and has acknowledged that *stare decisis* concerns are at their acme in cases involving property and contract rights.[56]

Ahora bien, el Tribunal Supremo estadounidense ha matizado que, aunque como ya se ha visto, sí existe una cierta fuerza vinculante del precedente, ello no significa que éste sea inamovible.[57]

En efecto, en varias ocasiones, los tribunales estadounidenses han modificado jurisprudencia anterior en los casos en los que los precedentes habían quedado desfasados como consecuencia de nuevos desarrollos legislativos.[58] Así, los tribunales estadounidenses, cuando concurren circunstancias específicas, se separan de los precedentes al entender que no cabe la aplicación del mismo razonamiento, atendiendo a esas nuevas circunstancias.[59]

---

[56] Sentencia del Tribunal Supremo de Estados Unidos de América, *State Oil Co. vs. Khan*, 522 U.S. 3, 1997 [«Abordamos la reconsideración de las decisiones de este Tribunal con suma prudencia. La doctrina de *stare decisis* refleja un criterio según el cual "en la mayoría de los casos es más importante establecer la norma aplicable que establecerla correctamente". Se trata del 'proceder preferido porque promueve el desarrollo imparcial, predecible y coherente de los principios jurídicos, fomenta la confianza en las decisiones judiciales y contribuye a la integridad real y aparente del proceso judicial'. Este Tribunal ha expresado su reticencia a apartarse de decisiones que conllevan una interpretación de la ley, y ha reconocido que las inquietudes en cuanto a la doctrina de *stare decisis* alcanzan su cénit en casos que implican derechos contractuales y de propiedad»].

[57] Sentencia del Tribunal Supremo de Estados Unidos de América. *Agostiniv. Felton*, 521 U.S. 203, 1997.

[58] Sentencia del Tribunal Supremo de Estados Unidos de América. *Patterson vs. McLean Credit Union*, 491 U.S. 164, 173-75, 1989.

[59] Born, G.B. *supra* 53*,* pp. 2953, 2954, citando a Kempin, *Precedent and Stare Decisis; The Critical Years*, *1800 to 1850*, (1959) 3 Am. Legal Hist. 28, pp. 50-53 y Field, *The Role of Stare Decisis in the Federal Court*, 9 Fed. Cir. B.J. 203, 208 (1999-2000).

3.2. Reino Unido

En el sistema legal inglés los precedentes tienen un valor vinculante muy importante, tal y como declaró la *House of Lords* en el siglo XIX.[60] También es cierto, sin embargo, que este sistema debe ser aplicado de forma flexible, con el fin de evitar dictar una sentencia injusta en un caso particular. En este sentido, la *House of Lords* se pronunció en 1966 como sigue:

> *[T]oo rigid adherence to precedent may lead to injustice in a particular case and also unduly restrict the proper development of the law*.[61]

O en palabras de Lord Denning: «*[I]f we never do anything which has not been done before, we shall never get anywhere. The law will stand still whilst the rest of the world goes on: and that will be bad for both*».[62]

En concreto, en el ámbito del Derecho Mercantil, la *House of Lords* ha resaltado la importancia de adecuar la jurisprudencia a la práctica de los comerciantes, en continuo cambio, con el fin de promover —y no restringir— el desarrollo del comercio[63] sin olvidar, obviamente, el valor

---

[60] «*By the constitution of this United Kingdom, the House of Lords is the Court of Appeal in the last resort, and its decisions are authoritative and conclusive declarations of the existing state of the law, and are binding upon itself sitting judicially, as much as upon all inferior tribunals… [T]he doctrine on which the judgment of the House is founded must be universally taken for law, and can only be altered by Act of Parliament*», *Attorney-General vs. Dean and Canons of Windsor* (1860) 8 H.L.C. 369, 391-92 (Lord Campbell, LLC).

[61] «La adhesión demasiado estricta al precedente puede derivar en una injusticia en un determinado caso, así como en la restricción indebida del adecuado desarrollo del Derecho».

[62] DENNING, A. *The Discipline of Law* 296 (1979) citado en KAUFMANN-KOHLER, G. *Arbitral Precedent: Dream, Necessity or Excuse?*, (2007), 23 Arb. Int'l 356, 358. [«Si nunca hacemos nada que no haya sido hecho ya, nunca llegaremos a ninguna parte. El Derecho quedará paralizado, mientras el resto del mundo avanza: y ello sería negativo para ambos»].

[63] *Maxim Nordenfelt Case* [1894] A.C. (*House of Lords*), 535, 553.

del precedente en este ámbito, en la medida en que refleje prácticas mercantiles ya consolidadas:

> *Established rules of law not affirmed by the House [of Lords] but treated for many decades as axiomatic in the ordinary dealings of men and upheld by the Courts other than the House of Lords, which even if not thought the best rule would not be upset by the House*.[64]

La posibilidad de apartarse de un precedente (o*verruling*) implicaría la desaparición de la obligatoriedad que derivábamos del *stare decisis* horizontal. Sin embargo, esta posibilidad de *overruling* sólo será aplicada por la *House of Lords* en casos excepcionales, y no sin antes detallar de forma precisa los argumentos que le han llevado a tomar esta decisión.[65] En cualquier caso, por lo general,[66] se sigue una versión de la doctrina de *stare decisis* horizontal flexible, puesto que los tribunales superiores ejercen su poder de *overruling* con más frecuencia.[67]

4. Conclusión

Independientemente de la cultura jurídica (Derecho Civil o *Common Law*), todo sistema jurídico procura proporcionar seguridad jurídica, certidumbre, estabilidad (no inmovilismo) e igualdad y trato uniforme en el ejercicio de la potestad jurisdiccional. Se trata de ofrecer a los

---

[64] Lord Wright, *Precedents*, 8 Cambridge L.J., 1943, pp. 118, 137. [«Principios establecidos no confirmados por la *House of Lords* aunque considerados axiomas durante décadas en los negocios ordinarios, y sostenidos por tribunales distintos de la *House of Lords*, que aun no siendo considerados como los más adecuados, no serían anulados por la *House*»].

[65] Legarre, S./J. Rivera, *supra* 50, p. 116.

[66] Con la excepción del Estado de Lousiana, de tradición civilista, donde rige en el orden local la doctrina de la jurisprudencia constante, inspirada en el sistema jurisprudencial francés.

[67] *Vid*. las sentencias anteriormente citadas del Tribunal Supremo estadounidense: *Patterson vs. McLean Credit Union*, 491 U.S. 164, 173-75, 1989; *State Oil Co. vs. Khan*, 522 U.S. 3, 1997; *Agostiniv. Felton*, 521 U.S. 203, 1997.

sujetos que recurren a la jurisdicción, previsibilidad a la hora de aplicar el Derecho y la garantía de que situaciones iguales o similares serán tratadas de manera igual o similar.

De cara a la consecución de estos objetivos, la jurisprudencia desempeña un rol extraordinariamente relevante al atribuírsele, en mayor o menor grado y dependiendo del sistema jurídico, carácter vinculante. El juez que decide sobre un caso concreto debe contemplar o debe atender a lo señalado anteriormente por otros jueces. Y, obviamente, para que un juez pueda atender y respetar lo señalado por otro previamente es necesario, y común a todos los sistemas jurídicos, que las sentencias se motiven, que las sentencias se publiquen y que exista una organización jerárquica.

Sin duda, podemos decir que es común a todo sistema jurídico que los jueces, con mayor o menor intensidad, se vean obligados o persuadidos a seguir los precedentes establecidos por sentencias anteriores y, particularmente, los que provienen de las más altas instancias.

Parte II: El valor de los laudos arbitrales y los criterios que resultan de ellos en el arbitraje

1. Cuestiones generales

A lo largo de los últimos años, el desarrollo y el crecimiento del arbitraje en el mundo ha sido exponencial. De un lado, se ha producido un incremento extraordinario en el número de arbitrajes comerciales y, de otro lado, se ha vivido un desarrollo importantísimo de otros tipos de arbitraje como el arbitraje de inversión o el arbitraje deportivo.

Ello ha permitido que hoy podamos hablar de la existencia de un vasto cuerpo de laudos arbitrales, cuerpo en el que se repiten, ocasionalmente, una serie de criterios, reglas o principios.

Bajo esta realidad, la pregunta que nos formulamos (como ya han hecho otros en el pasado),[68] es si el conjunto de laudos arbitrales y criterios que emanan de ellos deben tener algún valor o relevancia en la resolución de nuevos procedimientos arbitrales y, en su caso, si ese valor y relevancia debe jugar un rol similar a la jurisprudencia de los tribunales de justicia. En otras palabras, la pregunta que se formula es si, al igual que sucede con la jurisprudencia, los laudos arbitrales deben tener (en mayor o menor grado) carácter vinculante, a fin de proporcionar seguridad jurídica, certidumbre, estabilidad e igualdad y trato uniforme.

Pues bien, como se verá en las próximas líneas, el conjunto de laudos arbitrales no es una realidad equiparable a la jurisprudencia emanada de los tribunales de justicia. Además, tampoco parece apropiado referirnos al conjunto de laudos arbitrales como si éste fuera una realidad unívoca y uniforme, pues sabemos que el valor y relevancia de los laudos arbitrales no es igual, al menos desde el punto de vista práctico, según el tipo de arbitraje al que nos estemos refiriendo.

En cualquier caso, antes de entrar a analizar el valor y relevancia de los previos laudos arbitrales en el marco del arbitraje, conviene que contestemos a la pregunta de si los árbitros deben atender a los criterios establecidos en laudos anteriores o, por el contrario, las especiales características del arbitraje, habilitan a éstos a actuar al margen de y sin consideración a todo precedente arbitral.

---

[68] *Vid*. Born, G., *supra* 53, p. 2970. Commission, J.P., *supra* 49, p. 134. Kaufmann-Kohler, G., *supra* 62, p. 358. Schütze, R., *supra* 46, p. 69. Weidemaier, W.M.C. *Toward a theory of a precedent in arbitration* (2010) 51 William and Mary L. Rev., 1895, 1916.

2. A LA HORA DE RESOLVER UN PROCEDIMIENTO ARBITRAL, ¿DEBEN LOS ÁRBITROS ATENDER A LOS CRITERIOS ESTABLECIDOS EN LAUDOS ANTERIORES?

Si los árbitros carecen de *lex fori*, si una de las características del arbitraje es la caducidad de la función arbitral con la resolución del caso concreto ¿deben los árbitros atender a las soluciones alcanzadas por otros previamente, sean tribunales de justicia o tribunales arbitrales?

La respuesta a esta pregunta no es unánime.

Hay quien, a la luz de la propia naturaleza del arbitraje, entiende que los árbitros internacionales (i) no pueden estar sujetos a las reglas de *stare decisis*, (ii) deberían poder obviar la jurisprudencia si con ello consiguen que se alcance un resultado más adecuado para las necesidades del comercio internacional o (iii) al menos, pueden aplicarla con menos rigor que los jueces con base a la caducidad propia de la función arbitral.[69]

Quien aquí escribe no se encuentra entre los que suscriben esta idea, al menos, en sus versiones más estrictas y radicales.

Cuando los árbitros tienen que resolver una controversia aplicando una ley determinada, deben considerar lo dispuesto por la jurisprudencia si el Derecho aplicable a la controversia otorga un valor vinculante o persuasivo a ésta; los árbitros no pueden hacer abstracción de esta realidad. En otras palabras, los tribunales arbitrales deberían dar a las decisiones judiciales el mismo valor que le daría un juez de ese país, pues en el fondo, dichas decisiones forman parte del Derecho o de la manera de aplicar el Derecho.[70]

Como señalara Gary B. Born «*it is not acceptable that arbitrators view their mandate as coming close to applying the law or as being able to*

---

[69] REDFERN, A. «International Commercial Arbitration: Winning the Battle». En *Private Investors Abroad*. Dallas, 1989, pp. 11-12.

[70] BERGER, K.P., *supra* 47, p. 10.

disregard settled authority if there is "sufficient support" for doing so. These formulations are incompatible with both the arbitrators' obligation to apply the law and the parties' desire for predictability and certainty, evidenced through their choice-of-law agreement and their decision not to arbitrate ex aequo et bono […] *parties select arbitrators to decide a single case in order to obtain the most expert, best-suited and most attentive decision-maker, to resolve their dispute in accordance with the law, including the law as expressed in decided judicial authorities*».[71]

¿Podemos decir, de la misma manera, que los árbitros deben atender a los laudos arbitrales anteriores de la misma forma que deben atender a la jurisprudencia cuando el Derecho aplicable a la controversia otorga un valor vinculante a ésta?

Obviamente la respuesta no puede ser tan clara y rotunda. En los casos de arbitraje sometido a una concreta ley, parece evidente que esa ley no va a otorgar valor vinculante o persuasivo a los previos laudos arbitrales dictados.

Si la ley aplicable a la controversia arbitral (si es que la hay) no otorga valor o relevancia alguna a las decisiones arbitrales anteriores, ¿por qué los árbitros deberían atender a esos laudos previos?

En el fondo, la cuestión que se plantea (¿deben los árbitros atender a los criterios establecidos en laudos anteriores?) entraña otra cuestión:

---

[71] Born, G., *supra* 53, p. 2963. [«No es aceptable que los árbitros vean su mandato como similar a la aplicación de la ley o como la capacidad para ignorar doctrina asentada si existe "suficiente apoyo" para hacerlo. Estas formulaciones son incompatibles con la obligación de los árbitros de aplicar la ley y el deseo de las partes de disponer de predictibilidad y certitud, puestas de relieve a través de su selección de la ley aplicable y su decisión de no acudir a un arbitraje *ex a quo et bono*. […] las partes seleccionan a los árbitros para decidir un único caso con el objeto de obtener el juzgador más experto, adecuado y atento, y así resolver su controversia conforme a la ley, incluyendo la ley conforme a lo expresado por las autoridades judiciales»].

¿es conveniente o necesario que en el arbitraje exista una cierta uniformidad y coherencia en las soluciones dadas a problemas similares?

Como ya sabemos, la uniformidad y coherencia es un deber en el ejercicio de la potestad jurisdiccional por parte de los tribunales de justicia y, con miras al cumplimiento de ese deber, los tribunales de justicia se organizan y estructuran de modo jerárquico, gozan de estabilidad y sus sentencias se publican y deben estar siempre motivadas. Con ello se procura alcanzar la uniformidad y previsibilidad, a fin de que situaciones iguales o similares encuentren respuestas idénticas o similares por parte de los tribunales de justicia. En resumen, se busca garantizar la igualdad de trato.

¿En el ámbito del arbitraje internacional también se debe procurar que situaciones iguales o similares encuentren respuestas idénticas o similares por parte de los árbitros?

Pese a que es cierto que en el marco arbitral no existen esos mecanismos dispuestos por la jurisdicción para asegurar esa coherencia y uniformidad, quien escribe sí cree que en el ámbito arbitral se debe procurar que situaciones iguales o similares encuentren respuestas idénticas o similares por parte de los árbitros.

De un lado, y como señalara la profesora Gabrielle Kaufmann-Kohler,[72] «*legal theory tells us that the rule of law is only the rule of law if it is consistently applied so as to be predictable. It also teaches us that decision-makers have an obligation —whether moral or legal is not relevant here— to strive for consistency and predictability and thus to follow precedents*».[73]

---

[72] KAUFMANN-KOHLER. «Is consistency a myth?». En *Precedent in International Arbitration* (GAILLARD, E. and Y. BANIFATEMI (eds.), 2008), p. 144.

[73] [«La doctrina nos indica que la justicia únicamente existe como tal si es impartida de forma coherente a efectos de resultar predecible. Igualmente, nos enseña que los responsables de la toma de decisiones tienen la obligación (el hecho de que sea

De otro lado, creemos que al someterse a arbitraje es razonable y lógico pensar que las partes piden previsibilidad y uniformidad, sobre todo si se han sometido a un arbitraje de Derecho.[74]

Por todo ello, el mandato del árbitro debe abarcar no sólo la obligación de atender la ley, sino también todos los materiales que contribuyan a esclarecer su aplicación e interpretación, entre ellos, los previos laudos arbitrales.

Sin duda, la búsqueda de esa coherencia y uniformidad ha sido una preocupación histórica y constante en el mundo del arbitraje hasta el punto de que ha habido propuestas dirigidas a conseguir una institucionalización global del arbitraje.[75] Tan lejos no se ha llegado, pero sí es reseñable que con las miras en ese objetivo, el laudo no motivado se está convirtiendo en la excepción y la publicación y sistematización de decisiones arbitrales es cada día mayor y mejor. Parece evidente, pues, que el arbitraje en su conjunto (operadores jurídicos y quienes recurren al mismo) busca la coherencia y uniformidad en el conjunto de decisiones y, con las limitaciones propias de este método de resolución de conflictos, se ha ido progresando —a lo largo de los últimos años— hacia la consecución (aunque sea sólo parcial) de estos objetivos.

---

moral o legal carece de relevancia en este momento) de luchar por la coherencia y la predictibilidad y, por tanto, de seguir el precedente»].

74 Born, G., *supra* 53, pp. 2962 y 2963.

75 Maniruzzaman, A.F.M. «The Lex Mercatoria and International Contracts: a Challenge for International Commercial Arbitration?». *American University International Law Review*, 14, n.° 3 (1999), p. 730.

3. EL VALOR TEÓRICO DEL CONJUNTO DE LAUDOS ARBITRALES Y CRITERIOS QUE EMANAN DE ELLOS

Por ahora hemos concluido que el deber de los árbitros ha de abarcar la obligación de atender a todos los materiales que contribuyan a esclarecer su aplicación e interpretación, entre ellos, los previos laudos arbitrales.

La siguiente cuestión que hemos de plantearnos, es cómo deben contemplar, qué valor deben atribuir los árbitros a ese conjunto de laudos arbitrales y criterios que emanan de ellos.

3.1. Imposible equiparación a la jurisprudencia

El valor y relevancia del conjunto de laudos y criterios emanados de ellos no pueden equipararse al valor y relevancia de la jurisprudencia. Estamos hablando de realidades muy distintas.

En efecto, en primer lugar, conviene tomar en consideración que las decisiones judiciales son dictadas por los tribunales de justicia (órganos públicos) haciendo uso de la potestad jurisdiccional (aplicación del Derecho al caso concreto) que le viene atribuida por el ordenamiento jurídico.[76]

Por el contrario, las decisiones arbitrales son dictadas por un árbitro o panel arbitral cuya constitución resulta de un convenio arbitral suscrito por varias partes y cuya función es la de resolver una concreta controversia que surja entre ellas.

No estamos pues, en el caso del arbitraje, ante un órgano público ni ante el ejercicio de la potestad jurisdiccional.

En segundo lugar, a diferencia de los tribunales arbitrales, los tribunales de justicia se caracterizan por la estabilidad, la continuidad, el

[76] En España, véanse los artículos 1 y ss. de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

orden jerárquico y la obligación de motivar sus decisiones, que han de ser públicas. Todo ello, a fin de tratar de asegurar la uniformidad y previsibilidad que, a la postre, garantice la igualdad de trato.

Esta realidad no es predicable del arbitraje.

No existe ningún tribunal que esté por encima de los tribunales arbitrales que se constituyen para cada caso concreto. El prestigio que tienen algunas instituciones arbitrales puede intentar garantizar cierta uniformidad, tanto en el plano formal como en el substantivo, a través de la elección de los árbitros y la revisión de los laudos, pero ello no contrarresta, ni mucho menos, las carencias intrínsecas al arbitraje a este respecto.

No todas las decisiones arbitrales se motivan (la Ley española de Arbitraje permite a las partes acordar que el laudo no sea motivado)[77] y las decisiones motivadas, en algunos casos, más parecen una solución de compromiso (revestida de cierto soporte legal) que una solución resultante de la aplicación del Derecho.

Además, el acceso y publicidad de las decisiones arbitrales es muy limitado.[78]

Sin entrar ahora a discutir las posibles excepciones o las actuales tendencias que defienden que la confidencialidad no es una característica inherente al arbitraje, partimos de la base de que el arbitraje sí es confidencial, lo que implica que los laudos no se publican. Obviamente, si un laudo no es accesible difícilmente, puede servir como precedente.

---

77 Artículo 37.4 de la Ley n.º 60/2003, de Arbitraje.

78 *Vid*. Maniruzzaman, A., *supra* 75, p. 730.

Es cierto que hay quien entiende que la publicación no es un elemento necesario para que un laudo tenga un efecto persuasivo.[79] De hecho, algunos autores se refieren en ocasiones a laudos que no están disponibles para las partes[80] y la Corte de Apelación de París ha aceptado esta práctica.[81] Y es cierto que cada vez existen mayores iniciativas tendentes a la publicación de los laudos, aunque también es cierto que la publicación no está sistematizada para facilitar su consulta.[82]

Ahora bien, por mucho que haya quienes defiendan el valor de laudos no publicados y por mucho que haya mayores iniciativas tendentes a la publicación, la publicidad y accesibilidad de laudos no es comparable con la publicidad y accesibilidad respecto de las sentencias de los tribunales y, sin duda, por mucho que se diga lo contrario, es innegable que la publicidad y accesibilidad son necesarias para asegurar que decisiones previas puedan servir de precedente de otras posteriores.[83]

---

79 En sentido contrario, DUPREY, P., *Do Arbitral Awards Constitute Precedents? Should Commercial Arbitration be distinguished in this regard from Arbitration Based on Investment Treaties?* En GAILLARD, E. (ed.) *Towards a Uniform International Arbitration Law?* Berna, 2005, p. 257; SCHÜTZE, R., *supra* 46, p. 73.

80 BERGER, K.P. *International Economic Arbitration*. La Haya/Boston: Kluwer Law and Taxation Publishers, 1993, p. 522.

81 *Vid*. Decisión de la Corte de Apelación de París, 14 de febrero de 1989, *Société Ofer brothers vs. The Tokyo Marine and Fire insurance Co. Ltd. et al*. RdA 1989, pp. 695-697.

82 COE, J.J., Jr. *International Commercial Arbitration: American Principles and Practice in a Global Context.* Nueva York, 1997, p. 87. CARBONNEAU, T. *Rendering Arbitral Awards with Reasons: The Elaboration of a Common Law of International transactions* (1985) 23 Columbia J. Transnat'l L. 579, p. 800, incluyendo una propuesta de organizar la jurisprudencia arbitral en torno a las principales instituciones arbitrales.

83 En el ámbito del arbitraje comercial, con frecuencia los laudos no son publicados, aunque cada vez más aparecen publicados extractos de laudos o laudos en el que los elementos que permiten identificar a las partes han sido eliminados. La publicación es muchas veces sesgada con lo que dificulta la tarea de extrapolar el razonamiento a casos similares. Por esta misma razón los árbitros suelen ser reticentes a utilizar casos anteriores si no disponen de una descripción detallada de

Finalmente, y en tercer lugar, se ha de subrayar que es evidente que los distintos sistemas jurídicos atribuyen un valor y función a la jurisprudencia que no se atribuye al conjunto de decisiones arbitrales.

En efecto, como ya hemos visto a lo largo de las primeras páginas de este trabajo, en los países de *Common Law* impera, con matices, porque así lo dispone el ordenamiento jurídico, la obligatoria observancia de las decisiones previas, de modo que se respeten las cuestiones que ya hayan sido resueltas anteriormente por los tribunales (doctrina del *stare decisis*). En los países de Derecho Civil, los distintos ordenamientos jurídicos atribuyen a la jurisprudencia un importante rol en la aplicación e interpretación del Derecho (como fuente complementaria del ordenamiento jurídico o como criterio orientador del Derecho que ejerce un valor persuasivo).

Los distintos ordenamientos jurídicos no atribuyen a las decisiones arbitrales un valor semejante, más allá del de ser una mera decisión que resuelve concretas controversias entre partes.

A la vista de lo expuesto, es evidente que estamos hablando de realidades muy distintas cuyo valor, con carácter general, no puede equipararse.

3.2. Valor como antecedente, precedente persuasivo o como fijador de principios de aplicación transnacional

Que el valor y relevancia del conjunto de laudos arbitrales y criterios que se puedan desprender de los mismos no sean equiparables a los de la jurisprudencia, no nos ha de llevar a la conclusión de que carecen de valor alguno.

A este respecto no podemos dejar de mencionar que:

---

las circunstancias para asegurarse de que el razonamiento puede aplicarse también a su caso concreto.

- Después de tantos años de práctica arbitral internacional se puede hablar, al menos, de la existencia de un cuerpo de laudos arbitrales y criterios emanados de los mismos.

- La publicidad y accesibilidad de los laudos es cada vez mayor y mejor (esto es particularmente cierto en el caso del arbitraje deportivo y en el ámbito del arbitraje Ciadi).

- Aunque no todos los laudos son motivados, la mayor parte sí lo son porque los litigantes así lo desean, porque la gran mayoría de instituciones arbitrales y legislación arbitral así lo promueven[84] y porque el interés de los árbitros es ofrecer laudos trabajados y razonados que prestigien su labor. Así, hoy en día, el análisis y fundamentación jurídicos que se realizan en muchos laudos, son de una alta calidad.

- El prestigio de algunas instituciones arbitrales no compensa las ventajas de la existencia de la jerarquía en el ámbito jurisdiccional, pero estas instituciones sí que contribuyen, a través de la elección de los árbitros y la revisión de los laudos, a la uniformidad de las decisiones y a que las mismas sean confiables.

- Existen sistemas de resolución de conflictos mediante arbitraje muy cerrados, tanto respecto al ámbito de cuestiones que se tienen que resolver (con frecuencia son las mismas), como a las instituciones que los administran (arbitraje deportivo, de inversión, marítimo, *commodities*, etc.). De esta forma, la resolución de conflictos está prácticamente monopolizada por unas pocas

---

[84] *Vid*. artículo 31(2) Ley Modelo UNCITRAL; artículo 37.4 Ley española de Arbitraje; §52(4) Ley de Arbitraje de Inglaterra de 1996; artículo 1471 Código de Procedimiento Civil francés; artículo 189 Ley suiza de Derecho Internacional Privado; artículo 25.2 Reglamento CCI; artículo 32.3 *Swiss Rules*; artículo 26.1 Reglamento LCIA. En general, *vid*. BORN, G.B. *supra* 53, pp. 2450-2459; CARBONNEAU, T., *supra* 82, p. 800; WEIDEMAIER, W.M.C., *supra* 68, pp. 1895, 1916.

> instituciones, debido a la existencia de un bien público digno de protección que hace aconsejable la coherencia de todo el sistema.

Obviamente, no podemos extrapolar la doctrina del *stare decisis* vigente en el *Common Law* al ámbito de los laudos arbitrales, ni tampoco podemos equiparar la fuerza vinculante o persuasiva que tiene la jurisprudencia en los países de Derecho Civil a la fuerza de los laudos arbitrales en arbitraje internacional, pero, como veremos a continuación, los laudos previos desempeñan una función.

En primer lugar, la observancia de previas decisiones arbitrales puede servir y sirve, en ocasiones, de guía en la resolución de nuevas controversias arbitrales. Su valor no va más allá de una mera opinión respecto de una cuestión controvertida.

Obviamente, cuanto mejores y más consistentes sean los razonamientos que fundan la decisión previa, la inclinación a seguirla será mayor.

En segundo lugar, algunas decisiones arbitrales se pueden elevar a la categoría de decisiones de autoridad, precedente *de facto* o jurisprudencia persuasiva cuando, siendo éstas accesibles al público, sus criterios y razonamientos se repiten.[85]

Esto es más propio de decisiones arbitrales adoptadas en el marco de instituciones arbitrales (en oposición a los arbitrajes *ad-hoc*)[86] en sistemas de arbitraje cerrados y, particularmente, cuando el acervo jurisprudencial (decisiones de los tribunales de justicia) es inexistente o muy inferior (en términos de número de decisiones y calidad de los razonamientos) al existente en un concreto sistema arbitral.

---

[85] *Vid*. Commission, J.P., *supra* 49, p. 134.

[86] *Vid*. Schütze, R., *supra* 46, p. 72.

En tercer lugar, algunas decisiones arbitrales crean o contribuyen a la creación y/o consolidación de una serie de principios de aplicabilidad transnacional.

Si estos principios que resultan, en mayor o menor medida, de laudos arbitrales, integran o no la nueva *lex mercatoria*, es una cuestión no aclarada por la doctrina y que, en todo caso, excede el ámbito de este trabajo. En cualquier caso, lo innegable es que independientemente de que sean o no parte de la *lex mercatoria,* el conjunto de laudos ha contribuido a crear y consolidar una serie de principios generalmente aceptados.[87] Nos referiremos a algunos de ellos más adelante.

4. VERDADERA TRASCENDENCIA PRÁCTICA DEL CONJUNTO DE LAUDOS ARBITRALES Y CRITERIOS QUE EMANAN DE ELLOS SOBRE OTROS PROCEDIMIENTOS ARBITRALES

4.1. Cuestiones generales

El valor que, según se acaba de referir, puede desplegarse del conjunto de laudos arbitrales públicos y accesibles es, no obstante, desde el punto de vista práctico, limitado —por lo menos, en lo que se refiere a los aspectos sustantivos de las controversias—.

De entrada, hay que pensar que una gran parte de las controversias arbitrales están sometidas a una concreta ley y a pesar de, como vimos,

---

[87] MANIRUZZAMAN, A., *supra* 75, p. 693; TOVAR GIL. *Aplicación de la lex mercatoria internacional por los árbitros*. Lima Arbitration, 2007, n.º 2, p. 107; KAUFMANN-KOHLER, G., *supra* 62, p. 364; COMMISSION, J., *supra* 549, p. 135; BORN, G., *supra* 53, pp. 2968, 2969.
Vid. también laudos del caso *Pabalk Ticaret vs. Norsolor*, International Legal Materials 1989, p. 360; caso CCI n.° 9875 (1990); caso LCIA (1995); caso CCI n.° 7115 (1995); caso CCI n.° 9875 (1996); caso n.° 8502 (1996), disponibles en la página web de UNIDROIT www.unilex.info, citados en TOVAR GIL, M.C., *supra* 87, pp. 116-118, notas 20, 22 y 24.

algunos árbitros tienden a «transnacionalizar» las normas aplicables al caso y separarse en cierta medida de la ley aplicable para adecuar —según se dice— la solución a las exigencias del comercio internacional,[88] lo cierto es que la jurisprudencia emanada de los tribunales de justicia ofrece a los árbitros y a los abogados mayor y mejor material que los tribunales arbitrales.[89] Esta afirmación es cierta en el arbitraje comercial pero, no tanto, en el ámbito de sistemas arbitrales más cerrados.

Sin embargo, donde las decisiones arbitrales cobran mayor relevancia, con carácter general, es en el marco de los pronunciamientos procesales. Así, los laudos arbitrales —con el aval de la doctrina—[90] han ido generando una serie de principios que no estaban enunciados detalladamente en las leyes de arbitraje como, por ejemplo, la separabilidad de la cláusula arbitral, el principio de *compentence-competence*, los estándares aplicables a la adopción de medidas cautelares o la elección del Derecho sustantivo.[91]

En los dos siguientes apartados nos referiremos a la relevancia de los laudos arbitrales y criterios que emanan de ellos en distintos tipos de arbitraje (4.2) y a la relevancia del conjunto de laudos arbitrales como fuente que ha creado o ha contribuido a crear una serie de principios generalmente observados (4.2).

---

88 Kaufmann-Kohler, G., *supra* 62, p. 362; Maniruzzaman, A., *supra* 75, p. 80.

89 Por ello, algunos autores consideran que en cuanto a cuestiones de fondo se refiere (particularmente en el ámbito del arbitraje comercial) no existe una verdadera jurisprudencia arbitral. Otros consideran y entienden, por el contrario, que algunos laudos sí han articulado algunos principios como las obligaciones de buena fe, el principio de fuerza mayor, el deber de mitigar daños, y otras doctrinas que se citan frecuentemente, pero que en muchos casos tienen que ver con los principios de la *lex mercatoria* (Carbonneau, T., *supra* 82, p. 589).

90 *Ibidem*.

91 Born, G.B. *supra* 53, p. 2966; Kaufmann-Kohler, G., *supra* 62, pp. 362 y ss.

4.2. La (desigual) relevancia del conjunto de laudos arbitrales y criterios que emanan de ellos en distintos tipos de arbitraje

A lo largo de los últimos años, la doctrina se ha ocupado de evaluar el valor y relevancia de los laudos arbitrales en los distintos tipos de arbitraje.

Gabrielle Kaufmann-Kohler analizó el valor y relevancia de decisiones arbitrales previas en el arbitraje comercial internacional, el arbitraje de inversiones, el arbitraje deportivo y en la resolución de controversias relativas a los nombres de dominio por la OMPI bajo la *Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy* (UDRP),[92] Jeffrey P. Commission analizó el valor de los laudos arbitrales en el marco del arbitraje de inversión[93] y Mark C. Weidemaier trató el valor y relevancia de los previos laudos arbitrales en el arbitraje comercial internacional, el arbitraje de inversiones y el arbitraje laboral propio de los Estados Unidos de América.[94]

Siguiendo la senda marcada por dichos autores, pasamos a referir brevemente algunas consideraciones respecto del arbitraje deportivo, la resolución de controversias relativas a los nombres de dominio, el arbitraje de inversiones y el arbitraje comercial internacional.

4.2.1. El valor del precedente en el arbitraje deportivo

Sin duda, en este tipo de arbitraje es donde el valor de precedente es más evidente, hasta el punto de que se afirma que en el arbitraje deportivo hay una verdadera doctrina de *stare decisis*.

En efecto, en el arbitraje deportivo, se pretende la configuración coherente de lo que algunos llaman la *lex sportiva*, cuyo bien último protegido es la correcta y ética práctica del deporte. Se trata de garantizar la igualdad de trato en un mundo, el deportivo, absolutamente

---

92 KAUFMANN-KOHLER, G., *supra* 62, p. 357.
93 COMMISSION, J.P., *supra* 49, p. 134.
94 WEIDEMAIER, W.M.C., *supra* 68, p. 1934.

globalizado. El ejemplo más evidente de la necesidad de dicha coherencia e igualdad de trato es el referido a los casos de dopaje.

Esta búsqueda de coherencia unida al hecho de que el Código Mundial Anti-dopaje ha codificado la práctica arbitral[95] y que las clases de controversias que se pueden plantear son muy similares, ha hecho que los árbitros —en el ámbito del arbitraje deportivo— no hayan dudado en otorgar a las decisiones anteriores un valor sustantivo de precedente, aunque no vinculante. En este sentido, es menester transcribir algunos laudos que se han pronunciado expresamente al respecto y que ilustran perfectamente este parecer:

> [*I]n arbitration there is no* stare decisis*. Nevertheless, the Panel feels that CAS rulings form a valuable body of case law and can contribute to strengthen legal predictability in international sports law. Therefore, although not binding, previous CAS decisions can, and should, be taken into attentive consideration by subsequent CAS panels, in order to help developing legitimate expectations among sports bodies and athletes.*[96]
>
> *In CAS jurisprudence there is no principle of binding precedent, or* stare decisis*. However, a CAS Panel will obviously try, if the evidence permits, to come to the same conclusion on matters of law as a previous CAS Panel.*[97]

---

[95] *Ibid.*, pp. 365-368.

[96] CAS n.º 97/176, laudo de 15 de enero de 1998, pár. 40. [«En el arbitraje no existe la doctrina de *stare decisis*. Sin embargo, el panel arbitral estima que los laudos del TAD constituyen un valioso cuerpo de jurisprudencia y pueden contribuir a reforzar la predictibilidad en el ámbito del Derecho deportivo internacional. Por tanto, aun no siendo vinculantes, anteriores decisiones del TAS pueden, y deben ser objeto de una atenta consideración por posteriores paneles arbitrales del referido tribunal, a efectos de contribuir a crear unas expectativas legítimas entre deportistas y órganos deportivos»].

[97] CAS n.º 2004/A/628, laudo de 28 de junio de 2004, pár. 70. [«En la jurisprudencia del TAS no existe ningún principio de precedente vinculante o *stare decisis*. No obstante, cualquier panel arbitral del TAS intentará evidentemente, si las prue-

> *[A]lthough a CAS panel in principle might end up deciding differently from a previous panel, it must accord to previous CAS awards a substantial precedential value and it is up to the party advocating a jurisprudential change to submit persuasive arguments and evidence to that effect*.[98]

4.2.2. El valor del precedente en el sistema de resolución de conflictos relativos a nombres de dominio

En cuanto a las disputas relacionadas con los nombres de dominio bajo las UDRP del ICANN, hemos de llegar a una conclusión similar que a la referida anteriormente respecto del valor de las decisiones previas en el arbitraje deportivo. En este tipo de controversias, la mayoría de las decisiones se refieren abundantemente a decisiones previas.[99]

Sin entrar en la discusión sobre la auténtica naturaleza de este método de resolución de conflictos, se ha de reseñar que en este caso prima la búsqueda de la coherencia e igualdad de trato a fin de proteger la integridad del sistema de nombres de dominio y el correcto orden de Internet para facilitar la localización de páginas web y protegerlo de los *cybersquatters*.[100]

Con el fin de alcanzar esa coherencia e igualdad de trato, sólo una serie de instituciones están habilitadas para resolver las cuestiones que surjan con respecto a los nombres de dominio, y las cuestiones que se

---

bas lo permiten, llegar a la misma conclusión sobre cuestiones de Derecho que cualquier otro panel arbitral anterior del TAS»].

98 CAS n.º 2008/A/1545, laudo de 16 de julio de 2010., pár. 55. [«A pesar de que en principio un panel arbitral del TAS podría acabar tomando una decisión distinta de la adoptada por otro panel arbitral anterior, tendrá que conceder un considerable valor de precedente a anteriores laudos del TAS, y será la parte que abogue por un cambio jurisprudencial la que deba presentar argumentos y pruebas de peso a tal efecto»].

99 *Ibid.*, pp. 365-368.

100 *Vid.* http://www.wipo.int/amc/en/center/faq/domains.html#5, última visita, 2 de noviembre de 2011.

plantean suelen reducirse a determinar si un nombre de dominio es idéntico o similar a una marca pudiendo prestarse a confusión, si el demandado tiene algún interés legítimo en el nombre de dominio en liza y si el nombre de dominio se ha registrado y está siendo usado de buena fe.[101]

Así pues, en este sector tan especializado también existe un valor cuasi absoluto del conjunto de decisiones previas, de nuevo motivado por el hecho de que unas pocas instituciones monopolizan la resolución de este tipo de controversias y por el hecho de que las situaciones que se enjuician en ellas, sean limitadas.

4.2.3. El valor del precedente en el arbitraje de inversiones

En el ámbito de los arbitrajes de inversiones algunos tribunales arbitrales han reconocido que no existe *per se* una doctrina *stare decisis*, pero por otro lado, admiten que es necesario tener en cuenta lo que se ha decidido en casos anteriores.

En el arbitraje de inversión, es un hecho que las decisiones arbitrales citan exhaustivamente otras decisiones arbitrales previas, especialmente en cuanto a las cuestiones relativas a jurisdicción.

> *ICSID arbitral tribunals are established ad-hoc, from case to case, in the Framework of the Washington Convention, and the present Tribunal knows of no provision, either in that Convention or in the BIT, establishing an obligation of* stare decisis. *It is, nonetheless, a reasonable assumption that international arbitral tribunals, notably those established within the ICSID system, will generally take account of the precedents established by other arbitration organs, especially those set by other international tribunals. The present Tribunal will follow the same line, especially since both parties, in*

[101] *Ibid*.

> *their written pleadings and oral arguments, have heavily relied on precedent.*[102]
>
> *At the same time, [the Tribunal] is of the opinion that it must pay due consideration to earlier decisions of International tribunals. It believes that, subject to compelling contrary grounds, it has a duty to adopt solutions established in a series of consistent cases. It also believes that, subject to the specifics of a given treaty and of the circumstances of the actual case, it has a duty to see to contribute to the harmonious development of investment law and thereby to meet the legitimate expectations of the community of States and investors towards certainty of the rule of law.*[103]

Ahora bien, la atención prestada no ha resultado en la consecución de la coherencia y uniformidad deseables. Al día de hoy, en el ámbito del arbitraje de inversión (particularmente, en el Ciadi) conviven algunas decisiones contradictorias.

---

[102] *El Paso Energy International Co. vs. República de Argentina*, ICSID ARB/03/15, decisión sobre jurisdicción de 27 de julio de 2006, pár. 39. [«Los tribunales arbitrales del Ciadi son establecidos *ad-hoc*, caso por caso, en el marco del Convenio de Washington, y a este Tribunal no le consta ninguna disposición, ni en el citado Convenio, ni en el Tratado de Inversión Bilateral que imponga una obligación de *stare decisis.* No obstante, no resulta descabellado suponer que los tribunales arbitrales internacionales, en particular, los creados con arreglo al régimen del Ciadi, por lo general, tendrán en cuenta los precedentes establecidos por otros órganos de arbitraje, especialmente, por otros tribunales internacionales. Este Tribunal seguirá la misma línea, ante todo porque ambas partes, tanto en sus alegaciones por escrito como en sus argumentos orales han invocado intensamente el precedente»].

[103] *Saipem, SPA vs. República Popular de Bangladesh*, ICSID ARB/05/07, pár. 67. [«Al mismo tiempo, el Tribunal es de la opinión de que ha de prestar la debida consideración a anteriores decisiones de tribunales internacionales. Considera que, con sujeción a argumentos convincentes en sentido contrario, tiene el deber de adoptar soluciones establecidas en una serie de casos coherentes. Cree, asimismo, que, con sujeción a cuestiones específicas de un determinado tratado y a las circunstancias del caso de que se trate, tiene el deber de contribuir al desarrollo armonioso del derecho de inversiones y, por tanto, de satisfacer las legítimas expectativas de la comunidad de Estados e inversores con respecto a la seguridad jurídica»].

Es cierto que sí se ha alcanzado cierta coherencia en la distinción entre reclamaciones derivadas de un tratado y las derivadas de un contrato, y en cuanto al tratamiento justo y equitativo. Sin embargo, la situación es altamente criticable (si defendemos la necesidad de que también el arbitraje dé respuestas iguales o similares a situaciones iguales o similares) en relación con las denominadas *umbrella clauses* o el estado de necesidad.[104]

Si, como pensamos, la predictibilidad del sistema y la credibilidad en el método de resolución de conflictos fomentan la inversión, es necesario que el actual sistema corrija esta situación insatisfactoria otorgando consistencia al sistema.

4.2.4. El valor del precedente en el arbitraje comercial

Es reconocido, con carácter general, que el valor de los laudos en el arbitraje comercial es muy limitado. De entrada, rara vez los laudos citan a otros previos, excepto en relación con las cuestiones procesales.[105]

Con independencia de otros factores, parece evidente que el hecho de que los laudos no se refieran a otras decisiones arbitrales (como sucede en el ámbito del arbitraje de inversiones o del arbitraje deportivo) se debe no sólo a la existencia de un sistema de publicación sesgado, sino también a la inexistencia de una única o unas pocas instituciones que aglutinen y administren los casos comerciales.

Piénsese, además, que en el amplio espectro del arbitraje nacional donde la casuística es infinita (hechos, sometimiento a una concreta ley, etc.) hace muy complicado que el conjunto de laudos puedan ser contemplados como fuentes de autoridad o precedentes persuasivos.

---

[104] *Vid*. Kaufmann-Kohler, *supra* 62.

[105] Kaufmann-Kohler, G., *supra 6*2, pp. 362-363; Weidemayer, W., *supra* 68, pp. 1910, 1931.

Esta realidad, no obsta para que algunos tribunales arbitrales (particularmente, en el arbitraje marítimo o en el relativo a la construcción internacional) se apoyen en un laudo previo al que se considera como antecedente investido de cierta autoridad.[106]

Un ejemplo de lo anterior es el siguiente extracto:

> *The arbitration tribunal is not bound by the X award; nor are the parties to these arbitration proceedings. There can be no issue of estoppel. Nonetheless, it provides a helpful analysis of the common factual background to this dispute. Accordingly, we have borne its findings and conclusions in mind, whilst taking care to reach our own conclusions on the materials submitted by these parties in these proceedings.*[107]

En cualquier caso, es necesario apuntar aquí que en arbitraje comercial internacional, la gran infinidad de situaciones posibles, de leyes aplicables, etc. dificultan la elaboración de un cuerpo jurisprudencial.

4.3. La relevancia del conjunto de laudos arbitrales como fuente que ha creado o ha contribuido a crear una serie de principios generalmente observados

Que la relevancia de los laudos previos en el marco del arbitraje (particularmente, el comercial) sea limitado, no significa que sea nulo. De hecho, el conjunto de decisiones arbitrales ha creado o ha contribuido a crear o consolidar junto con la doctrina, una serie de principios transnacionales,

---

[106] BORN, G.B. *supra* 53, p. 2966, citando Laudo CCI n.° 6363, XII Y. B. Comm. Arb. (1992), pp. 186, 201.

[107] Laudo en el asunto CCI n.° 7061, citado en HANOTIAU, B. *Complex Arbitrations*. La Haya, 2005, p. 253. [«El Tribunal no está vinculado por un laudo X; ni las partes a estos procedimientos arbitrales. No puede haber una cuestión de *estoppel*. No obstante, proporciona un análisis útil debido al trasfondo de hechos comunes en relación con esta controversia. Así pues, hemos tenido su decisión y conclusiones en cuenta, si bien teniendo cuidado en alcanzar nuestras propias conclusiones respecto a los materiales aportados por las partes en este procedimiento»].

tanto procesales como sustantivos.[108] Cuando los árbitros se sirven de estos principios (que algunos autores consideran que forman parte de la nueva *lex mercatoria*) suelen referirse a laudos anteriores, los cuales puede decirse tienen un valor de autoridad muy importante, casi similar a las nociones de jurisprudencia constante o *stare decisis*:[109]

> *The decisions of these tribunals [addressing jurisdiction over non-signatories] progressively create case-law which should be taken into account, because it draws conclusions from economic reality and conforms to the needs of international commerce, to which rules specific to international arbitration, themselves successively formulated should respond.*[110]

Recogemos, a continuación, algunos de estos principios, apuntando que si bien los principios procesales son genuinos del arbitraje en su mayoría, los principios sustantivos son principios que los árbitros han decidido que son de aplicación transnacional debido a que se trata de principios comunes alrededor del mundo:

- El principio de separabilidad, esto es, la autonomía de la cláusula arbitral respecto al contrato en virtud del cual la nulidad o ineficacia del contrato no afecta a la cláusula arbitral.[111]

---

[108] *Vid*. Luttrell, S. *Bias Challenges in International Commercial Arbitration: The Need for a «Real Danger» Test*, *Capítulo 6: Rules of Bias in the Lex Mercatoria*. Kluwer Law International, 2009, p. 188.

[109] Born, G., *supra* 53, p. 2967.

[110] *Ibid*., parafraseando el laudo parcial CCI n.° 4131. [«Las decisiones de estos tribunales —refiriéndose a la jurisdicción respecto a los no signatarios— crea progresivamente jurisprudencia que debe ser tenida en cuenta, ya que deriva conclusiones de la realidad económica y es conforme con las necesidades del comercio internacional, respecto a las que el arbitraje internacional, debería formular, sucesivamente, una respuesta»].

[111] *BP Exploration Co. Ltd. vs. Gov't of the Libyan Arab Republic*, laudo de 10 de octubre de 1973, V Y.B. Comm. Arb. 143; *Texaco Overseas Petroleum Co. vs. Libyan Arab Republic*, laudo parcial de 27 de noviembre de 1975, (1979) IV Y.B. Comm. Arb. 177; *Elf Aquitaine Iran vs. Nat'l Iranian Oil Co.,* laudo preliminar de 14 de

- El principio de competencia de la competencia (principio *kompetenz-kompetenz* o *competence-competence*), regla por la cual los árbitros tienen competencia para determinar su propia jurisdicción.[112]

- El respeto de la ley elegida por las partes para que gobierne el convenio arbitral (*choice of law*),[113] esto es, las partes pueden acordar que la validez y eficacia del convenio arbitral se rija por una ley distinta de la que rige el procedimiento arbitral.[114]

---

enero de 1982, (1986) XI Y.B. Comm. Arb. 97, 102. Este principio se encuentra recogido en muchas legislaciones: artículo 22.1 Ley española de Arbitraje n.° 60/2003; artículo 1447 del nuevo Código de Procedimiento Civil francés; artículo 1697 del Código Judicial Belga (Ley de 4 de julio de 1972).

[112] Laudo en Caso CCI n.° 1526, (1974) 101 J.D.I. (Clunet) 915; laudo parcial en el Caso CCI n.° 7929, (200) XXV Y.B. Comm. Arb. 312; *Texaco Overseas Petroleum Co. vs. Libyan Arab Republic*, *Preliminary Laudo (27 noviembre 1975),* (1979) IV Y.B. Comm. Arb. 177 y 179. En la actualidad, este principio se encuentra incluido en la mayoría de las legislaciones nacionales arbitrales: artículo 1466 del nuevo Código del Procedimiento Civil francés; Sección 30 del Acta de Arbitraje de Inglaterra de 1996; artículo 186, Ley Federal suiza sobre Derecho Internacional Privado de 1987; artículo 1040 del ZPO Alemán (Ley de 22 de diciembre de 1997); artículo 1697(1) del Código Judicial belga (Ley de 4 de julio de 1972); artículo 1052(1) del Código del Procedimiento Civil holandés (Ley de diciembre de 1986); artículo 21(1) de la Ley portuguesa n.° 31/86 de agosto. 29, 1986 sobre Arbitraje Voluntario; artículo 61 del Código tunecino de Arbitraje promulgado por la Ley n.° 93-42 de 26 de abril de 1993; artículo 458 *bis* 7 del Código de Procedimiento Civil de Argelia (Decreto Legislativo n.° 93-09 de 25 de abril de 1993); artículo 22.1 de la Ley española de Arbitraje n.° 60/2003.

[113] Laudo Final en el caso CCI n.° 3572, (1989) XIV Y.B. Comm. Arb. 111, 115; laudo parcial en el caso CCI n. ° 4131, (1984) IX Y.B. Comm. Arb. 131, 133 *et seq.*; laudo en el caso CCI n.° 4381 (1986) 113 J.D.I. (Clunet) 1102, 1103; laudo parcial en el Caso n.° 4504 (1986) 113 J.D.I. (Clunet) 1118.

[114] Este principio ha sido aplicado por los tribunales, incluso si la elección de las partes es implícita. *Vid*. Laudo de 17 de febrero de 1984 en el Caso CCI n.° 4237, en SANDERS, P. (ed.), Yearbook Commercial Arbitration, 1985, vol. X, Kluwer Law International 1985, pp. 52-60. [«Esto plantea la cuestión sobre cuál es la normativa aplicable. En la doctrina se discute que los árbitros internacionales deberían, en la medida de lo posible, aplicar la *lex mercatoria* […] cada parte argumentó, de forma rotunda, con base a la legislación nacional, *i.e.*, de Siria y Gana/del Reino

- La posibilidad de extender la cláusula arbitral a terceros en determinados casos a terceros no firmantes, bien por pertenecer al grupo de sociedades, bien por haber participado en la ejecución del contrato, etc. El laudo parcial en el caso *Dow Chemical* fue el precursor de este principio.[115]

- El test de centro de gravedad (*centre of gravity test)*, en cuya virtud, en ausencia de elección expresa o tácita de la ley aplicable por las partes, procede aplicar la ley con una mayor conexión al caso.[116]

- *Lex specialis derogate legi generali*, en virtud del cual, en caso de contradicción, la norma o regla que sea más específica prevalece sobre la más general.[117]

Unido, respectivamente. Por tanto, el árbitro seguirá la elección implícita de las partes respecto a la aplicación de la legislación nacional»].

[115] *Dow Chemical vs. Isover-Saint Gobain*, laudo parcial de 23 de septiembre de 1982, caso CCI n.° 4131 (1984) Rev. Arb. 137.

[116] *Vid*. Berger, K.P., *supra* 47, p. 289. En este sentido, *vid*. también, laudos parciales y laudo final de 1983, 1984 y 1986 en el caso CCI n.° 4145, en Van den Berg (ed.), *Yearbook Commercial Arbitration 1987*, vol. XII, Kluwer Law International 1987, pp. 97-110. El tribunal arbitral del caso de la CCI n.° 4132 se pronunció en los siguientes términos: «*The Agreement has been executed and performed partly in Italy and partly in Korea. At the time the Agreement was made the parties did not express themselves as to the law that would govern their contractual relationship. Lacking such choice of law by the parties and all further direct points of contact which could be decisive for the determination of the governing law, the Centre of Gravity test, as proposed by the defendant, could indeed be relevant in order to decide this question*» [«El Acuerdo ha sido ejecutado y cumplido, en parte en Italia, y en parte en Korea. En el momento de celebración del Acuerdo las partes no se pronunciaron de forma expresa sobre la ley que regiría su relación contractual. En ausencia de elección expresa por las partes y de cuestiones adicionales de contacto que podrían ser decisivas para la determinación de la ley aplicable, el "*centre of gravity test*", propuesto por la demandada, podría ser relevante a fin de resolver esta cuestión»]. *Vid*. laudo parcial de 22 de septiembre de 1983, en el caso CCI n.° 4132, en Sanders, P. (ed.), Yb. Comm. Arb., Kluwer Law International, 1985, vol. X, pp. 49-51.

[117] *Vid*. Berger, K.P., *supra* 47, p. 302. En particular, en el ámbito del arbitraje de inversión, los tribunales han interpretado que la aplicación de los convenios

- La carga de la prueba recae en la parte actora o en la parte que realiza la alegación (*actori incumbit probatio*).[118]

- El principio de buena fe contractual, en virtud del cual las partes deben cumplir de buena fe con sus obligaciones contractuales.[119]

---

bilaterales sobre inversión entre dos Estados prevalece en virtud de este principio. *Vid*., en este sentido, *Impreglio S.p.A. vs. Argentine Republic AS*, caso Ciadi n.° ARB/07/17, 21 de junio de 2011, *A contribution by the ITA Board of Reporters*. Kluwer Law International, 15 de octubre de 2011; *Duke Energy International Peru Investments n.° 1, Limited & others vs. Republic of Peru*, caso Ciadi n.° ARB/03/28, 1 de marzo de 2011, *A contribution by the ITA Board of Reporters*, Kluwer Law International, 15 de julio de 2011; *Alpha Projektholding GmbH vs. Ukraine AS*, caso Ciadi n.° ARB/07/16, 8 de noviembre de 2010, *A contribution by the ITA Board of Reporters*, 15 de febrero de 2011, Kluwer Law International; *Sempra Energy International vs. Argentina*, caso Ciadi n.° ARB/02/16, 29 de junio de 2010, *A contribution by the ITA Board of Reporters*, 15 de octubre de 2011, Kluwer Law International. El referido principio también se aplica en el sentido de considerar el *Energy Charter Treaty* (*Tratado de la Carta de la Energía*) como *lex specialis. Vid. Ioannis Kardassopoulos & others vs. The Republic of Georgia*, caso ICSID n.° ARB/05/18 y ARB/07/15, 3 March 2010, *A contribution by the ITA Board of Reporters*. Kluwer Law International, 15 de octubre de 2011.

[118] *Vid*. BERGER, K.P., *supra* 47, p. 302. *Vid*. En este sentido, *Abrahim Rahman Golshani vs. The Government of The Islamic Republic of Iran*, Laudo en el caso CCI n.° 812 (546-812-3) de 2 de marzo de 1993, en VAN DEN BERG (ed.), *Yearbook Commercial Arbitration 1994,* Kluwer Law International 1994, vol. XIX, pp. 421-434.

[119] *Vid*. TOVAR GIL, M.C., *supra* 87, caso *Pabalk Ticaret vs. Norsolor*, International Legal Materials, 1989, p. 360. Este principio general que rige las relaciones contractuales entre las partes tiene aplicaciones muy concretas en la jurisprudencia arbitral. Por ejemplo, en el asunto *Norsolor* el tribunal arbitral declaró que la buena fe era «uno de los principios que la inspiran» y relacionó este principio de buena fe con el «principio general de responsabilidad» para derivar la responsabilidad de la parte a cuyo comportamiento permitiría atribuir la ruptura del mandato. *Vid*. laudo dictado en el caso CCI n.° 3131, el 26 de octubre de 1979, comentado en el artículo de GOLDMAN, B., *Batalla judicial acerca de la lex mercatoria (El asunto Norsolor)*, publicado con autorización de *Revue d'Arbitrage*, en el Diario *La Ley*, Editorial La Ley, 1984, tomo 4, p. 1215.

- El deber de mitigar los daños, que consiste en el deber de la parte que sufre un daño a desplegar una diligencia razonable para minimizar el mismo.[120]

- Los estándares aplicables a la fuerza mayor, esto es, si el incumplimiento contractual de una parte se debe a un impedimento ajeno a su voluntad y si no cabía razonablemente esperar que tuviese en cuenta el impedimento en el momento de la celebración del contrato, que lo evitase o superase, o que evitase o superase sus consecuencias.[121]

- La prohibición del enriquecimiento injusto (*nemo sine causa alterius jactura locupletari debet*),[122] en virtud del cual si una parte se enriquece sin causa a costa de otra, esa parte debe pagar una cantidad equivalente al valor del enriquecimiento injusto.[123]

---

[120] En el asunto *Norsolor* citado en la nota anterior, el tribunal arbitral concluyó la existencia de una obligación de reparar el perjuicio producido por la ruptura contractual, el cual venía, a su vez, impuesto por la equidad. De este modo, debía ser «en equidad» también, la manera en que se calcularía la cuantía de la reparación.

[121] *Vid*. Berger, K.P., *supra* 47, p. 288. *Vid*. también Born, G., *supra* 53, p. 2967. Cabe reseñar los estándares aplicables a la fuerza mayor establecidos por la jurisprudencia arbitral del Tribunal de Reclamaciones de Irán-Estados Unidos de América, en la medida en que el argumento relativo a la fuerza mayor se ha planteado de forma particularmente recurrente en este ámbito. *Vid*., en este sentido, *Gould Marketing, Inc. vs. Ministry of National Defense of Iran*, Laudo n.° ITL 24-49-2, 3 Iran-U.S. Cl. Trib. Rep. 147, 152-53 (27 de julio de 1983); *Starrett Housing Corp. vs. Islamic Republic of Iran*, Laudo n.° ITL 32-24-1, 4 Iran-U.S. Cl. Trib. Rep. 122, 155 (19 de diciembre de 1983); *Computer Sciences Corp. vs. Islamic Republic of Iran*, Laudo n.° 221-65-1, 10 Iran-U.S. Cl. Trib. Rep. 269, 289 (16 de abril de 1986), *op. cit.*, 29, Brunetti, M., *The Lex Mercatoria in Practice: The Experience of the Iran-United States Claims Tribunal*, Arbitration International, Kluwer Law International 2002, vol. 18, issue 4, p. 357.

[122] *Vid*. Berger, K.P., *supra* 47, p. 287.

[123] *Vid*., en este sentido, *Ultrasystems Inc. vs. Islamic Republic of Iran*, Laudo n.° 27-84-3, 2 Iran-U.S. Cl. Trib. Rep. 100, 111 (4 de marzo de 1983); *Benjamin R. Isaiah vs. Bank Mellat*, Laudo n.° 35-219-2, 2 Iran-U.S. Cl. Trib. Rep. 232, 236-37 (30 de marzo de 1983); *Sea-Land Service, Inc. vs. Islamic Republic of Iran*, Laudo

- La prohibición de incurrir en contradicción con los actos propios (*non concedit venire contra factum proprium*),[124] en cuya virtud no cabe hacer valer un derecho que entre en contradicción con la conducta observada con anterioridad por el agente, conducta que lleva a la creencia de que no se ejercitaría tal derecho.

5. CONCLUSIÓN

Como se acaba de exponer a lo largo de estas líneas, el conjunto de laudos arbitrales y criterios que de ellos resultan, no puede equipararse a la jurisprudencia emanada de los tribunales de justicia. Estamos hablando de realidades distintas (los árbitros carecen de *lex fori*, la función arbitral caduca con la resolución del caso concreto, etc.) y, por lo tanto, no tiene sentido establecer una comparación en un plano de igualdad.[125]

Ahora bien, que estemos ante realidades distintas no puede servir de excusa para defender que los previos laudos no deben tener valor alguno como precedente.

---

n.° 135-33-1, 6 Iran-U.S. Cl. Trib. Rep 149, 168-72 (22 de junio de 1984); *Morrison-Knudsen Pacific Ltd. vs. Ministry of Roads and Transportation*, Laudo n.° 143-127-3, 7 Iran-U.S. Cl. Trib. Rep. 54, 76 (13 de julio de 1984); *DIC of Delaware, Inc. vs. Tehran Redevelopment Corp.*, Laudo n.° 176-255-3, 8 Iran-U.S. Cl. Trib. Rep. 144, 161-62 (26 de abril de 1985).

[124] *Vid*. BERGER, K.P., *supra* 47, p. 295. En referencia a la jurisprudencia arbitral del Tribunal de Reclamaciones de Irán-Estados Unidos de América, se ha establecido, en aplicación de este principio, que una parte no puede denegar la validez de un contrato concluido en su nombre por otra si, mediante actos posteriores, consiente a dicho contrato. *Vid*. *Pomeroy Corp. vs. Islamic Republic of Iran*, Laudo n.° 51-41-3, 2 Iran-U.S. Cl. Trib. Rep. 391, 397 (8 de junio de 1983); *RayGo Wagner Equipment Co. vs. Star Line Iran Co.*, Laudo n.° 20-17-3, 1 Iran-U.S. Cl. Trib. Rep. 411, 413-14 (15 de diciembre de 1982); *Kimberly-Clark Corp. vs. Bank Markazi Iran*, Laudo n.° 46-57-2, 2 Iran-U.S. Cl. Trib. Rep. 334, 339 (25 de mayo de 1983).

[125] En este sentido, denominar al conjunto de laudos arbitrales y criterios que resultan de ellos como jurisprudencia arbitral puede conducir a equívocos.

El objetivo que persigue todo sistema jurídico al ejercitarse la potestad jurisdiccional —consistente en garantizar los principios de seguridad jurídica, certidumbre, estabilidad e igualdad y trato uniforme—, no es ni puede ser ajeno a la resolución de los conflictos a través del arbitraje.

En efecto, al igual que sucede en la jurisdicción, en el arbitraje internacional (al menos de Derecho) las soluciones dadas a las distintas controversias deben procurar una igualdad de trato porque, de hecho, así lo quieren las partes (así es, desde luego, cuando se someten a un arbitraje de derecho).

Y en el ánimo de consecución de este objetivo, es imperativo que los árbitros atiendan no sólo a la ley, sino también a todos los materiales que contribuyan a esclarecer su aplicación e interpretación, entre ellos, los previos laudos arbitrales.

Sin duda, a lo largo de los últimos tiempos, el arbitraje ha avanzado en la búsqueda de la uniformidad, previsibilidad y certidumbre, siempre con el objetivo de la igualdad de trato.

Y con miras en ese objetivo, la publicación y accesibilidad de laudos (lejos de ser exhaustiva por las propias características del arbitraje) ha avanzado notablemente y la mayor parte de los laudos (también porque así lo demandan las partes) son motivados y ofrecen una sobresaliente calidad en sus razonamientos jurídicos.

Se vienen creando, por tanto, las condiciones para que los árbitros, a la hora de dictar sus laudos, tomen en consideración lo que otros árbitros (en casos similares) decidieron previamente.

Dicho esto, ¿cuál es el valor y relevancia que las previas decisiones arbitrales tienen sobre los árbitros?

El valor y relevancia de previos laudos dependerá, en gran medida, de la fuerza y relevancia de las otras fuentes.

En efecto, si hablamos de sistemas arbitrales cerrados (arbitraje deportivo, nombres de dominio y protección de inversiones), es evidente que las previas decisiones arbitrales cobran una fuerza y relevancia semejante a la de previas decisiones judiciales. La razón es muy simple: las recopilaciones de laudos en esos sistemas son más valiosas que la jurisprudencia de los tribunales de justicia por la especialidad de las cuestiones dilucidadas, por el sometimiento de la controversia a un derecho muy específico o de rara aplicación en los tribunales de justicia, etcétera.

Sin embargo, esta relevancia no es predicable en el marco del arbitraje comercial internacional, por la sencilla razón de que en este ámbito, no cerrado y extraordinariamente amplio, la jurisprudencia emanada de los tribunales de justicia es más valiosa, más abundante y más accesible que los laudos anteriores, lo cual no ha impedido que decisiones en este tipo de arbitraje, hayan creado o contribuido a crear y consolidar principios de general observancia que, según algunos autores, formarían parte de la nueva *lex mercatoria*.

Creemos que, a lo largo de los próximos años, el mundo del arbitraje (sin perjuicio de sus peculiaridades) seguirá ahondando en la búsqueda de la uniformidad y certidumbre y, a tales fines, los árbitros (especialmente, en sistemas arbitrales cerrados) seguirán atendiendo, y se servirán de previas decisiones arbitrales.

El asunto *Maffezini* y la lectura procesal de la cláusula de la nación más favorecida

Georgina Garriga Suau[*]

Sumario: 1. Introducción.— 2. Los hechos de la controversia.— 3. Las cuestiones controvertidas.— 3.1. La cláusula de la nación más favorecida.— 3.2. El previo agotamiento de los recursos internos.— 3.3. La legitimación procesal activa del señor Maffezini.— 3.4. La legitimación pasiva del Reino de España.— 3.5. La responsabilidad del Reino de España. — 4. Consideraciones finales.

1. Introducción

En los últimos tiempos el sector de las inversiones extranjeras ha asumido especial protagonismo a raíz de la expropiación que, en su día, llevara a cabo el gobierno argentino de la mayor parte del capital social de la petrolera YPF-Repsol, filial de la empresa española Repsol.[1] Esta medida no hizo más que añadirse a tantas otras que el referido gobierno ha ido adoptando concretamente desde 2001 como consecuencia de la crisis económica que golpeó la economía argentina y por las que el Estado argentino ha sido demandado ante el Centro Internacional de

[*] Profesora Agregada interina de Derecho internacional privado. Universidad de Barcelona(.)

[1] El Gobierno argentino expropió el 51% del capital social de la empresa YPF-Repsol propiedad de Repsol. Para ello el Gobierno argentino adoptó la Ley 26.741 sobre yacimientos petrolíferos fiscales, de 3 de mayo de 2010 (*Boletín Oficial de la República Argentina* de 7 de mayo de 2012).

Arreglo de diferencias en materia de inversiones (en adelante Ciadi)[2] por transgredir inversiones llevadas a cabo por inversores extranjeros amparadas, la mayoría de ellas, por Acuerdos de Promoción y Protección Recíprocos de las Inversiones (Appri).[3]

---

[2] Desde el año 2001 el Ciadi ha resuelto 19 controversias en las que el Gobierno de Argentina ha sido Estado inversor demandado. A fecha de 23 de mayo de 2013, existen otros 25 casos pendientes ante el Ciadi en los que Argentina es parte demandada. Los asuntos de los que conoce el Ciadi son accesibles en: http://icsid.worldbank.org/ICSID/Index.jsp

Sobre el Ciadi véanse, entre la vasta literatura, SCHREUER, CH. H. with L. MALINTOPPI, A. REINISCH, A. SINCLAIR, *The ICSID Convention: A Commentary on the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States,* Cambridge University Press, 2009, Second Edition; A. BROCHES, «The Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States», *Recueil des Cours,* 1972-II, tome 136, pp. 331-410; J. A. VIVES CHILLIDA, *El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (Ciadi).* Madrid: McGraw Hill, 1998; E. FERNÁNDEZ MASIÁ, *Arbitraje en inversiones extranjeras: el procedimiento arbitral en el Ciadi.* Valencia: Tirant lo Blanch, 2004; L. MIGLIORINO, *Gli accordi internazionali sugli investimenti,* Milano, Giuffrè Editore, 1989, pp. 186-230; R. Dolzer, M. Stevens, *Bilateral Investment Treaties,* Martinus Nijhoff Publishers, 1995, pp. 130-156; SACERDOTI, G. «Bilateral treaties and multilateral instruments on investment protection». *Recueil des Cours,* 1997, tome 269, pp. 436-454; GARCÍA RODRÍGUEZ, I. *La protección de las inversiones exteriores,* Valencia, Tirant lo Blanch, 2005, pp. 249-421; GARCÍA RODRÍGUEZ, I. «Pluralismo jurídico e inversión extranjera: las controversias entre el inversor y el Estado receptor». *Pacis Artes, Obra homenaje al profesor Julio D. González Campos.* Madrid: Universidad Autónoma de Madrid-Eurolex Editorial, 2005, tomo II, pp. 1568-1590; LAVIEC, J. P. *Protection et promotion des investissements, Etude de droit international économique,* Paris, Presses Universitaires de France, 1985, pp. 269-294.

[3] En relación con los APPRI véanse, entre otros muchos, DOLZER, R. y M. STEVENS, *op. cit.*; G. Migliorino, *op. cit.*; G. Sacerdoti, *op. cit.,* pp. 251-460; J. W. Salacuse, «BIT by BIT: The Growth of Bilateral Investment Treaties and Their Impact on Foreign Investment in Developing Countries», *The International Lawyer,* 1990, Vol. 24, pp. 656-661; P. JUILLARD, «L'évolution des sources du droit des investissements», *Recueil des Cours,* 1994, tome 250, pp. 106-117; I. GARCÍA RODRÍGUEZ, *La protección de las inversiones…, op. cit.;* J. P. LAVIEC, *op. cit.*; I. IRURETAGOIENA AGIRREZABALAGA, «Promoción y protección de las inversiones españolas en el extranjero: los APPRI», *Anuario Español de Derecho*

Coetáneamente al comienzo de los diferentes procedimientos arbitrales contra Argentina, hemos de situar al primero de los dos únicos,[4] hasta la fecha,[5] asuntos Ciadi en el que España ha sido parte demandada y lo ha sido, en este primer caso, precisamente por un inversor argentino. Se trata del asunto *Maffezini* en el que este inversor argentino llevó al Reino de España ante el Ciadi por el tratamiento presuntamente perjudicial que su inversión en España había recibido por parte de determinadas entidades españolas.

El proceso arbitral en el asunto *Maffezini* desemboca en dos decisiones arbitrales la primera de la cuales acometió la jurisdicción del Ciadi,[6] tras la cual siguió el laudo sobre el fondo de las pretensiones de la parte inversora.[7] Éste último fue objeto de una rectificación posterior.[8]

Vaya por delante que el tribunal arbitral administrado por el Ciadi que conoció de la referida diferencia estimó parcialmente la reclamación del Sr. Maffezini contra el Reino de España.

Internacional Privado, 2002, t. II, pp. 151-182; G. GARRIGA, «Los Tratados Bilaterales de Inversión (TBIs)», *Derecho internacional económico y de las inversiones internacionales,* Palestra Editores y Universitat Internacional de Catalunya, 2009, pp. 277-331.

El catálogo de APPRI en vigor puede consultarse en el sitio internet de la Conferencia de Naciones Unidas sobre comercio y desarrollo (Unctad): http://www.unctadxi.org/templates/DocSearch____779.aspx.

El estado actualizado de los APPRI celebrados por España es accesible en: http://www.comercio.mityc.es/es-es/inversiones-exteriores/acuerdos-internacionales/acuerdos-promocion-proteccion-reciproca-inversiones-appris/paginas/lista-appri-vigor.aspx.

4 El 9 de julio de 2012 se registró ante el Ciadi el segundo asunto contra el Reino de España (Caso n.º ARB/12/17) cuya resolución está pendiente.

5 Septiembre de 2013.

6 Decisión del Tribunal sobre excepciones a la jurisdicción, del 25 de enero de 2000.

7 Laudo del 13 de noviembre de 2000.

8 Rectificación del laudo del 31 de enero del 2001.

2. LOS HECHOS DE LA CONTROVERSIA[9]

Los hechos que dieron lugar a las referidas decisiones arbitrales fueron los que sucintamente se exponen a continuación: con el propósito de fabricar y distribuir productos químicos en la región de Galicia, en 1989 el Sr. Maffezini constituyó la sociedad Emilio Agustín Maffezini SA (Eamsa), sociedad anónima de conformidad con la legislación societaria española, de la que suscribió un 70% de su capital social. El 30% restante fue suscrito por la Sociedad para el Desarrollo Industrial de Galicia Sociedad Anónima (Sodiga). Se había incluido inicialmente a un tercer socio nominal cuyas acciones fueron recompradas inmediatamente por el Sr. Maffezini. Ahora bien, las relaciones contractuales entre el Sr. Maffezini y Sodiga fueron más allá, puesto que, por un lado, ambos formalizaron un contrato de recompra de las acciones de Sodiga a favor del Sr. Maffezini, en el que se estipulaba una tasa de interés del 12%, que era inferior a la tasa actual del mercado, y reflejaba un acuerdo preferencial y, por otro lado, Sodiga asumió el compromiso de otorgar un préstamo a Eamsa sometido a una tasa preferencial. Por último, el Ministerio de Hacienda de España y la Xunta de Galicia aprobaron diversas solicitudes de subvenciones presentadas por Eamsa.

En este contexto, Eamsa, con miras a emprender el negocio para el que había sido creada, contrató con varias empresas tanto privadas como públicas diversos servicios inexcusables para calibrar la viabilidad de su proyecto. Entre ellos destacan un «estudio de los costos de construcción y de otras necesidades que pudiera tener la nueva empresa para iniciar su producción» y el encargo a la Xunta de Galicia de una evaluación del impacto medioambiental (EIA) que el proyecto de Eamsa pudiera generar.

Eamsa empezó a sufrir dificultades financieras desde el comienzo de la implantación de su negocio que motivaron, entre otras medidas de

[9] Para una consulta más pormenorizada de los hechos de la diferencia véase el Laudo de 13 de noviembre de 2000, pp. 14-16.

financiación, que el señor Maffezini transfiriera 30 millones de pesetas de su cuenta personal a Eamsa. Sin embargo, tales medidas no resultaron suficientes para evitar que en marzo de 1992 el Sr. Maffezini adoptara la decisión de paralizar la construcción de la planta de fabricación y despedir a los trabajadores que hasta ese momento habían sido contratados.

Asimismo, el señor Maffezini presentó una oferta a Sodiga «por la que se proponía a dicha entidad cancelar todas las deudas que Eamsa y el señor Maffezini tenían pendientes con Sodiga a cambio de los activos de Eamsa»[10] a los efectos de mitigar sus pérdidas económicas. Al respecto, si bien en un principio Sodiga condicionó la aceptación de la referida oferta a que el señor Maffezini satisficiera un pago adicional de 2 millones de pesetas, que el mismo rechazó, finalmente dos años más tarde Sodiga aceptó la citada oferta. No obstante, a esas alturas, el señor Maffezini ya había presentado su solicitud de arbitraje ante el Ciadi.

La reclamación del señor Maffezini ante el Ciadi se articula sobre cuatro pretensiones: «Primero, que dada la condición de entidad pública de Sodiga, todos sus actos y omisiones son imputables al Reino de España. Segundo, que el proyecto fracasó debido a la asesoría equivocada que le había dado Sodiga con respecto a los costos del proyecto, que resultaron ser considerablemente más elevados que las estimaciones iniciales. Tercero, que Sodiga también era responsable de los costos adicionales derivados de la EIA, dado que Eamsa se vio presionada a efectuar la inversión antes de que hubiera fina1izado el proceso de evaluación del impacto ambiental y antes de que se conocieran sus implicaciones. Cuarto, que el señor Maffezini no había convenido en hacer un préstamo de 30 millones de pesetas españolas a Eamsa y que la transferencia de esa suma de su cuenta personal a Eamsa había sido irregular».[11]

En apoyo de sus pretensiones el demandante alega el incumplimiento por parte de España del Acuerdo para la promoción y la protección

[10] Véase el Laudo de 13 de noviembre de 2000, p. 15.
[11] Véase el Laudo de 13 de noviembre de 2000, p. 15.

recíproca de inversiones entre el Reino de España y la República de Argentina, de 3 de octubre de 1991.[12]

3. LAS CUESTIONES CONTROVERTIDAS

El análisis de las pretensiones esgrimidas por el señor Maffezini vino precedido del examen de la jurisdicción del Ciadi como consecuencia de las excepciones de jurisdicción que España alegó tanto en su memorial de contestación a la demanda, de 9 de abril de 1999, como en sus observaciones finales sobre la cuestión de la jurisdicción, de 18 de junio de 1999 y en la audiencia sobre la jurisdicción que les siguió, el 9 de agosto de 1999. Alegaciones que motivaron la suspensión del procedimiento sobre el fondo de la controversia hasta que no se hubiere resuelto la cuestión de la jurisdicción del Centro y que éste estimó concurrir en su decisión de 25 de enero de 2000.

Con arreglo al iter procedimental, el asunto Maffezini plantea diversas cuestiones de interés sobre las que versará el presente trabajo. En este sentido, el procedimiento sobre la jurisdicción del Ciadi acometió, entre otras cuestiones, por primera vez el examen del uso de la cláusula de la nación más favorecida, incluida en diversos Appri, en el contexto procesal alejándolo del ámbito sustantivo al que había estado circunscrito hasta ese momento, y ello conjuntamente con la regla del previo agotamiento de los recursos internos. Seguidamente, el referido procedimiento sobre la jurisdicción del Centro examinó tanto la legitimación procesal activa del demandante Sr. Maffezini como la pasiva de la parte demandada, el Reino de España. Todas estas cuestiones se refieren, en definitiva, a los requisitos que deben concurrir para que sea posible el acceso al Ciadi.

Confirmada la jurisdicción del Ciadi sobre la base de la concurrencia de la legitimación procesal tanto activa como pasiva de los litigantes, el posterior procedimiento sobre el fondo de la controversia enjuició

[12] *BOE* del 18 de noviembre de 1992.

la responsabilidad del Estado español respecto del supuestamente tratamiento perjudicial que dispensó a la inversión del señor Maffezini. En consecuencia, veamos a continuación cada una de las cuestiones enunciadas.

3.1. La cláusula de la nación más favorecida

La cuestión por la que el asunto *Maffezini* ha trascendido hasta nuestros días es sin duda alguna por haber acometido por primera vez el análisis de la cláusula de la nación más favorecida (NMF) desde la dimensión procesal y no meramente sustantiva.

En este contexto, cabe poner de relieve que la cláusula de la NMF es una modalidad de cláusula de tratamiento de las inversiones extranjeras recogidas en los Appri en virtud de la cual el Estado beneficiario de la misma (o las personas o cosas que se hallan en determinada relación con este Estado)[13] tiene el derecho de solicitar del Estado concedente el trato más favorable que este último Estado dispense a un tercer Estado.[14] En este sentido, la referida cláusula implica una cierta universalización del contenido de los Appri, ya que gracias a ella las disposiciones de otros Appri van a poder aplicarse a inversiones en casos inicialmente no previstos por ellos.

---

[13] *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional,* 1978, volumen ii, Segunda Parte, Naciones Unidas, Nueva York, 1979*,* p. 23 y pp. 31-33. Asimismo, en el contexto de las inversiones extranjeras véase Unctad, *Most-Favoured-Nation Treatment,* Unctad Series on Issues in International Investment Agreements ii, New York and Geneve, 2010.

[14] En relación con la cláusula de la NMF véanse, «Proyecto de artículos sobre la cláusula de la NMF», *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional. Op. cit.*; Triggiani, E. *Il trattamento della nazione più favorita,* Napoli Jovene, 1984; Forner Delaygua, J. J. *La cláusula de la nación más favorecida: la excepción de las uniones aduaneras, de las zonas de libre cambio y de las uniones económicas.* Madrid: Editorial Civitas, 1988; García Rodríguez, I. *La protección de las inversiones... Op. cit.,* pp. 236-248; Unctad, *Most-Favoured-Nation Treatment,* Unctad Series on Issues on International InvestmentAgreements ii, United Nations, New York and Geneva, 2010.

La cuestión debatida en la Decisión del Tribunal sobre excepciones de jurisdicción del Ciadi, *Emilio Agustín Maffezini y Reino de España,* que comentamos, residió en la incertidumbre de incluir o excluir de su ámbito de aplicación la cuestión de los mecanismos de resolución de controversias, puesto que tradicionalmente la cláusula de la NMF ha tenido por objeto las cuestiones sustantivas de los Appri.[15] En el caso *Maffezini,* este inversor argentino, merced a la aplicación de la cláusula de la NMF contenida en el Appri España-Argentina (artículo IV.2),[16] consiguió beneficiarse del tratamiento más favorable contenido en el Appri España-Chile para someter al Estado español directamente ante un tribunal arbitral del Ciadi eludiendo el requisito de plantear primero la controversia durante dieciocho meses ante los órganos jurisdiccionales

---

[15] Sobre esta cuestión véanse, entre otros, GARRIGA, G. «El ámbito de aplicación de las cláusulas de la nación más favorecida de los tratados bilaterales de inversión sometidos a la interpretación del Ciadi», ALDECOA LUZÁRRAGA, F. y F. SOBRINO HEREDIA (ed.). *Migraciones y Desarrollo. II Jornadas Iberoamericanas de Estudios Internacionales, Montevideo, 25, 26 y 27 de octubre de 2006*. Madrid: Marcial Pons, 2007, pp. 567-579; FERNÁNDEZ MASIÁ, E. «Atribución de competencia a través de la cláusula de la nación más favorecida: lecciones extraídas de la reciente práctica arbitral internacional en materia de inversiones extranjeras». *Revista Electrónica de Estudios Internacionales,* (www.reei.org), 2007, n.° 13; PASCUAL VIVES, F. J. «El arbitraje de inversiones en los recientes Appri españoles». *Revista Electrónica de Estudios Internacionales,* (www.reei.org), 2009, n.° 17, pp. 23-29; BEN HAMIDA, W. «Clause de la nation la plus favorisée et mécanismes de règlement des différends: que dit l'histoire?». *Journal du Droit International, Clunet,* 2007, n.° 4, pp. 1127-1162; COHEN SMUTNY, A. - L. A. STEVEN. «Chapter 15. The MFN Clause, What are its Limits?», en YANNACA SMALL, K. *Arbitration under International Investment agreements, A guide to the Key Issues.* Oxford University Press, 2010, pp. 362-381; VESEL, S. «Clearing a Path Through a Tangled Jurisprudence: Most-Favored-Nation Clauses and Dispute Settlement Provisions in Bilateral Investment Treaties». *Yale Journal of International Law,* 2007, vol. 32, pp. 125-189; TEITELBAUM, R. «Who's Afraid of *Maffezini*? Recent Developments in the Interpretation of Most Favored Clauses». *Journal of International Arbitration,* 2005, vol. 22, pp. 225-238.

[16] Con arreglo al apartado 2 del artículo IV del Appri España-Argentina: «En todas las materias regidas por el presente Acuerdo, este tratamiento no será menos favorable que el otorgado por cada Parte a las inversiones realizadas en su territorio por inversores de un tercer país».

del Estado receptor de la inversión, que el Appri España-Argentina (artículo X) exige a los inversores nacionales del otro Estado contratante pero que, por el contrario, el Appri España-Chile no requiere a los nacionales del otro Estado. De ahí que la cláusula de la NMF pueda permitir al inversor o al Estado receptor, según el caso, beneficiarse de la regulación del arreglo de controversias mixtas prevista en otro Appri que pueda resultarles más favorable. Por todo ello, el Sr. Maffezini justifica su acceso directo al Ciadi, omitiendo cumplir con el periodo de espera de los dieciocho meses ante los órganos jurisdiccionales españoles, en el artículo X.2 del Appri España-Chile al que, según pretende, remite la cláusula de la NMF del Appri España-Argentina (artículo IV), en virtud del cual las partes enfrentadas pueden dirigirse al Ciadi sin necesidad de plantear primero su demanda ante los tribunales nacionales del Estado receptor de la inversión.

En este sentido, el referido tribunal defendió la inclusión de la resolución de controversias dentro de la cláusula de la NMF (apartado 56) aduciendo que «actualmente los arreglos relativos a la solución de controversias están inseparablemente vinculados con la protección de inversionistas extranjeros» (apartado 54). Dos datos adicionales corroboran su decisión: primero, la propia redacción de la cláusula de la NMF recogida en el Appri España-Argentina (artículo IV.2) que avala su interpretación en sentido amplio. Efectivamente, la expresión inicial «En todas las materias regidas por el presente Acuerdo […]»[17] legitimaría a la cláusula de la NMF a cubrir asimismo a los mecanismos de resolución de controversias en la medida en que éstos constituyen una materia regida por el propio Appri. Ahora bien, cabe poner de relieve, como así lo han hecho otras decisiones arbitrales del Ciadi,[18] que en

[17] En este sentido, por ejemplo, el Tribunal arbitral del Ciadi que conoció del asunto *Impregilo SpA vs. República de Argentina* (Caso n.° ARB/07/17, Laudo del 21 de junio de 2011) afirmó que: «[...] in cases where the MFN clause has referred to "all matters" or "any matter" regulated in the BIT, there has been near-unanimity in finding that the clause covered the dispute settlement rules» (párrafo 108).

[18] Por ejemplo, véase *Técnicas Medioambientales Tecmed SA vs. The United Mexican States*, Caso n.° ARB (AF)/00/2, Laudo del 29 de mayo de 2003, párrafo 69.

ningún caso la interpretación de la cláusula de la NMF puede conducir a ampliar el ámbito de aplicación del Appri base. En otras palabras, las disposiciones que en cada Appri regulan su ámbito de aplicación quedan a todas luces excluidas de la esfera de aplicación de la cláusula de la NMF. Y el segundo dato que anunciábamos reside en el análisis que el tribunal lleva a cabo de la práctica seguida por los Estados involucrados en el conflicto (esto es, España y Argentina) en relación con la celebración de Appri, de la que deduce la intención afirmativa de las partes de incluir la cuestión de la resolución de controversias en la esfera de aplicación de la cláusula de la NMF.

Ahora bien, el tribunal consciente quizá de la generalidad de su decisión advierte que «hay ciertos límites importantes que deben tenerse en cuenta» (apartado 63). De este modo viene a limitar la fuerza expansiva de la referida cláusula a través del recurso al orden público del que extrae cuatro límites a tener presentes, aunque su enumeración no tenga carácter exhaustivo, puesto que después añade «sin duda, que las partes o los tribunales identificarán otros elementos de política pública» (apartado 63). Los límites a la aplicación de la cláusula de la NMF son los que se detallan a continuación: primero, la regla del agotamiento de los recursos internos; segundo, «si las partes han acordado un mecanismo de solución de controversias que incluya la llamada "bifurcación del camino"» (apartado 63); tercero, «si el acuerdo escoge un mecanismo determinado para el arbitraje, como por ejemplo el Ciadi, esta opción no se puede cambiar invocando la cláusula, buscando someter la controversia a un sistema distinto de arbitraje. Finalmente, si las partes han acordado someterse a un sistema de arbitraje altamente institucionalizado que incorpore reglas de procedimiento precisas, como sucede, por ejemplo, con el Tratado de Libre Comercio de América del Norte y mecanismos similares, es claro que ninguno de ellos podría ser alterado mediante la aplicación de la cláusula, pues estas disposiciones específicas denotan la voluntad precisa de las partes contratantes» (párrafo 63).

Las decisiones arbitrales del Ciadi posteriores no han seguido una orientación unívoca al respecto, puesto que mientras algunas de ellas han seguido la estela iniciada por el asunto *Maffezini*,[19] otras tantas han rechazado la posibilidad de que la cláusula de la NMF incluya también los mecanismos de resolución de divergencias.[20] Ahora bien, el referido rechazo ha venido condicionado mayoritariamente, hasta el momento, por la circunstancia de que los Appri aplicables en los casos en los que los tribunales arbitrales rehusaron interpretar la cláusula de la NMF en clave procesal[21] no incorporaban el consentimiento de los Estados a someter las diferencias, que los enfrentaran a los inversores extranjeros, al arbitraje del Ciadi. Efectivamente, en tales asuntos los inversores alegaron la cláusula de la NMF con el único propósito de incorporar el

---

[19] Véanse, por ejemplo, *Siemens vs. la República Argentina,* Caso n.° ARB/02/8, Decisión sobre jurisdicción, de 3 de agosto de 2004; *Camuzzi International SA vs. la República de Argentina,* Caso n.° ARB/03/7, Decisión del Tribunal de Arbitraje sobre Excepciones a la Jurisdicción, de 10 de junio de 2005; *Gas Natural SDG SA y la República de Argentina,* Caso n.° ARB/03/10, Decisión del tribunal sobre preguntas preliminares sobre jurisdicción, de 17 de junio de 2005; *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona SA, Interaguas Servicios Integrales del Agua SA y República Argentina,* Caso n.° ARB/03/17, Decisión sobre jurisdicción, de 16 de mayo de 2006; *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona SA y Vivendi Universal SA y la República Argentina,* Caso n.° ARB/03/19, Decisión sobre jurisdicción, de 3 de agosto de 2006; *Impregilo SpA contra República Argentina,* Caso n.° ARB/07/17, Laudo, de 21 de junio de 2011; *Hochtief AG y República Argentina,* Caso n.° ARB/07/31, Decisión sobre jurisdicción, de 24 de octubre de 2011 y *Teinver SA y República Argentina,* Caso n.° ARB/09/1, Decisión sobre jurisdicción, de 21 de diciembre de 2012.

[20] Como muestra, véanse, *Salini Costruttoti Spa y ItalsSpa vs. Jordania,* Caso n.° ARB/02/13, Decisión sobre jurisdicción, de 9 de noviembre de 2004; *Plama Consortium Limited y la República de Bulgaria,* Caso n.° ARB/03/24, Decisión sobre jurisdicción, de 8 de febrero de 2005; *Telenor Mobile Communications AS vs. Republic of Hungary,* Caso n.° ARB/04/15, Laudo de 13 de septiembre de 2006; *Winterhall vs. República de Argentina,* Caso n.° ARB/04/14, Laudo de 8 de diciembre de 2008; *Tza Yap Shum vs. República de Perú*, Caso n.° ARB/07/6, Decisión sobre Jurisdicción y Competencia, de 19 de junio de 2009 y *Daimler Financial Services AG y República de Argentina,* Caso n.° ARB/05/1, Laudo de 22 de agosto de 2012.

[21] Véase la nota anterior.

arbitraje del Ciadi a los Appri controvertidos que, de otra manera, no contemplarían el sometimiento a dicho procedimiento arbitral.[22] De ahí que en estos asuntos los tribunales del Ciadi rechazaran aplicar la cláusula de la NMF a la resolución de controversias por considerar que su aplicación no podía suplir la falta de consentimiento claro al sometimiento de las diferencias al arbitraje del Ciadi.

En definitiva, la práctica arbitral del Ciadi no resulta del todo pacífica al respecto, si bien, parece admitirse la extensión de la cláusula de la NMF a la cuestión del acceso al Ciadi con tal que el Appri en el que se incluya la referida cláusula incorpore también el consentimiento de los Estados a someterse al citado Centro (artículo 25 del Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados, de 18 de marzo de 1965[23] (en adelante Convenio de Washington)), esto es, cuando la cuestión controvertida consista exclusivamente en eludir el requisito del tiempo de espera ante la jurisdicción nacional del Estado receptor de la inversión. En estos asuntos se ha estimado mayoritariamente que el Appri, que prescinde de este requisito, otorga un tratamiento más favorable al inversor que el conferido por el Appri básico que obligaría al demandante a presentar, con carácter previo, su controversia ante la jurisdicción nacional receptora de la inversión.[24] Ahora bien, esta tendencia favorable a interpretar la cláusula de la NMF en clave procesal seguida mayoritariamente por los tribunales del Ciadi ha sido interrumpida, por alguno de ellos, en dos sentidos: primero, por estimar que el período de espera en virtud del cual el demandante debe sustanciar la controversia durante dieciocho meses ante la jurisdicción nacional, que ampara la inversión, es inalienable al consentimiento de ese Estado a someter la referida controversia

[22] El tribunal en el caso *Plama* identifica esta diferencia de manera diáfana cuando sostiene que: «It is one thing to add to the treatment provided in one treaty more favorable treatment provided elsewhere. It is quite another thing to replace a procedure specifically negociated by parties with an entirely different mechanism» (apartado 209); *Plama Consortium Limited y la República de Bulgaria, supra*¸ nota 18.

[23] *BOE* n.º 219, de 13 de septiembre de 1994.

[24] Vesel, S. «Clearing a Path Through a Tangled Jurisprudence…». *Op. cit.,* p. 189.

a la jurisdicción del Ciadi, en la medida en que consiste en un requisito jurisdiccional no meramente procesal, por lo que necesariamente debe respetarse para considerar otorgado el citado consentimiento.[25]

Y la segunda de las interpretaciones esgrimidas en sentido contrario al generalizado, consiste en afirmar que en ningún caso puede considerarse como menos favorable la exigencia de algunos Appri por cumplir determinados tiempos de espera ante los tribunales locales respecto de aquellos otros Appri que no requieran el cumplimiento de tal requisito y que, por consiguiente, prevean que el demandante presente su reclamación directamente al Ciadi,[26] habida cuenta de que ello requiere de un análisis concreto de los Appri en comparación con arreglo a la cláusula de la NMF contenido en el tratado básico.[27]

Sea como fuera, sobre lo que sí hay consenso es que la cláusula de la NMF no puede utilizarse, en ningún caso, para suplir el consentimiento de los Estados a someterse a la jurisdicción del Ciadi.

Lo que acabamos de exponer podría concluir con dos advertencias. La primera de ellas dirigida a las partes enfrentadas por una divergencia en virtud de la cual, antes de iniciar acciones judiciales o arbitrales, tomasen en consideración los diferentes regímenes bilaterales de inversión, que *a priori* pudieran ser aplicables, a los efectos de analizar cuál de ellos pudiera resultarles más favorable (*treaty shopping*). La segunda dirigida a los Estados contratantes de un Appri, habida cuenta de que éstos deberían ser precavidos en la redacción de la cláusula de la NMF si su intención consiste en dejar al margen de ella a los mecanismos de resolución de controversias.

---

[25] Véanse el apartado 194, *Daimler Financial Services AG y República de Argentina, supra,* nota 18 y los apartados 162 y 172, *Winterhall vs. República de Argentina, supra,* nota 18.

[26] Véanse el apartado 184, *Teinver SA y República Argentina, supra,* nota 17 y el apartado

[27] Véase el apartado 250, *Daimler Financial Services AG y República de Argentina, supra,* nota 18.

3.2. El previo agotamiento de los recursos internos

El análisis de la cláusula de la NMF, que acabamos de exponer, vino precedido del examen de la regla del previo agotamiento de los recursos internos. En este sentido, el Reino de España objetó la jurisdicción del Ciadi alegando, entre otros motivos, que el señor Maffezini incumplió la referida regla impuesta por el artículo x del Appri España-Argentina, al someter la controversia directamente a la referida jurisdicción, sin que previamente hubiere agotado los recursos internos que a su disposición establece la jurisdicción española. En consecuencia, el tribunal arbitral del Ciadi tuvo que abordar la interpretación de la alegada disposición del Appri España-Argentina con el fin de valorar si la misma incorpora o no la regla del previo agotamiento de los recursos internos, regla general del Derecho Internacional y cuyo cumplimiento previo se requiere para luego activar bien la protección diplomática,[28] o bien la jurisdicción arbitral.

Al respecto, el tribunal arbitral del Ciadi comienza el análisis de la referida regla poniendo de relieve que el propio artículo 26 del Convenio de Washington parte de su exclusión en la medida en que el Estado contratante no disponga expresamente lo contrario.[29] En este sentido,

---

[28] En relación con el acceso a la protección diplomática y su ejercicio en el ámbito de las inversiones extranjeras, véanse, entre otros muchos, VIVES CHILLIDA, J. A. *Op. cit.,* pp. 1-5; FERNÁNDEZ MASIÁ, E. *Arbitraje en inversiones extranjeras… Op. cit.,* pp. 17-18 y pp. 167-173; GARCÍA RODRÍGUEZ, I. *La protección de las inversiones… Op. cit.,* pp. 290-296; BROCHES, A. «The Convention on the Settlement…». *Op. cit.,* pp. 371-380; MIAJA DE LA MUELA, A. «La cuestión del "ius standi" del Gobierno belga en la sentencia de 5 de febrero de 1970». *Revista Española de Derecho Internacional,* 1970, pp. 305-343; STERN, B. «La protection diplomatique des investissements internationaux. De Barcelona Traction à Elettronica Sicula ou les glissements progressifs de l'analyse». *Journal du Droit International, Clunet,* 1990, pp. 897-945.

[29] Sobre la regla del previo agotamiento de los recursos internos en el contexto del artículo 26 del Convenio de Washington véanse, entre otros, «Article 26», SCHREUER, CH. H. with L. MALINTOPPI, A. REINISCH, A. SINCLAIR. *The Icsid Convention: A Commentary on the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States,* Cambridge University

advierte que el Reino de España no reservó su cumplimiento en el momento en el que ratificó el Convenio de Washington, razón por la cual corresponde entonces examinar si su necesario cumplimiento se halla recogido en el artículo x del Aprri España-Argentina. La conclusión a la que llega el tribunal arbitral es negativa, habida cuenta de que el referido precepto únicamente condiciona el arbitraje del Ciadi a que el demandante active primero la jurisdicción del Estado receptor de la inversión, pero en modo alguno se desprende de la referida disposición que deban agotarse los recursos internos de la jurisdicción nacional como requisito previo para acudir al arbitraje del Ciadi.[30]

En definitiva, el tribunal arbitral del Ciadi estima que el artículo x del Appri España-Argentina no incorpora la regla del previo agotamiento de los recursos internos según como se entiende en el Derecho Internacional como regla cuyo cumplimiento resulta indispensable para luego someter la diferencia a arbitraje.[31] Por consiguiente, queda probado que el señor Maffezini no ha incumplido la citada regla y que merced a la cláusula de la NMF prevista en el artículo IV del Appri España-Argentina puede activar directamente el arbitraje suministrado por el Ciadi.

3.3. La legitimación procesal activa del señor Maffezini

Si el análisis de la cláusula de la NMF acometido en los apartados anteriores entronca con el consentimiento de los Estados a acceder al Ciadi,

---

Press, 2009, Second Edition, pp. 348-413; Fernández Masiá, E. *Arbitraje en inversiones extranjeras... Op. cit.,* pp. 154-159; el apartado 32 del Informe de los Directores Ejecutivos del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento acerca del Convenio de Washington, pp. 45-46. El Informe es accesible en: http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet.

30 Sobre la conexión entre la regla del previo agotamiento de los recursos internos y el requisito de activar primero la jurisdicción nacional véase «Article 26», Schreuer, CH. H. with L. Malintoppi, A. Reinisch, A. Sinclair, *The Icsid Convention... Op. cit.,* pp. 362-365.

31 Véase la Decisión del Tribunal sobre excepciones a la jurisdicción, del 25 de enero de 2000, apartado 28, p. 12.

el presente apartado tiene por objeto otro de los requisitos que el artículo 25 del Convenio de Washington exige para que el Ciadi pueda ejercer su jurisdicción: la legitimación procesal del demandante, en nuestro caso, el señor Maffezini.

En este contexto, el Reino de España alega como excepción a la jurisdicción del Ciadi que el señor Maffezini no está legitimado procesalmente para iniciar el procedimiento arbitral, habida cuenta que es la sociedad Eamsa la que, en su caso, supuestamente ha sufrido el perjuicio irrogado por las entidades españolas y, por consiguiente, en tanto que sociedad española, el Ciadi no puede extender su jurisdicción sobre dicha controversia calificada estrictamente de nacional.

Efectivamente, cabe recordar que el Ciadi proyecta su jurisdicción sobre las divergencias mixtas de naturaleza jurídica surgidas de una inversión llevada a cabo por el inversor de un Estado contratante en el territorio de otro Estado contratante (artículo 25.1 del Convenio de Washington). Asimismo, de ello deriva que las partes enfrentadas deben estar vinculadas a Estados parte del Convenio. A mayor abundamiento, el Reino de España afirma que «mientras exista la sociedad *qua* sociedad, un accionista que se encuentre en la posición del Demandante no tiene derecho a prescindir del velo societario o corporativo y demandar en su capacidad personal por perjuicios sufridos por la Sociedad».[32]

Por su parte, el señor Maffezini rebate la citada alegación del Reino de España sobre la base de que está legitimado procesalmente para entablar el procedimiento arbitral en tanto que inversor extranjero nacional de otro Estado contratante del Convenio de Washington. En este caso, ejerce su *ius standi* como accionista de una sociedad española, en la medida en que ha sufrido un perjuicio directo a su inversión constituida por las acciones de las que es titular. En definitiva, al Sr. Maffezini le asiste el derecho a proteger su inversión de capital.

---

[32] Véase la Decisión del Tribunal sobre excepciones a la jurisdicción, del 25 de enero del 2000, apartado 65, p. 28.

La problemática suscitada por la cuestionada legitimación procesal del señor Maffezini nos conduce a deslindar dos situaciones vinculadas a ella. De este modo cabría diferenciar la legitimación procesal del citado inversor argentino de la legitimación procesal, si fuera el caso, de la sociedad Eamsa.

La primera de ellas es la que el tribunal arbitral administrado por el Ciadi aborda detalladamente en su decisión sobre jurisdicción del Centro. Efectivamente, en el asunto que comentamos el análisis de la legitimación del señor Maffezini se acomete a partir del Appri España-Argentina que, como pusimos de relieve, constituye el fundamento normativo de su demanda.

En este sentido, cabe subrayar que en general los Appri comienzan todos ellos su articulado estableciendo su ámbito de aplicación, cuyas dimensiones subjetiva y material vienen delimitadas por las correspondientes definiciones de inversor y de inversión salvaguardadas por los respectivos Appri. Por consiguiente, la respuesta a si el señor Maffezini goza de legitimación procesal para iniciar el arbitraje del Ciadi debe examinarse a la luz tanto del artículo 25 del Convenio de Washington como de los artículos I.1[33] y I.2[34] del Appri España-Argentina que incorporan respectivamente las definiciones a las que acabamos de referirnos.

---

[33] Con arreglo al artículo I.1 del Appri España-Argentina: «A los fines del presente Acuerdo, el término "inversores" designa: a) las personas físicas que tengan su domicilio en una de las Partes y la nacionalidad de esa Parte, de conformidad con los acuerdos vigentes entre los dos países; b) las personas jurídicas, incluidas compañías, sociedades mercantiles y otras organizaciones que se encuentren constituidas según el derecho de esa Parte y tengan su sede en el territorio de esa misma Parte».

[34] De conformidad con el primer inciso del artículo I.2 del Appri España-Argentina: «El término "inversiones" designa todo tipo de haberes, tales como bienes y derechos de toda naturaleza, adquiridos o efectuados de acuerdo con la legislación del país receptor de la inversión y en particular, aunque no exclusivamente, los siguientes: acciones y otras formas de participación en sociedades».

Por lo que a la definición de inversor se refiere, el Sr. Maffezini cumple con el criterio exigido por el artículo I.1 del Appri España-Argentina, en tanto que es nacional y está domiciliado en el mismo Estado contratante y la inversión de capital se lleva a cabo en el otro Estado contratante del Appri, esto es, España. Además, su inversión de capital en España también resulta amparada por el citado Appri, dado que aparece listada expresamente en su artículo I.2. En este caso, el Appri España-Argentina ampararía el derecho del inversor argentino como accionista extranjero para reclamar los daños y perjuicios sufridos a sus derechos sociales asociados a sus acciones.

Por todo ello, el tribunal arbitral del Ciadi concluye estimando la capacidad del señor Maffezini para someter su controversia a ese Centro. De este modo, el tribunal afirma que el Sr. Maffezini es «un inversor argentino en una sociedad española, que ostensiblemente somete el caso para proteger su inversión en esa empresa y por las pérdidas en que ha incurrido como resultado de los actos causantes del daño que le atribuye al Demandado. Si el Demandante puede probar tales hechos, tendría la capacidad de invocar la protección del ABI en su carácter personal (Convenio, artículo 25; ABI, artículos I(2) y II(2)). Por consiguiente puede considerarse que el Demandante ha demostrado *prima facie* que tiene la capacidad de someter este caso al Tribunal».[35]

Ahora bien, una segunda hipótesis sobre la que el Tribunal arbitral del Ciadi no se detiene en su decisión sobre su jurisdicción consiste en aquélla en la que la acción la ejerciera la sociedad Eamsa directamente por los daños sufridos por ella misma en lugar del señor Maffezini como accionista mayoritario. Esta hipótesis es la que constituye el argumento principal de la parte demandada, el Reino de España, para atacar la legitimación procesal del inversor argentino y, por ende, negar la jurisdicción del Ciadi sobre la base de que en tal caso la controversia se

[35] Véase la Decisión del Tribunal sobre excepciones a la jurisdicción, del 25 de enero de 2000, apartado 70, pp. 28-29.

limitaría a un supuesto meramente nacional sin connotación internacional alguna.

En una primera aproximación, si bien es cierto que las controversias nacionales quedan al margen de la jurisdicción del Ciadi, no obstante, el artículo 25.2 b) del Convenio de Washington prevé una excepción basada en la cláusula del control extranjero[36] de la sociedad nacional en virtud de la cual el control extranjero de la referida sociedad del Estado receptor de la inversión permite calificarla como extranjera a los efectos de que pueda acceder al Ciadi para demandar al Estado del que es nacional. Esta excepción responde a la legislación de muchos Estados que solamente permiten la inversión extranjera directa en la medida en que constituyan una sociedad con arreglo a la legislación societaria vigente en el Estado receptor de la inversión o bien constituyan una *joint venture* societaria asociándose a un socio local.[37]

Como consecuencia de ello, el artículo 25.2 b) del Convenio de Washington otorga también el *ius standi* a las «personas jurídicas que, teniendo en la referida fecha la nacionalidad del Estado parte en la diferencia, las partes hubieren acordado atribuirle tal carácter, a los efectos de este Convenio, por estar sometidas a control extranjero». Para que esta ficción resulte posible, el citado artículo 25.2 del Convenio de

---

[36] Sobre la cláusula de control extranjero véanse, entre otros, Laviec, J. P. *Op. cit.,* pp. 43-48; Sacerdoti, G. *Op. cit.,* pp. 310-315; García Rodríguez, I. *La protección de las inversiones... Op. cit.,* pp. 148-150; Iruretagoiena Agirrezabalaga, I. «Promoción y protección...». *Op. cit.,* pp. 158-159; Iruretagoiena Agirrezabalaga, I. «El arbitraje del sistema Ciadi» en este mismo volumen; Fernández Masiá, E. *Arbitraje en inversiones extranjeras… Op. cit.,* pp. 96-110; Sinclair, A. C. «Chapter 5. Icsid's Nationality Requirements». En Grierson Weiler, T. J. (editor). *Investment Treaty Arbitration and International Law.* JurisNet, LLC, 2008, vol. 1, pp. 106-116.

[37] Véanse, Díez-Hochleitner, J. y C. Izquierdo. «Las inversiones a través de sociedades locales en los APPRIS celebrados por España con países latinoamericanos». *Revista Electrónica de Estudios Internacionales,* (www.reei.org), 2003, n.º 7 y «Article 25», Schreuer, Ch. H. with L. Malintoppi, A. Reinisch, A. Sinclair. *The Icsid Convention... Op. cit.,* p. 126.

Washington exige dos requisitos que deben cumplirse cumulativamente: (i) que la sociedad nacional esté sometida a control extranjero y (ii) que medie un acuerdo entre las partes enfrentadas para conferir a la referida sociedad el calificativo de sociedad extranjera.[38]

No obstante todo ello, la legitimación de Eamsa en el asunto *Maffezini*, como adelantamos, sólo se examinó a los efectos de desestimar la alegación del Reino de España. En definitiva, el señor Maffezini somete la controversia al Ciadi en nombre propio en calidad de accionista que controla efectivamente a Eamsa.

3.4. La legitimación pasiva del Reino de España

El Reino de España rechaza la jurisdicción del Ciadi negando su legitimación procesal pasiva, habida cuenta que las relaciones contractuales y financieras de Eamsa se habían entablado con la Sociedad para el desarrollo Industrial de Galicia (Sodiga), sociedad de carácter comercial

---

[38] Al respecto, véanse, Broches, A. *Op. cit.,* pp. 35-359; Vives Chillida, J. A. *El Centro Internacional… Op. cit.,* pp. 110-116; Fernández Masiá, E. *Arbitraje en inversiones... Op. cit.,* p. 104; «Article 25», Schreuer, Ch. H. with L. Malintoppi, A. Reinisch, A. Sinclair. *The Icsid Convention... Op. cit.,* pp. 299-312; el apartado 30 del Informe de los Directores Ejecutivos del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento acerca del Convenio de Washington.
Los comentaristas al Convenio de Washington han señalado diversas manifestaciones posibles para prestar el referido acuerdo: la primera de ellas consistiría en el propio contrato de inversión celebrado entre el inversor y el Estado receptor de la inversión; en segundo lugar, a falta del necesario consentimiento posterior del inversor, los Estados podrían prestar su consentimiento anticipado en sus respectivas legislaciones nacionales sobre inversiones o bien en los propios Appri. Muestra de esta última opción sería el caso del artículo 1.1 b) del Appri España-Venezuela: «A los efectos del presente Acuerdo: 1. Por inversores se entenderá: b) Personas jurídicas, incluidas compañías, asociaciones de compañías, sociedades mercantiles, sucursales y otras organizaciones que se encuentren constituidas o, en cualquier caso, debidamente organizadas según el Derecho de esa Parte contratante, así como las que están constituidas en una de las Partes Contratantes y están efectivamente controladas por inversores de la otra Parte contratante».

privado, y el Reino de España en ningún caso había intervenido en ellas directamente. En consecuencia, los presuntos perjuicios sufridos por el señor Maffezini en su inversión de capital quedarían al margen de la jurisdicción del Centro, puesto que el ya nombrado artículo 25 del Convenio de Washington no contempla que puedan serle sometidas controversias surgidas exclusivamente entre personas o entidades privadas.

Por su parte, el señor Maffezini sostiene la legitimación de España argumentando que Sodiga está sometida al control del Estado español. En efecto, con arreglo a sus argumentaciones, Sodiga es una sociedad de naturaleza pública sometida al control estatal y, por consiguiente, el Estado español es responsable en última instancia de las acciones ejecutadas por aquélla. En definitiva, el debate de la cuestión pivota alrededor de dos cuestiones: la primera de ellas, en identificar la naturaleza efectiva de Sodiga a los efectos de establecer la jurisdicción del Ciadi, y la segunda, en determinar si las acciones de Sodiga pueden o no imputarse al Estado español. En este sentido, el tribunal arbitral conviene en aclarar que mientras la primera cuestión debe ser resuelta en el procedimiento sobre la jurisdicción del Centro, la segunda de ellas sólo puede acometerse en el procedimiento sobre el fondo una vez se haya aseverado la jurisdicción del Ciadi.[39]

Por lo que se refiere a la naturaleza de Sodiga, el tribunal arbitral concluye estimando su carácter público y, en consecuencia, reconoce su jurisdicción para conocer de la demanda interpuesta por el señor Maffezini contra España. A los efectos de alcanzar tal conclusión, el tribunal arbitral somete el análisis del régimen jurídico de Sodiga a un doble control estructural y funcional. Con arreglo al primero de ellos, el referido tribunal afirma que a pesar de que efectivamente Sodiga sea una sociedad mercantil constituida de conformidad con la legislación societaria española, no obstante, más del 88% de su capital está

[39] Véase la Decisión del Tribunal sobre excepciones a la jurisdicción, del 25 de enero de 2000, apartado 75, p. 30.

controlado por el Estado español y además su creación fue consecuencia de un «decreto dictado por el Ministerio de Industria, que autorizó al Instituto Nacional de Industria, un organismo del Estado, para constituir Sodiga».[40]

Ahora bien, el tribunal arbitral va más allá en su análisis para calibrar el carácter estatal de Sodiga, puesto que señala que, además, el otro criterio determinante para confirmar tal conclusión consiste en analizar las funciones que Sodiga desempeña con arreglo a su objeto social.[41] De este modo, pone de relieve la naturaleza preeminentemente gubernamental de las funciones que Sodiga lleva a cabo en el sector del desarrollo regional, como así queda patente en el propio preámbulo del decreto en virtud del cual se constituyó la referida empresa.[42]

En definitiva, el tribunal arbitral concluye aseverando su jurisdicción sobre el asunto controvertido en la medida en que también queda corroborada la legitimación pasiva del Reino de España, habida cuenta el hecho que queda probado que Sodiga actúa en el mercado en nombre de España. Ahora bien, el tribunal arbitral deja para el procedimiento sobre el fondo la cuestión de responsabilizar a España por los daños supuestamente causados a la inversión del Sr. Maffezini en este país, puesto que dicha imputación de responsabilidad está condicionada a que el tribunal identifique si las actuaciones ejecutadas por Sodiga en el caso controvertido son de carácter comercial o gubernamental. Ello porque "Las acciones comerciales no se pueden atribuir al Estado español, en tanto que las acciones gubernamentales sí se deben atribuir a éste".[43]

---

[40] Véase la Decisión del Tribunal sobre excepciones a la jurisdicción, de 25 de enero de 2000, apartado 83, p. 33 y el Laudo del 13 de noviembre de 2000, apartados 46-50, pp. 16-18.

[41] Véase la Decisión del Tribunal sobre excepciones a la jurisdicción, del 25 de enero de 2000, apartados 84-89, pp. 34-35.

[42] Véase la Decisión del Tribunal sobre excepciones a la jurisdicción, del 25 de enero de 2000, apartado 86, p. 34.

[43] Véase el Laudo del 13 de noviembre de 2000, apartado 52, p. 19.

3.5. La responsabilidad del Reino de España

Una vez determinada la jurisdicción del Ciadi, el tribunal arbitral administrado por él debe pronunciarse sobre las pretensiones que el señor Maffezini somete a su consideración en el procedimiento sobre el fondo de la diferencia y que están dirigidas a imputar al Estado español la responsabilidad de las actuaciones llevadas a cabo por Sodiga.[44] En definitiva, como pusimos de relieve, el inversor argentino reclama al Estado español indemnización por daños y perjuicios en concepto de las pérdidas sufridas en su inversión de capital como consecuencia, en primer lugar, del mal asesoramiento que le fue prestado por Sodiga durante el proceso de puesta en marcha de su proyecto de fabricación y comercialización de productos químicos en la región de Galicia y, en segundo lugar y vinculado a lo anterior, por la transferencia de 30 millones de pesetas que el señor Maffezini realizó a Eamsa sin haber prestado su previo consentimiento. En efecto, la referida transferencia tuvo lugar como consecuencia de la intervención del señor Soto Baños, representante de Sodiga ante Eamsa, quien emitió la orden de transferencia sin haber mediado un contrato financiero obligatorio para el señor Maffezini que recogiera su consentimiento al referido traspaso de capital.

En su respuesta al fondo de la controversia, el tribunal arbitral ciñe sus argumentaciones al Appri España-Argentina habida cuenta que constituye el fundamento normativo de las pretensiones del señor Maffezini tal y como viene avalado por el artículo 42 del Convenio de Washington,[45] que establece la normativa a aplicar por los tribunales

---

[44] Véase *supra* último párrafo del apartado 2 del presente trabajo titulado «Los hechos de la controversia».

[45] Por lo que se refiere a la ley aplicable al fondo de la controversia por los tribunales arbitrales del Ciadi véanse, entre otros, «Article 42», Schreuer, Ch. with L. Malintoppi, A. Reinisch, A. Sinclair. *The Icsid Convention... Op. cit.,* pp. 545-639; Banifatem, Y. «The Law Applicable in Investment Treaty Arbitration». En Yannaca Small, K. *Arbitration under International Investment agreements, A guide to the Key Issues,* Oxford University Press, 2010, pp. 191-200; Fernández Masiá, E. *Arbitraje en inversiones extranjeras… Op. cit.,* pp. 230-287.

arbitrales del Ciadi. Este precepto otorga primacía a la autonomía de la voluntad que, en el caso que nos ocupa, aparece materializada en el artículo x.5 del Appri España-Argentina.[46] En definitiva, el pronunciamiento del tribunal a las pretensiones formuladas por el demandante se asienta sobre el propio Appri y, por remisión del mismo, sobre el Derecho interno español aplicable al caso en consonancia con lo que dispone el citado artículo x.5 del Appri España-Argentina, que contempla la normativa aplicable por el Ciadi.[47]

A la luz de la normativa recién apuntada, por lo que se refiere a la primera pretensión enunciada, el tribunal arbitral exime al Estado español de responsabilidad por el negligente asesoramiento sobre la inversión del señor Maffezini. La justificación de la decisión radica en la naturaleza privada del referido asesoramiento, tanto por lo que se refiere a la puesta en marcha del proyecto como por lo relativo a la evaluación del impacto ambiental necesario para su válida implantación. En relación con el estudio de factibilidad del proyecto de fabricación y distribución de productos químicos, queda probado durante el proceso arbitral que el asesoramiento que Sodiga había suministrado y comunicado a Eamsa era independiente al que, a su vez, esta última había encargado a la empresa privada Cotecno, y que además su finalidad era la

---

[46] En este sentido, Fernández Masiá sostiene que cuando la jurisdicción del tribunal arbitral del Ciadi deriva de una oferta de consentimiento por la parte estatal plasmada en un Appri que, a su vez, es aceptada por el inversor mediante el acto de iniciar el procedimiento arbitral, en tales casos la referida aceptación del inversor supone igualmente una elección de las normas jurídicas, contenidas en el Appri, que habrán de resolver la diferencia. «Por consiguiente, la cláusula de derecho aplicable contemplada en tales TPPI ha de considerarse como una cláusula de elección de derecho por las partes que habrá de tomarse en consideración obligatoriamente por parte del tribunal del Centro». Fernández Masiá, E. *Arbitraje en inversiones extranjeras… Op. cit.,* pp. 249-250.

[47] Con arreglo al artículo X.5 del Appri España-Argentina: «El tribunal arbitral decidirá sobre la base del presente tratado y, en su caso, sobre la base de otros tratados vigentes entre las Partes, del derecho interno de la Parte en cuyo territorio se realizó la inversión, incluyendo sus normas de derecho internacional privado, y de los principios generales del derecho internacional».

de valorar la propia participación de Sodiga en el capital de Eamsa. Por consiguiente, no puede imputarse a Sodiga el costo adicional del proyecto que Eamsa quería poner en marcha y cuyo incremento determinó que el señor Maffezini tuviera que paralizarlo despidiendo al personal contratado. En definitiva, las pérdidas sufridas por el inversor argentino son imputables a su deficiente capacidad emprendedora.

Asimismo, el incremento de los costes inicialmente previstos por el Sr. Maffezini también alcanzan a los derivados de la evaluación del impacto ambiental que imperativamente tuvo que encargar, habida cuenta del objeto social de Eamsa (vinculado a la industria química) y los requisitos legales exigidos por el ordenamiento jurídico de la Unión Europea y el ordenamiento jurídico español. De nuevo, el señor Maffezini hace responsable a Sodiga de los citados costes adicionales porque «Eamsa fue presionada para iniciar la inversión antes que hubiera finalizado el proceso y de que se conocieran sus implicaciones».[48] Este incremento adicional determinó que el inversor argentino decidiera paralizar las obras de construcción y su proyecto. Por su parte, el Reino de España niega la responsabilidad de Sodiga afirmando que el señor Maffezini era plenamente consciente de las exigencias legales y que pese a ello a su criterio decidió proceder con las obras de construcción antes de la aprobación de la referida evaluación del impacto ambiental y «que lo hizo contrariamente al consejo de sus propios empleados y consultores».[49]

A la vista de las pruebas aportadas al procedimiento arbitral basadas principalmente en la correspondencia y otras comunicaciones mantenidas entre el señor Mafezzini y Sodiga, el tribunal arbitral concluye responsabilizando al inversor argentino por su mala gestión, puesto que resulta acreditado que tenía total conocimiento de los referidos requisitos legales. Contrariamente, el comportamiento de Sodiga se ajustó completamente a la legislación tanto de la Unión Europea como española en materia medioambiental. De este modo, el tribunal arbitral

[48] Véase el Laudo del 13 de noviembre de 2000, apartado 65, p. 23.
[49] Véase el Laudo del 13 de noviembre de 2000, apartado 66, p. 23.

concluye aseverando que «no se puede responsabilizar a España por las decisiones adoptadas por el Demandante respecto a la EIA. Además, la acción del Reino de España concuerda plenamente con la disposición del artículo 2(1) del Acuerdo Bilateral sobre Inversiones Argentina-España, que exige la promoción de las inversiones en cumplimiento de la legislación nacional».[50]

En cuanto a la segunda de las pretensiones alegadas por el señor Maffezini, esto es, la transferencia de capital por parte del señor Maffezini a Eamsa encaminada a superar las dificultades financieras por las que atravesaba esta última sociedad, el tribunal arbitral afirma que la intervención del Sr. Soto Baños como representante de Sodiga obedece a funciones gubernamentales, habida cuenta que la transferencia de los 30 millones de pesetas representa en la práctica un incremento de la inversión y esta decisión fue adoptada en definitiva por Sodiga[51] ejerciendo prerrogativas estatales. En efecto, sobre este extremo, el tribunal justifica su decisión afirmando que, en primer lugar, la intervención del Sr. Baños Soto es imputable a Sodiga, ya que obtuvo la autorización para actuar del Presidente de Sodiga y, en segundo lugar, su actuación estuvo desprovista a todas luces de connotaciones meramente privado comerciales.

En definitiva, el tribunal arbitral del Ciadi termina estimando únicamente la reclamación del señor Maffezini sobre la transferencia de fondos, desestimado las dos primeras.

4. Consideraciones finales

El caso *Maffezini,* como apuntamos al comienzo del trabajo, destaca por el tratamiento que dispensa a los requisitos requeridos para que una controversia derivada de inversiones pueda ser conocida por un

[50] Véase el Laudo del 13 de noviembre de 2000, apartado 71, p. 25.
[51] Véase el Laudo del 13 de noviembre de 2000, apartado 79, p. 28.

tribunal del Ciadi en consonancia con lo que dispone el artículo 25 del Convenio de Washington. En este sentido, cobra especial interés el uso de la cláusula de la nación más favorecida en clave procesal y no estrictamente sustantiva.

Asimismo, el referido asunto reafirma, por un lado, el *ius standi* del inversor nacional extranjero persona física accionista de la sociedad local cuando el daño es individualizado y, por otro lado, la legitimación pasiva del Estado respecto de la actuación de sociedades creadas por entes subestatales en régimen de Derecho Privado.

La expansión del sistema arbitral Ciadi: desde el solitario asunto *Holiday Inns c/ Marruecos* en el tribunal constituido en 1972 hasta nuestros día

*Jaime N. Gallego**

Sumario: I. Introducción.— II. Origen, Evolución y Expansión del Sistema Arbitral Ciadi.— III. Principales críticas y manifestaciones de descontento.— IV. Conclusiones.

1. Introducción

Aunque el Convenio Ciadi entra en vigor en 1966, no es hasta enero de 1972 que se registra la primera demanda arbitral ante el Ciadi. En aquel histórico caso, la compañía suiza *Holiday Inns S.A.* y la compañía estadounidense *Occidental Petroleum Corporation* iniciaron un arbitraje de forma conjunta contra Marruecos por presuntos incumplimientos de un contrato cuya cláusula arbitral hacía referencia al Convenio Ciadi.[1]

Durante un largo periodo de tiempo no se registraron más de cuatro casos al año y no es hasta el año 1997 que empieza una verdadera

---

* Jaime Gallego ejerce como abogado en el departamento de arbitraje internacional de Lalive en Ginebra, Suiza. Se agradece la ayuda de Clovis Treviño durante su pasantía en Lalive en la preparación de este capítulo.

1 *Holiday Inns y otros c. Marruecos,* Ciadi n.º ARB/72/1. El Tribunal Arbitral sólo llega a pronunciarse sobre la aplicación del Convenio Ciadi a importantes cuestiones de competencia dado que las partes llegaron a un acuerdo *a posteriori*. Se puso fin al procedimiento el 17 de octubre de 1978. Ver Lalive, P. «The First World Bank Arbitration (Holiday Inns v Morrocco) – some legal problems», *Icsid Reports*, vol. 1 (1993), pp. 645-681.

explosión de demandas llegando a registrarse 40 casos ante el Ciadi sólo en el año 2012.[2] En el caso del Perú, se han registrado 12 casos ante el Ciadi hasta 2012, y en el caso de España, dos. Esta explosión es debida en gran parte a un largo período en el que se ha impulsado el sistema Ciadi mediante la subscripción de tratados bilaterales de inversión, también llamados acuerdos para la promoción y protección recíproca de inversiones (Appri) la gran mayoría de los cuales ofrecen a inversores extranjeros la posibilidad de iniciar un arbitraje directamente en contra del Estado receptor de la inversión sin la existencia previa de un acuerdo arbitral.[3]

Los casos ante el Ciadi surgen de la tensión entre la actuación del Estado como poder soberano por un lado y la protección que se debe al inversor por otro. Dado que los Appri en muchos casos tienen un contenido sustantivo muy parecido o idéntico, el análisis que hace un tribunal de un Appri es a menudo fácilmente transmutable a otro Appri. La jurisprudencia arbitral generada, la cual en la práctica es casi toda pública en el caso de los laudos Ciadi,[4] establece determinados estándares de actuación para los Estados, de forma cada vez más comparable en este aspecto a las decisiones que surgen de otros foros internacionales como son la Organización Mundial del Comercio o el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Aunque haya laudos que se contradigan en algunos puntos de importancia, muchos otros razonan apoyándose en las decisiones tomadas por tribunales anteriores. Con ello, algunos autores proponen que se está creando *de facto* un sistema de derecho administrativo transnacional.

---

2 Carga de los Casos del Ciadi - Estadísticas (Edición 2013-1), disponible en https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=ICSIDDocRH&actionVal=CaseLoadStatistics.

3 PAULSSON, J. «Arbitration without Privity». *Icsid Review*, Fall 1995, vol. 10, n.º 2.

4 Para acceder a un gran elenco de laudos, ver por ej. http://italaw.com/ o https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=ShowHome&pageName=Cases_Home. Las Reglas Ciadi sólo permiten la publicación de los laudos si existe el consentimiento de ambas partes «aunque el Centro deberá incluir prontamente en sus publicaciones extractos del razonamiento jurídico del Tribunal». (Regla n.º 48).

En los últimos años, el funcionamiento del sistema arbitral Ciadi ha sido fuertemente cuestionado por ciertos sectores y usuarios. A raíz de ello, se han dado reacciones de rechazo por algunos Estados. Por ejemplo en mayo de 2007, Bolivia se convirtió en el primer Estado de la historia del Ciadi en denunciar el Convenio, seguido más recientemente por el Ecuador y Venezuela.

La interrogante que surge es si estas señales de descontento, actualmente localizadas en una minoría de países, han debilitado (o pueden debilitar) fundamentalmente el sistema, o si son manifestaciones aisladas que no han afectado por el momento el sistema.

Para responder a ello, el capítulo que sigue (ii) describe los comienzos, evolución y expansión del sistema arbitral Ciadi, seguido (iii) por un recuento de las principales críticas al sistema y por otro lado las medidas más extremas tomadas por ciertos países rechazando el sistema, para luego diagnosticar (iv) si el Ciadi padece efectivamente una crisis.

2. Origen, evolución y expansión del sistema arbitral Ciadi

2.1. El contexto histórico y los origines del sistema arbitral Ciadi

El inversor privado, al entrar en una relación contractual con un Estado soberano (o empresa estatal) para la realización de una inversión en el territorio de dicho Estado, asume el riesgo de que su contraparte utilice sus prerrogativas para modificar el equilibrio contractual. La desconfianza en la capacidad de los Estados receptores de garantizar la seguridad jurídica de la inversión extranjera resultó en la progresiva internacionalización de los contratos de Estado a través de la introducción de cláusulas de arbitraje internacional, cláusulas de estabilidad y cláusulas de ley aplicable.[5]

[5] Sornarajah, M. «Theory of Internationalisation of Foreign Contracts». *The Settlement of Foreign Investment Disputes*. La Haya: Kluwer Law International, 2000, pp. 223-278.

En 1958 se firmó la Convención de Nueva York, un paso fundamental en el desarrollo del arbitraje internacional. En ese momento existían instituciones de arbitraje comercial, como es la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, con sede en París. Sin embargo, en un momento en el que se buscaba promover la inversión extranjera directa en los países en vías de desarrollo, muchos de ellos habiendo alcanzado recientemente la independencia de sus colonizadores, se sintió que «un cuerpo separado que no se identificara con un enfoque comercial sería más aceptable para los gobiernos de algunos países importadores de capital en temas relativos a los derechos y los activos de inversores extranjeros».[6]

Se impulsó entonces la creación del Convenio Ciadi en el seno del Banco Mundial, teniendo desde un primer momento las siguientes particularidades, entre otras.

Primero, si el Estado y la parte privada hubieran llegado a un acuerdo para someter la controversia a arbitraje Ciadi, la parte privada no tendría posibilidad de recurrir a la protección diplomática por parte de su propio Estado[7]. Al reconocer a los inversores extranjeros legitimación activa para demandar directamente a un Estado en el plano internacional, se buscó despolitizar las controversias que históricamente habían sido ventiladas a través de la vía diplomática. Se debe recordar que la protección diplomática entre Estados (pudiendo ello llevar al arbitraje entre Estados si así se acordara), era la vía clásica de resolución de conflictos cuando un Estado supuestamente lesionaba los derechos de un extranjero. En el marco del Convenio Ciadi, el Estado del inversor afectado no se ve en la dificultad de decidir si proceder o no con un

---

6 Informe de las Naciones Unidas 1960 (n.° 14) 80-81, citado en Parra, A. *The History of ICSID*, OUP, 2012, p. 17.

7 Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States: Documents Concerning the Origin and the Formulation of the Convention, pt. 1, *2 International Center for Settlement of Investment Disputes*, 1968, p. 80.

reclamo, y el inversor privado no tiene que convencer a su Estado de hacerlo[8]. Al otorgar su consentimiento a la jurisdicción del Ciadi, los Estados receptores acuerdan someterse al Convenio y, en contraprestación, los países exportadores de capital y los inversores renuncian al derecho de recurrir a la protección diplomática.[9]

Segundo, salvo estipulación en contrario, no se exige el agotamiento de las instancias judiciales nacionales.[10] Se busca plasmar, por lo tanto, lo contrario del régimen existente en el sistema clásico de protección diplomática, un paso importantísimo en la práctica.

Tercero, el Convenio especificaría que los laudos de los tribunales arbitrales constituidos bajo el Convenio Ciadi serían directamente ejecutables en los territorios de los países adherentes al Convenio.[11]

---

8 García, C. G. «All the Other Dirty Little Secrets: Investment Treaties, Latin America, and the Necessary Evil of Investor-State Arbitration», 16 *Fla. J. International L.* 301, 314, 2004.

9 Convenio Ciadi, artículo 27(1) («Ningún Estado Contratante concederá protección diplomática ni promoverá 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»).

10 Convenio Ciadi, artículo 26 («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. Un Estado Contratante podrá exigir el agotamiento previo de sus vías administrativas o judiciales, como condición a su consentimiento al arbitraje conforme a este Convenio»).

11 Convenio Ciadi, artículo 54 (1) («Todo Estado Contratante reconocerá al laudo dictado conforme a este Convenio carácter obligatorio y hará ejecutar dentro de sus territorios las obligaciones pecuniarias impuestas por el laudo como si se tratare de una sentencia firme dictada por un tribunal existente en dicho Estado. El Estado Contratante que se rija por una constitución federal podrá hacer que se ejecuten los laudos a través de sus tribunales federales y podrá disponer que dichos tribunales reconozcan al laudo la misma eficacia que a las sentencias firmes dictadas por los tribunales de cualquiera de los estados que lo integran»).

Cuarto, el Convenio Ciadi fue concebido como un convenio sobre la creación de un foro arbitral para la resolución de las controversias, y no como un convenio de protección internacional de la inversión extranjera, por lo que intencionalmente se omitió de su texto cualquier referencia a obligaciones sustantivas entre inversores y Estados.[12] Existía otra iniciativa en ese momento por parte de la OCDE relativa a un tratado multilateral sobre la protección de bienes extranjeros en la que se intentaba fijar las obligaciones sustantivas. Esta iniciativa fracasó en ese momento y volvió a fracasar en los años 90 cuando se retomó. En todo caso, el contenido sustantivo de protección se desarrolló a través de una red de Appri que se desplegó sobre todo a partir de los años 80.

2.2. Evolución y expansión

Durante las discusiones que llevaron al Convenio Ciadi, se habían previsto dos formas de acceder al sistema arbitral. Por un lado, la contractual clásica. Por otro lado, una posible oferta abierta de arbitraje por parte del Estado receptor en su legislación que pudiera llevar a su posterior aceptación por parte del inversor para así perfeccionar el consentimiento de ambas partes. El párrafo 24 del «Informe de los Directores Ejecutivos acerca del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados» que acompaña al Convenio Ciadi dice lo siguiente:

> un Estado receptor pudiera ofrecer en su legislación sobre promoción de inversiones, que se someterán a la jurisdicción del Centro las diferencias producidas con motivo de ciertas clases de inversiones, y el inversionista puede prestar su consentimiento mediante aceptación por escrito de la oferta.

[12] Lowenfeld, A. «The Icsid Convention: Origins and Transformation», *38 Ga. J. Int'l & Comp. L. 47, 50*, 2009, p. 52.

Estas dos vías de acceso sólo dan raíz a once demandas en los primeros quince años desde que entra en vigor el Convenio Ciadi, sólo seis de las cuales resultaron en un laudo final.[13]

El progresivo desarrollo de una red de Appri (y en cierta medida los tratados multilaterales de inversión)[14] cambia radicalmente el panorama. La red de Appri surge de un deseo en los países en vías de desarrollo, de atraer inversión extranjera a través de políticas liberales de mercado que deriven en una competición entre Estados para atraer la máxima cantidad de inversión.[15] También se ha dicho en más de una ocasión que muchos Appri se firmaron por impulso político sin haber analizado seriamente los compromisos que se acordaban,[16] aunque ello parece difícil de creer y es irrelevante. En todo caso, hasta 1989 existían menos de 400 Appri; hoy en día existen unos 3000 Appri,[17] unos 179 países siendo parte en por lo menos un Appri.[18]

Su contenido es a menudo muy similar aunque las diferencias pueden ser marcadas, lo cual hace fundamental el estudio individualizado

---

13 Lowenfeld, A. «The Icsid Convention: Origins and Transformation». *38 Ga. J. Int'l & Comp. L. 47, 50*, 2009, p. 55.

14 Como el Tratado entre los Estados Unidos de América y el Sultanato de Omán para el establecimiento de una zona de libre comercio de 2006 (Omán-EE.UU TLC), el Tratado de Libre Comercio entre República Dominicana, Centroamérica y Estados Unidos de América de 2004 (DR-Cafta), Tratado de Libre Comercio de América del Norte de 1994 (Tlcan), Tratado sobre la Carta de la Energía de 1991 (TCE) y Tratado Asean para la Promoción y Protección de Inversiones de 1987.

15 Lowenfeld, A. «The Icsid Convention: Origins and Transformation». *38 Ga. J. Int'l & Comp. L. 47, 50*, 2009, pp. 59-65.

16 Kahale, G., iii. «Is Investor-State Arbitration Broken». *Transnational Dispute Management*, October 2012, p. 20 y la nota 47.

17 World Investment Report 2012: Towards a New Generation of Investment Policies, Unctad, p. 84, disponible en http://www.unctad-docs.org/files/UNCTAD-WIR2012-Full-en.pdf.

18 Vandevelde, K. J. *Bilateral Investment Treaties, History, Policy and Interpretation*, OUP (2010), pp. 64 y 74.

del Appri aplicable. Se puede decir sin embargo, como ya hemos avanzado, que en general éstos contienen un elenco de obligaciones sustanciales (pudiendo ser muy amplias, como es la obligación de acordar un trato «justo y equitativo» al inversor) que en su esencia siguen los estándares que no había sido posible aprobar como convenio multilateral de la OCDE sobre la protección de bienes extranjeros en los años 60.[19] Por otro lado, el cumplimiento de esas obligaciones se ve a menudo (aunque no siempre) respaldada por una oferta abierta al inversor de llevar una controversia relativa al cumplimiento de esas obligaciones ante un tribunal arbitral. Los Appri en muchos casos especifican que la controversia se someterá a arbitraje ante el Ciadi, u otra institución o reglamento. Estos dos factores abren a muchos inversores extranjeros una vía directa de reclamo ante los Estados receptores, lo cual ha resultado en un incremento exponencial de los casos sometidos al Ciadi.

Por lo tanto, los Appri proporcionan el consentimiento abierto (con algunas limitaciones en muchos casos) a la jurisdicción del Ciadi por parte de los Estados y al mismo tiempo, el criterio jurídico a seguir por los tribunales Ciadi para resolver controversias concretas. En las palabras de Aaron Broches, el padre del Ciadi:

> Los tratados para la protección de inversión y el Convenio [Ciadi] sirven el idéntico objetivo de generar confianza mutua y un clima de inversión que promoverá el aumento de flujos internacionales de inversión…. Introducir el mecanismo del Convenio en los tratados de protección de inversión puede, por lo tanto, ser considerado como un desarrollo particularmente acertado.[20]

Sin embargo resulta curioso que en ninguna de las discusiones o reuniones consultativas en torno a la creación del Ciadi se contempló

---

[19] Ver el borrador de Convenio de 1962 en http://www.oecd.org/investment/internationalinvestmentagreements/39286571.pdf.

[20] Broches, A. «Bilateral Investment Protection Treaties and Arbitration of Investment Disputes». *Selected Essays: World Bank, Icsid, and Other Subjects of Public and Private International Law* (1995), p. 457. (traducción del autor).

la posibilidad de que un Estado pudiera otorgar su consentimiento a someterse a la jurisdicción del Centro en un Appri o un tratado multilateral, sin necesidad de un acuerdo de inversión o controversia específica.[21] Resulta curiosas dado que el primer Appri ya se había firmado (en 1959 —Alemania con la India—) cuando se dieron las discusiones.

Como consecuencia del desarrollo de los Appri y de tratados multilaterales, el Ciadi se ha convertido en un foro arbitral de primera relevancia para los inversores extranjeros. Las estadísticas confirman que un 74% de los casi 400 casos que se han presentado ante el Ciadi se basan en un Appri o un tratado multilateral (de la parte restante, 20% se basan en un contrato y 6% en un oferta abierta contenida en la legislación del país receptor).[22]

Además el número de casos presentados ante el Ciadi aumenta año tras año. En 2012 se registraron 40 nuevos casos bajo el Convenio Ciadi, el número más alto de la historia, seguido por el año 2011 en el que se registraron 33 casos.[23]

3. Principales críticas y manifestaciones de descontento

No cabe duda de que el Convenio Ciadi, al encontrarse vinculado con un gran número de Appri y otros tratados multilaterales, ha resultado en la producción de un amplio compendio de decisiones y precedentes que pueden catalogarse como un verdadero *corpus juris* de derecho administrativo transnacional. Sin embargo, la naturaleza no jerárquica

---

21 Lowenfeld, A. «The Icsid Convention: Origins and Transformation». *38 Ga. J. Int'l & Comp. L. 47, 50,* 2009, p. 55.

22 Carga de Casos del Ciadi - Estadísticas (Edición 2013-1), p. 8, https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=ICSIDDocRH&actionVal=CaseLoadStatistics

23 Cargo de Casos del Ciadi - Estadísticas (Edición 2013-1), p. 8, https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=ICSIDDocRH&actionVal=CaseLoadStatistics

del sistema arbitral Ciadi genera una tensión entre la inaplicabilidad del principio de una jurisprudencia vinculante (*stare decisis*) y la necesidad de promover el desarrollo armonioso del derecho de inversión para satisfacer las expectativas legítimas de la comunidad de Estados e inversores.

Cuarenta años después del solitario *Asunto Holiday Inns c. Marruecos,* es oportuno evaluar si el sistema ha funcionado satisfactoriamente.

La primera interrogante que surge es si el sistema del Ciadi combinado con la red de Appri ha promovido el desarrollo económico y el flujo de inversión. Responder a esta interrogante es muy difícil. Los estudios estadísticos no muestran de forma consistente una correlación clara entre la existencia del Ciadi y de los Appri y un incremento de la inversión extranjera.[24] Unctad ha publicado un estudio sobre esta misma cuestión en el que se concluye que aunque la existencia de la protección de un Appri puede ser un factor que favorezca la inversión, los inversores lo consideran juntamente con un elenco de factores y no se puede decir que sea determinante.[25] Cabe resaltar un cuestionario dirigido a los directores jurídicos de las más grandes empresas de los Estados Unidos de América que muestra que pocos entre ellos toman en cuenta la red de Appri en su decisión de inversión.[26] Decisiones de este tipo posiblemente dependan del beneficio que se puede extraer de la inversión que se realiza. A mayor beneficio potencial en el momento de realizar la inversión, mayor riesgo se estaría dispuesto a tomar, siendo

---

[24] Webb Yackee, J. «How much do U.S. corporations know (and care) about bilateral investment treaties? Some hints from new survey evidence». *Columbia FDI Perspectives*, *Perspectives on topical foreign direct investment issues by the Vale Columbia Center on Sustainable International Investment n.° 31*, 23 November 2010.

[25] Unctad, *The Role of International Investment Agreements in Attracting Foreign Direct Investment to Developing Countries*, Unctad Series on International Investment Policies for Development, (2009).

[26] Webb Yackee, J. «How much do U.S. corporations know (and care) about bilateral investment treaties? Some hints from new survey evidence». *Columbia FDI Perspectives, Perspectives on topical foreign direct investment issues by the Vale Columbia Center on Sustainable International Investment n.° 31,* 23 de noviembre de 2010.

con ello una consideración menos importante la protección que pueda ofrecer el sistema Ciadi.

La segunda interrogante que surge, es si el sistema goza de la suficiente legitimidad.

En tiempos recientes, sobre todo desde 2007, la confianza en el sistema Ciadi ha venido desintegrándose entre ciertos usuarios, particularmente entre Estados latinoamericanos, lo cual no debe sorprender en vista del dramático aumento en el número de casos registrados ante el Ciadi en contra de países de la región.[27]

Tampoco debe sorprender dada la historia de rechazo que desarrollaron los países latinoamericanos hacia el arbitraje a raíz de su experiencia con las comisiones mixtas arbitrales a finales del siglo xix y a principios del siglo xx.[28] Ese rechazo se exprimió por los países latinoamericanos en bloque al proyecto de Convenio Ciadi durante su discusión en Tokio en 1964 (conocido como «el No de Tokio»),[29] en un momento en el que seguía en auge la doctrina Calvo desarrollada en la segunda mitad del siglo xix.[30]

---

[27] Ver lista de casos pendientes ante el Ciadi disponible en http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=GenCaseDtlsRH&actionVal=ListPending.

[28] Lagos Valenzuela, E. «El arbitraje internacional de América». *Anales de la Facultad de Derecho (Universidad de Chile), vol iv, enero-diciembre, 1938, n.os 13-16, Título iii*, sub-título 4, disponible en http://www.analesderecho.uchile.cl/index.php/ACJYS/article/view/4117/4010.

[29] Lowenfeld, A. F. «The Icsid Convention: Origins and Transformation». *Georgia Journal of International and Comparative Law* (otoño 2009), pp. 47-61, p. 54.

[30] La doctrina Calvo sostiene que «i) los Estados soberanos gozan del derecho de estar libres de cualquier forma de interferencia *(ingérence d'aucune sorte)* por parte de otros Estados; ii) Los extranjeros tienen los mismos derechos que los nacionales y, en caso de pleitos o reclamaciones, tendrán la obligación de acabar todos los recursos legales ante los tribunales locales». Tamburini, Francesco «Historia y Destino de la Doctrina Calvo: Actualidad u Obsolescencia del Pensamiento de Carlos Calvo». *24 Revista de estudios histórico-jurídicos*. Chile (2002), en (http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=s0716-54552002002400005&script=sci_arttext).

Entre los argumentos que han sido avanzados en contra del Ciadi, tanto por países latinoamericanos como por otros usuarios del sistema, pueden citarse los siguientes: (i) la falta de imparcialidad a favor de los intereses de los inversores; (ii) que intereses de orden público no se consideran adecuadamente, (iii) que los laudos a menudo son contradictorios, (iv) que los costos de litigio son excesivamente elevados y (v) que los árbitros a menudo provienen de un círculo cerrado y además actúan como abogados de parte en otros casos, pudiendo existir conflictos de intereses.

Estas críticas se desarrollarán a continuación.

La pregunta que surge es si este descontento, ha debilitado (o puede debilitar) fundamentalmente el sistema arbitral Ciadi y si debemos anticipar la desintegración del sistema de Appri que marcó su desarrollo. Hasta ahora, el descontento se ha manifestado principalmente mediante: denuncias del Convenio Ciadi, denuncia, no-renovación y renegociación de Appri, exclusión del Ciadi en nuevos Appri, iniciativas regionales para suplantar al Ciadi y el no pago de laudos. Para diagnosticar si el Ciadi padece una crisis de legitimidad es necesario analizar a continuación las manifestaciones del (supuesto) descontento.

Estas manifestaciones de descontento se analizarán una vez revisadas las principales críticas.

3.1. Las principales críticas

3.1.1. Interpretación favorable a los intereses de los inversores

Una de las críticas principales expresada por los países que en la actualidad forman parte del núcleo de descontento, es la supuesta parcialidad del Ciadi a favor de los intereses de inversores extranjeros.[31]

[31] En su comunicado de fecha 25 de enero de 2012, el Gobierno de Venezuela justifica su decisión de denunciar el Convenio Ciadi como una medida tomada

Existen tanto estudios que sostienen que los resultados a lo largo de la historia del Ciadi han sido bastante equilibrados[32] como otros que sostienen que existe una clara tendencia hacia el favorecimiento de los intereses de los inversores (sobre todo de las sociedades de origen europeo o norteamericano) contra los intereses de los Estados.[33]

Es difícil evaluar si está fundamentada la afirmación de que el sistema Ciadi en general está claramente sesgado a favor del inversor. Sin embargo, resulta claro que algunos árbitros tienden a razonar de una forma que favorece de forma recurrente los intereses del Estado o del inversor. No resulta sorprendente que estos profesionales sean nombrados como árbitros de parte también de forma recurrente por aquellos cuyos intereses resultan favorecidos. Por ello resulta todavía más capital la figura del presidente del tribunal para la determinación del litigio, dado que su perfil permite predecir la determinación de algunos de los puntos en un litigio, los cuales pueden ser más o menos importantes dependiendo del caso. Dado que existe mucha más transparencia en torno a las decisiones arbitrales en el arbitraje de inversión que en el arbitraje comercial, no resulta nada fácil que las partes lleguen a un acuerdo sobre la identidad del presidente del tribunal.

«con el fin de proteger el derecho del pueblo venezolano a decidir las orientaciones estratégicas de la vida económica y social de la nación, sustrayéndola de una jurisdicción internacional que ha fallado 232 veces a favor de los intereses transnacionales, en las 234 causas que ha conocido a lo largo de su historia» (Comunicado, *Gobierno Bolivariano denuncia convenio con Ciadi*, República Bolivariana de Venezuela, Ministerio del Poder Popular para Relaciones Exteriores, 25 de enero de 2012, disponible en http://www.globovision.com/news.php?nid=216620). Claramente la crítica no se dirige sólo a los arbitrajes Ciadi, sino al arbitraje internacional en el que Venezuela se ve como parte en general.

32 Ver p. ej. Franck, S. «The Icsid Effect? Considering Potential Variations in Arbitration Awards». 51 *Va. J. International L.* 825, 2011.

33 Ver p. ej. Van Harten, G. «Arbitrator Behaviour in Asymetrical Adjudication: An Emprical Study of Investment Treaty Arbitration». *Osgoode Hall Law Journal* (2012), disponible en http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2149207.

Sin embargo, si las partes no llegan a un acuerdo, será el Presidente del Banco Mundial quien designará al presidente del tribunal.[34] Y existe aquí otra crítica hacia el sistema Ciadi. En la práctica ha sido y sigue siendo los Estados Unidos de América el país que elige al presidente del Banco Mundial, dando la impresión (que puede no estar fundada, dado que el Presidente sigue la recomendación del Secretario General)[35] de que los intereses de los países más desarrollados se ven favorecidos frente a los intereses de los países en vía de desarrollo.

En algunos puntos clave del sistema de arbitraje de inversión se puede decir que la tendencia jurisprudencial actual favorece los intereses de los inversores ante la frecuente ambigüedad del Convenio Ciadi y sobre todo la de los Appri. No deseamos entrar a juzgar si esto debería corregirse, ya que salvo en los casos de abuso, el ejercicio de ponderación que se realiza no es fácil. Sin embargo, el sistema se creó por los Estados, y necesita de su consentimiento para seguir existiendo. Como veremos más adelante, existen varias manifestaciones de rechazo hacia el sistema, aunque por otro lado este rechazo no se ha generalizado por el momento. Vamos a dar dos ejemplos del favorecimiento de los intereses del inversor.

El primero es la definición de «inversor» o «inversionista». El Convenio Ciadi no especifica cómo se determina la nacionalidad de un inversionista persona jurídica. Ello queda plasmado en el Appri, cuyo texto a menudo especifica de forma simplista que será inversora la sociedad que se haya constituido según el derecho de la otra parte contratante y tenga su sede en ese mismo país y, evidentemente, haya realizado una inversión en el país receptor.[36] Hay otros tratados que exigen de forma

---

[34] Convenio Ciadi, artículo 38.

[35] Schreuer, C. *et al*. *The Icsid Convention, a Commentary*. Cambridge (2009), p. 494.

[36] Ver p. ej. Appri entre Mexico y España, en http://unctad.org/sections/dite/iia/docs/bits/Mexico_Spain_sp.PDF.

adicional que esa misma sociedad tenga además sus «actividades económicas efectivas» en ese país.[37]

Cuando no existe esta exigencia adicional, se ha planteado el problema de si es permisible el uso de compañías meramente intermediarias con el objetivo de acceder a la protección de un determinado Appri. En abstracto se puede decir que el inversor tiene el derecho de estructurar su inversión como mejor le convenga y además tiene el derecho a atenerse a lo que está escrito en el Appri. Por otro lado, los Estados pueden ver este tipo de maniobras como un abuso del sistema ya que con ello se puede dar acceso al sistema de arbitraje de inversión (o a dar un acceso en condiciones más favorables al inversor) a sociedades que posiblemente no lo tendrían si no hubieron utilizado esta maniobra jurídica. Como se puede ver, ambos argumentos tiene su mérito y la resolución exige un ejercicio de ponderación.

Se puede decir que por el momento los tribunales arbitrales han autorizado el uso de este tipo de estructuración de la inversión para acceder a un Appri. Los tribunales arbitrales que han fallado sobre este punto han decidido respetar el tenor literal de los Appri, y si estos no exigen más que el establecimiento de la persona jurídica en el país pertinente para que se consideren nacional del país, los tribunales lo aceptan como tal (y como un inversor por lo tanto),[38] con la excepción de que no se debe haber creado la estructura después de surgida la controversia o en un momento en el que ya era probable que surgiese

---

[37] Ver p. ej. Appri entre Chile y Portugal, en http://unctad.org/sections/dite/iia/docs/bits/chile_portugal_sp.pdf.

[38] Ver *Tokios Tokelès c. Ucrania*, Decision on Jurisdiction and Dissent, 29 de abril de 2004, Icsid Case n.° ARB/02/18, párr. 36-7; *Rompetrol Group NV c. Rumanía*, Decision on Preliminary Objections, 18 de abril de 2008, ICSID Case n.° ARB/06/3, párr. 101; *Saluka Investments BV c. Republica Checa*, Partial Award, 17 de marzo de 2006, Uncitral arbitration, párr. 240.

la controversia.[39] En definitiva, se puede decir que salvo esta excepción, la regla general favorece a los intereses del inversor.

Resulta interesante que varios países están limitado el efecto de esta interpretación mediante la inclusión en su modelo de Appri de una exigencia mediante la cual la sociedad no sólo esté constituida en el país supuestamente exportador de la inversión, sino que además realice operaciones comerciales reales.[40]

El segundo ejemplo del favorecimiento de los intereses del inversor puede verse en la definición del «trato justo y equitativo». Este estándar existente en todos los Appri y ha sido interpretado de una forma expansiva[41] por numerosos tribunales. La garantía de trato justo y equitativo incluye una amplia gama de conceptos cuyo resultado es que la gran mayoría de condenas a Estados incluyan una supuesta violación de este estándar. Los conceptos que muchos tribunales entienden incluidos en el estándar reciente puede resumirse de la siguiente manera: (i) la estabilidad, predictibilidad y consistencia, (ii) la protección las expectativas legítimas del inversor, (iii) debido proceso administrativo y la prohibición de la denegación de justicia, (iv) transparencia (en algunos casos), y (v) razonabilidad. Se ha argumentado que ello está contribuyendo al desarrollo *de facto* de un derecho administrativo transnacional por los tribunales arbitrales internacionales,[42] compuestos por personas

---

39 Ver *Mobil Corporation et al. c/ Venezuela*, Ciadi Caso n.° ARB/07/27, Decision on Jurisdiction, 10 de junio de 2010, párr. 205; *Pac Rim Cayman c/ El Salvador*, Ciadi Caso n.° ARD/09/12, Decision on the Respondent's Jurisdictional Objections, 1 de junio de 2012, párr. 2.99-2.100.

40 Ver el Appri modelo de Colombia http://italaw.com/documents/inv_model_bit_colombia.pdf y de Noruega http://italaw.com/sites/default/files/archive/ita1031.pdf.

41 DOLZER, R. y C SCHREUER. *Principles of International Investment Law*, OUP (2008), p. 128.

42 KINSBURY, B. and S. SCHILL. «Investor-State Arbitration As Governance: Fair and Equitable Treatment, Proportionality and the Emerging Global Administrative Law», *IILJ Working Paper 2009/6*.

provenientes en su gran mayoría de las democracias avanzadas de Europa y América del Norte, imponiendo sus ideas y expectativas a países menos avanzados.

A favor de que este estándar se interprete de forma más restrictiva están quienes sostienen que no debe de tener un contenido más amplio que el existente bajo el estándar mínimo en el derecho internacional consuetudinario,[43] un concepto clásico aunque variable en el tiempo. Resulta interesante que los Estados Unidos de América, ante la expectativa de que se vea condenado por violación de «trato justo y equitativo» interpretado de forma amplia, ha limitado de esta manera el concepto en su Appri modelo. No sólo los Estados Unidos de América han tomado esta iniciativa, sino que también se ha limitado el concepto de esta forma en el Tlcan,[44] en el Appri modelo de Colombia de 2007[45] y en el Appri modelo de Noruega.[46] Sin embargo, estos intentos de limitar los poderes de los tribunales de decidir la controversia en base a unos estándares que ellos mismos derivan, no han parecido tener un impacto

---

[43] Ver *Azurix Corp. v Argentina*, Icsid Case n.° ARB/01/12, Award, 14 de julio de 2006, párr. 361; *CMS Gas Transmission Co. c. Argentina*, Icsid Case n.° ARB/01/8, Award, 12 de mayo de 2005, párr. 284; *Rumeli c. Kazakhstán*, párr. 611; *Saluka Investments B. V. c. República Checa* (Uncitral), Partial Award, 17 de marzo de 2006, párr. 292; *Occidental c. Ecuador*, LCIA Case n.° UN 3467, Award of 1 de julio de 2004, párr. 189 and 190; *Genin c. Estonia*, Icsid Case n.° ARB/99/2, Award, 25 de junio de 2001, párr. 367, entre otros.

[44] Notas interpretativas de ciertas disposiciones del Capítulo xi: «los conceptos de 'trato justo y equitativo' y 'protección y seguridad plenas no exigen un trato adicional más allá de lo establecido por el Derecho Internacional como nivel mínimo de trato para un extranjero», 31 de julio de 2001, sección B(2). Ver también Notes and Comments to Article 1 to Oecd Draft Convention on the Protection of Foreign Property (1968), en las que se establece que «el estándar exigido [de trato justo y equitativo] equivale en efecto al 'estándar mínimo' el cual forma parte del derecho internacional consuetudinario», en http://www.oecd.org/investment/internationalinvestmentagreements/39286571.pdf

[45] Ver http://italaw.com/documents/inv_model_bit_colombia.pdf. Ver además el Appri entre Bélgica/Luxemburgo y Colombia del 4 de febrero de 2009 en http://unctad.org/sections/dite/iia/docs/bits/Belgium_colombia.pdf.

[46] Ver http://italaw.com/sites/default/files/archive/ita1031.pdf.

notable. La razón es que ante la falta de claridad del contenido del estándar mínimo y del «trato justo y equitativo» en el derecho internacional consuetudinario, los tribunales arbitrales los equiparan con el estándar autónomo de «trato justo y equitativo» desarrollado por otros tribunales Ciadi,[47] que a su vez no tienen más sustento que su buen parecer.

3.1.2. Intereses de orden público no se consideran adecuadamente

Una crítica que se escucha con frecuencia por parte de algunos Estados, es que en algunos de los casos los inversores pretenden obtener compensación por medidas que se han tomado por el Estado como parte de una regulación general. Se dice que los intereses de orden público no se consideran adecuadamente.

Así el gobierno australiano manifestó en un comunicado oficial reciente, publicado como reacción a una amenaza de demanda iniciada por una tabacalera bajo un Appri (que luego se concretó),[48] que no tiene intención de negociar tratados que «confieran derechos legales más amplios a compañías extranjeras que aquéllos conferidos a compañías domesticas» (un eco de la doctrina Calvo), ni de asumir obligaciones internacionales que «limiten la habilidad del gobierno australiana de adoptar leyes en asuntos sociales, ambientales y económicos cuando dichas leyes no discriminan entre compañías domésticas y extranjeras».[49]

En la práctica, ningún tribunal arbitral de inversión ha limitado jamás, directamente, la habilidad de un gobierno de tomar este tipo de

---

47 Ver Porterfield, M. C. «A Distinction Without a Difference? The interpretation of Fair and Equitable Treatment Under Customary International Law by Investment Tribunals» (22 de marzo de 2013), International Institute For Sustainable Development, en http://www.iisd.org/itn/2013/03/22/a-distinction-without-a-difference-the-interpretation-of-fair-and-equitable-treatment-under-customary-international-law-by-investment-tribunals/.

48 Ver los documentos del Caso PCA n.° 2012-12 en http://italaw.com/cases/851.

49 http://www.iareporter.com/articles/20110414.

medidas. Sin embargo, sí se ha condenado a Estados en daños por haberlas tomado, por lo que la limitación es real aunque indirecta.

El gobierno de la India ha dicho públicamente estar en desacuerdo con las compensaciones ordenadas por tribunales internacionales por su supuesta mala gestión de sus prerrogativas soberanas con respecto a inversores internacionales[50]. Ha decido renegociar todos sus Appri.[51]

El debate enfrenta el derecho legítimo de un Estado de perseguir sus intereses legítimos sobre todo con dos tipos de derechos del inversor contenidos en los Appri: el derecho a un trato "justo y equitativo" y el derecho de un inversor de recibir compensación por una expropiación indirecta. En principio los efectos sobre una inversión de una medida legislativa o regulatoria general tomada por razones de orden público legítimas no llevan a un deber de compensación al inversor en estos dos casos. Sin embargo, la determinación por los tribunales de si una medida se toma por razones de orden público legítimas o no, no es un tema fácil de abordar y ha llevado a posiciones marcadamente distintas, incluso ante situaciones idénticas o muy similares.

Tomemos el caso argentino. En diciembre de 2001, la economía de Argentina se desplomó. El gobierno argentino tomó medidas de emergencia para restaurar la estabilidad en su economía, entre las cuales estaba la liberación del tipo de cambio, que hasta entonces se había fijado con una convertibilidad de un dólar americano contra un peso, la pesificación de todas las obligaciones financieras y el bloqueo de todas las cuentas bancarias. Siguieron más de 40 arbitrajes de inversión

---

50 Eun-Joo, Jung. «India Plans to Abolish ISD Clause in FTAs», 6 de abril de 2012, http://www.hani.co.kr/arti/english_edition/e_international/527103.html.

51 India to relook at 82 BIPAs as foreign investors invoke global arbitration, Economic Times, 5 de abril de 2013, http://articles.economictimes.indiatimes.com/2013-04-05/news/38306801_1_investment-protection-bipas-nation-treatment.

(muchos ante el Ciadi) con un valor reclamado de más de varios miles de millones de dólares.

Desgraciadamente se han emitido laudos contradictorios en torno a si las medidas de emergencia que el gobierno tomó eran «necesarias» (muchos de los Appri firmados por Argentina eximen de responsabilidad al país en caso de considerarse las medidas como "necesarias para el mantenimiento del orden público", aunque también se argumentó el "estado de necesidad" bajo el derecho internacional consuetudinario) o no, en el momento en que se tomaron. Cuatro tribunales decidieron que no se justificaban como necesarias las medidas tomadas por Argentina (dando lugar a compensación)[52]. Dos tribunales decidieron que los contratos de los inversores reclamantes fueron afectados de manera irregular por las medidas tomadas, pero que se debía aceptar en parte la defensa de «necesidad».[53] Un tribunal aceptó la defensa de «necesidad» de forma total.[54]

En los tres casos *CMS, Enron* y *Sempra c. Argentina*, se refleja un concepto muy restrictivo de lo que constituye una medida necesaria, a tal punto que es casi imposible que se den la circunstancias para que exista. El tribunal en el caso *CMS* se refiere a un «colapso económico y social total» y de que «no exista ninguna otra opción» que la de tomar las medidas de salvaguarda[55]. Los tribunales en los casos *Sempra* y *Enron*

---

[52] *CMS Gas Transmission Company c. Argentina*, Icsid Case n.° ARB/01/8, Award, 12 de mayo de 2005, *Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. c. Argentina*, Icsid Case n.° ARB/01/3, Award, 22 de mayo de 2007; *Sempra Energy International c. Argentina*, Icsid Case n.° ARB/02/16, Award, 28 de septiembre de 2007; y *BG Group Plc. c. Argentina*, UNCITRAL, Laudo, 24 de diciembre de 2007.

[53] *LG&E c. Argentina*, ICSID Case n.° ARB/02/1, Decisión sobre responsabilidad, 3 de octubre de 2006 ; *National Grid plc c. Argentina,* UNCITRAL, Award, 3 de noviembre de 2008.

[54] *Continental Casualty c. Argentina*, Award, Ciadi Caso n.° ARB/03/95 de septiembre de 2008.

[55] *CMS Gas Transmission Company c. Argentina*, ICSID Case n.° ARB/01/8, Award, 12 de mayo de 2005, párr. 354-356.

se refieren a una situación en la que esté «comprometida la existencia misma del Estado»[56] y que las medidas eran «la única manera».[57] Es decir, no se le da ningún margen de apreciación al Estado ante una situación tan grave como la Argentina en el año 2001. Estas decisiones resultaron en condenas multimillonarias contra Argentina y han suscitado una viva reacción por parte de Argentina como veremos más abajo.

3.1.3. El problema de la inconsistencia en los laudos

Es innegable que en el sistema Ciadi se han emitido laudos claramente contradictorios como acabamos de ver.[58] El problema radica en que el Convenio Ciadi nace como una convención de arbitraje para resolver controversias *bilaterales* entre inversores y Estados.

Sin embargo, al tener múltiples Appri una estructura y contenido similares, existe una expectativa de que exista seguridad jurídica.[59]

---

[56] *Sempra Energy International c. Argentina*, ICSID Case n.° ARB/02/16, Award, 28 de septiembre de 2007, párr. 348 y 388; *Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. c. Argentina*, ICSID Case n.° ARB/01/3, Award, 22 de mayo de 2007, párr. 306 y 339.

[57] *Sempra Energy International c. Argentina*, ICSID Case n.° ARB/02/16, Award, 28 de septiembre de 2007, Párr. 350 y 388; *Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. c. Argentina*, ICSID Case n.° ARB/01/3, Award, 22 de mayo de 2007, párr. 308 y 339.

[58] Ver p. ej. *CME c. República Checa* y *Lauder c. República Checa* en cuanto a la responsabilidad de la República Checa por las acciones del mismo órgano de Estado. También *SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. Pakistán,* y *SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. Filipinas*, en cuanto a la interpretación de las clausulas paraguas en el Appri.

[59] Brower, C. N. *et al.*, «The Coming Crisis in the Global Adjudication System», *19 Arb International 415, 434-38* (2003)); Tams, C. J. «An Appealing Option? The Debate about an Icsid Appellate Structure», *Beitrage zum Transnationalen Wirtschaftsrecht, Heft 57* (2006), disponible en www.economiclaw.uni-halle.de/Heft57.pdf; Khale, G., iii. «Is Investor-State Arbitration Broken?». *Transnational Dispute Management* (octubre del 2012).

Varias soluciones han sido propuestas para promover la coherencia en las decisiones del Ciadi. Una propuesta ambiciosa ha sido la de ampliar las causales de anulación para incluir una apelación sobre errores de derecho,[60] posiblemente en combinación con la creación de una instancia de apelación.[61] Estas opciones implicarían modificar el Convenio Ciadi, que establece en su artículo 53 que «[e]l laudo será obligatorio para las partes y no podrá ser objeto de apelación [...]».[62] Adicionalmente, tendrían la desventaja de aumentar el número de solicitudes de anulación/apelación, prolongando el proceso y sacrificando eficiencia.[63] Aun así, la falta de un mecanismo de apelación es considerada por algunos como uno de los impedimentos para la creación de una práctica y jurisprudencia plenamente consistente, tal como existe en el sistema de la OMC. Fue propuesta como una reforma por el Secretariado del Ciadi en el año 2004 pero rechazada por los Estados, por lo que no se prosiguió con el proyecto.

Otros han sugerido que debería instaurarse un sistema en el que los paneles arbitrales puedan suspender el procedimiento mientras someten una cuestión prejudicial ante un órgano permanente, de una forma parecida a la que existe en el seno comunitario europeo. Ello se podría implementar por un voto del Consejo Administrativo del Ciadi o por vía de un tratado.[64] Esta sugerencia no ha tomado pie todavía aunque en ese sentido, el Appri modelo de los Estados Unidos de América de

---

60 BLACKABY, N. «Public Interest and Treaty Arbitration». En KAUFMANN-KOHLER, G./B. STUCKI (eds.). *Investment Treaties and Arbitration, ASA Special Series n.° 19*, 2002, p. 146.

61 FRANCK, S. D. «The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law Through Inconsistent Decisions». *73 Fordham L. Rev. 1521, 1524-26* (2010).

62 Convenio Ciadi, artículo 53.

63 KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle. «Annulment of Icsid Awards in contract and Treaty Arbitrations: Are There Differences?». http://www.lk-k.com/data/document/annulment-icsid-awards-contract-and-treaty-arbitrations-are-there-differences-annulment.pdf, p. 24.

64 SCHREUER, C. «Why Still Icsid?». *TDM,* Vol. 9, Issue 3 (abril de 2012), pp. 6-7.

2012 establece que una decisión conjunta de las partes declarando su interpretación de un término del tratado será vinculante para el tribunal y cualquier decisión o laudo deberá ser consistente con dicha interpretación.[65] Además, en el sistema del Tlcan, existe la Comisión de Libre Comercio compuesta por los ministros de comercio de los tres países miembros (Canadá, México y Estados Unidos de América) quienes tienen la autoridad de emitir interpretaciones vinculantes del Tlcan que se convierten en parte del derecho aplicable en futuros arbitrajes.[66]

El riesgo de decisiones contradictorias también ha generado interrogantes sobre la importancia del precedente en el sistema arbitral Ciadi. Así la discusión sobre la obligación de seguir decisiones anteriores ha dividido a la comunidad de árbitros. Por ejemplo, en el caso *Burlington Resources c. el Ecuador,* los árbitros Gabrielle Kaufmann-Kohler y Francisco Orrego Vicuña afirmaron que «[…] sujeto a motivos convincentes en contrario, [el Tribunal] tiene el deber de adoptar soluciones establecidas en una serie de casos consistentes». Asimismo, dichos árbitros afirmaron que «[…] sujeto a las particularidades de un tratado determinado y de las circunstancias del caso, [el Tribunal] tiene el deber de intentar contribuir al desarrollo armonioso del derecho de inversión». Por otro lado, Brigitte Stern consideró importante resaltar que «no percibe el rol de los árbitros de la misma manera [que Kauffman-Kohler y Orrego Vicuña] ya que considera que es su deber decidir cada caso de acuerdo a sus propios méritos, con independencia de cualquier tendencia jurisprudencial aparente».

Es evidente que cuando se creó el sistema Ciadi no primó la idea de dar nacimiento a una jurisprudencia libre de contradicciones sino la de resolver conflictos puntuales de una forma eficaz. Sin embargo, la legitimidad del sistema (y su continuidad) en gran parte depende de

---

[65] 2012 U.S. Model Bilateral Investment Treaty, art. 30, párr. 2.

[66] Franck, S. D. «The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law Through Inconsistent Decisions». *73 Fordham L. Rev. 1521, p. 1604* (2010).

la calidad de las decisiones que se generen y parte de esa calidad reposa sobre un análisis de las decisiones anteriores que se han tomado con respecto al mismo estándar (como puede ser el «trato justo y equitativo» o la «expropiación indirecta»). Si un tribunal tienen razones fundadas para divergir de o desarrollar sobre lo que tribunales anteriores han determinado, ello debería quedar bien fundamentado (y no sólo suficientemente razonado como para no ser anulado) pues puede ser determinante para futuras controversias. En otras palabras, no tiene por qué seguirse siempre lo que tribunales anteriores hayan dictaminado, pero los Estados tampoco van a tolerar un gran grado de inseguridad jurídica en torno a ciertos conceptos clave. La razón es que los Estados deben de poder dirimir con suficiente claridad de los laudos la forma en la que deben entenderse los estándares reflejados en los Appri, para poder adaptar su forma de ejercer el poder soberano a futuro, sin incurrir en responsabilidad.

3.1.4. Costos de litigio excesivamente elevados

El arbitraje de inversión es un área del derecho altamente especializada en la que participan un número limitado de estudios jurídicos a nivel mundial situados sobre todo en Europa y América del Norte. Aunque los honorarios que cobran pueden ser una pequeña parte de las multimillonarias demandas, ello no obsta a que algunos Estados del mundo en vías de desarrollo no tengan el presupuesto para contratar a las firmas especializadas.

Ante el aluvión de casos contra Argentina a raíz de la crisis de 2001, la Procuración del Tesoro de la Nación Argentina estructuró un equipo de defensa comparable a un departamento de arbitraje de inversión de los estudios más grandes del mundo. Otros Estados receptores de una gran cantidad de demandas, como Venezuela o el Ecuador, tienen equipos especializados más pequeños que co-representan a sus Estados junto con un estudio a menudo internacional y de primera línea. De esta

forma se reducen sustancialmente los costos de representación, además de aumentar la eficacia.

Sin embargo, existen muchos Estados que no tienen la masa crítica de casos ante el Ciadi que justifique la contratación de funcionarios que puedan formarse en el terreno de la litigación ante el Ciadi. Sin los fondos necesarios para poder contratar a los abogados especializados, estos Estados están en una clara desventaja en un sistema altamente complejo.

Es por ello que se ha argumentado que debería instaurarse un sistema de ayuda internacional para este tipo de Estados.[67] La OMC ofrece un modelo al respecto ya que cuenta con un «Centro de Asesoría Legal en Asuntos de la OMC», el cual ofrece tanto asesoría jurídica, como ayuda práctica en la preparación de un caso, como formación a tarifas muy bajas o de forma gratuita en el caso de las naciones más desfavorecidas.[68]

3.1.5. El restringido círculo de árbitros

Existe un vivo debate en la comunidad de usuarios del sistema acerca del restringido círculo de árbitros que se nombran a los tribunales Ciadi.

Es una realidad que los mismos árbitros se nombran una y otra vez. Se critica que muchas de esas mismas personas (o sus socios en el mismo estudio) también ejercen como abogados de parte en casos que plantean problemáticas muy similares, existiendo con ello un claro conflicto de intereses dado que la tentación es grande para estos árbitros de decidir

---

67 Gottwald, E. «Levelling the playing Field: Is it time for a legal assistance center for developing nations in investment treaty arbitration?». *22 Am. U. Int'l L. rev. 237* (2007).

68 http://www.acwl.ch/e/index.html.

un caso de una forma que les beneficie en su rol (o el de sus socios) de abogados de parte.[69]

En parte para soslayar estas preocupaciones se introdujo una enmienda de las Reglas Ciadi mediante la cual el árbitro debe adjuntar una declaración sobre «cualquier otra circunstancia por la que una parte pudiera cuestionar la confianza en mi imparcialidad de juicio». (Regla 6)

Con esta fórmula se ha querido dar una obligación de revelación amplia al árbitro desde un principio, obligación de revelación que además es continua.[70] Aun así persisten las críticas al sistema.

Además el mecanismo de revocación de los árbitros que no renuncien voluntariamente no es muy satisfactorio. No sólo es increíblemente difícil para una de las partes establecer que un árbitro carece «manifiestamente» de las cualidades exigidas de él (y enumeradas en el artículo 14 del Convenio —ver artículo 57 del Convenio—),[71] sino que la decisión se toma por los otros dos árbitros (ver artículo 58 del Convenio). En un club tan cerrado como el mundo del arbitraje de inversión, no estaría de menos un proceso que diera mayor libertad de conciencia.

3.1.6. Las manifestaciones de descontento

Como reacción ante lo que se perciben como deficiencias del sistema, algunos de los cuales hemos tratado en el apartado anterior, se han dado una serie de manifestaciones de descontento. Veamos algunas de ellas.

---

69 L. D. Harhay, "Investment Arbitration in 2021: A look to diversity and consistency", *Southwestern Journal of International Law*, 89, p. 92, (2011).

70 Dado que además el árbitro debe de declarar «que al firmar esta declaración asumo una obligación continua de notificar prontamente al Secretario General del Centro cualquier relación o circunstancia de aquéllas mencionadas que surjan posteriormente durante este procedimiento».

71 Artículo 57 del Convenio Ciadi.

3.1.7. Denuncia del Convenio Ciadi

El 29 de abril de 2007, los Presidentes Evo Morales y Hugo Chávez anunciaron en la v Cumbre de la Alianza Bolivariana para los Pueblos de Nuestra América (ALBA), que se retirarían del Ciadi.[72] Bolivia y el Ecuador denunciaron el Convenio en 2007[73] y 2009[74] respectivamente, mientras que Venezuela lo hizo en 2012.[75] Otros Estados latinoamericanos como Nicaragua[76] y Argentina[77] amenazan con seguir el mismo camino.

La denuncia del Convenio Ciadi por parte de Bolivia, el Ecuador y Venezuela da lugar a una serie de interrogantes sobre los efectos legales

---

[72] Cabrera Díaz, F. «ALBA Moves Forward with Plan to Create Regional Investment Arbitration Alternative to Icsid at 7th Summit», *Investment Treaty News*, 3 de noviembre de 2009, http://www.investmenttreatynews.org/cms/news/archive/2009/11/01/alba-moves-forward-with-plan-to-create-regional-investment-arbitration-alternative-to-icsid-at-7th-summit.aspx.

[73] Bolivia presenta una notificación bajo el artículo 71 del Convenio Ciadi, Boletín de Noticias del Ciadi, 16 de mayo de 2007, disponible en http://ICSID.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/Announcement3.html.

[74] Ecuador presenta una notificación bajo el artículo 71 del Convenio Ciadi, Boletín de Noticias del Ciadi, 9 de julio de 2009, disponible en http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=OpenPage&PageType=AnnouncementsFrame&FromPage=NewsReleases&pageName=Announcement20.

[75] Venezuela presenta una notificación bajo el artículo 71 del Convenio Ciadi, Boletín de Noticias del Ciadi, 26 de enero de 2012, disponible en http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=OpenPage&PageType=AnnouncementsFrame&FromPage=Announcements&pageName=Announcement100SP.

[76] Garner, J. L. y B. Macaulay, *et al.*, «Nicaragua Threatens Withdrawal From Icsid: Implications for Investors», 24 de abril de 2008, disponible en http://www.skadden.com/content/Publications/Publications1391_0.pdf.

[77] *Promueven el Retiro de la Argentina del Ciadi*, El Diario, 30 de abril de 2012; proyecto de ley ante la Cámara de los Diputados de la Nación el 21 de marzo de 2012 proponiendo derogar la ley de adhesión de la República de Argentina al Ciadi http://www1.hcdn.gov.ar/proyxml/expediente.asp?fundamentos=si&numexp=1311-D-2012.

de dichas denuncias. Por un lado, los Estados denunciantes puedan verse como parte de otro tipo de proceso arbitral, puesto que muchos de los Appri ofrecen la posibilidad de que la parte demandante pueda acudir no sólo al Ciadi, sino también al arbitraje *ad-hoc* bajo el Reglamento de Arbitraje de Cnudmi, o ante otras instituciones arbitrales. Por ejemplo, de los 26 Appri ratificados por Venezuela, solamente dos —los Appri con Chile y Alemania— nombran al Ciadi como el único foro arbitral disponible a los inversores.[78]

El resto adicionalmente permite iniciar arbitraje bajo el Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional («Reglamento de Arbitraje de Cnudmi») y bajo el Mecanismo Complementario del Ciadi.[79] Por lo tanto, incluso después de que la denuncia por parte de Venezuela se haga efectiva, los inversores protegidos por estos Appri todavía podrán demandar a Venezuela a nivel internacional (a no ser que Venezuela denuncie los Appri existentes; como veremos más abajo, esta alternativa estaría muy lejos de dar efectos inmediatos).

Sin embargo, los arbitrajes que se inicien fuera del sistema Ciadi no podrán gozar de la mayor facilidad en materia de ejecución que ofrece el Convenio Ciadi. Un laudo arbitral Ciadi tiene la importante ventaja de que es equivalente a «una sentencia firme dictada por un tribunal existente en dicho Estado»,[80] por lo que debe ejecutarse automáticamente sin ser sometido a procesos de revisión internos que permitan posteriormente la ejecución en los países que son parte del Ciadi. La autoridad ejecutora no puede, por lo tanto, revisar la competencia del tribunal, ni tampoco si el arbitraje se ha llevado a cabo con el debido proceso;

---

78 Ripinsky, S. «Venezuela's Withdrawal from Icsid: What it Does and Does Not Achieve». *Investment Treaty News*, 13 de abril de 2012, disponible en http://www.iisd.org/itn/2012/04/13/venezuelas-withdrawal-from-icsid-what-it-does-and-does-not-achieve/#_ftn5.

79 *Idem.*

80 Convenio Ciadi, artículo 54.

ni siquiera puede examinar si se ha infringido el orden público de su jurisdicción (sin embargo, puede oponerse la existencia de inmunidad en materia de ejecución).[81]

Por otro lado, un laudo que no sea Ciadi requiere ser sometido a procesos de ejecución domésticos adicionales, aunque si el Estado donde se busca ejecutar el laudo ha ratificado la Convención de Nueva York, sólo se permitirá la denegación del reconocimiento y ejecución de una sentencia arbitral en casos muy limitados (como la falta de competencia, la falta de debido proceso o la infracción del orden público).

Es controvertida la determinación del momento en el que toma efecto la denuncia del Convenio por un Estado. Son relevantes a este efecto los artículos 25(1), 71 y 72 del Convenio.

El artículo 25(1) establece entre otras cosas que «[e]l consentimiento dado por las partes no podrá ser unilateralmente retirado».[82]

El artículo 71 establece que: «[t]odo Estado Contratante podrá denunciar este Convenio mediante notificación escrita dirigida al depositario del mismo. La denuncia producirá efecto seis meses después del recibo de dicha notificación».[83]

El artículo 72 establece que las notificaciones de denuncia del Convenio:

> […] no afectarán a los derechos y obligaciones, conforme a este Convenio, de dicho Estado, sus subdivisiones políticas u organismos públicos, o de los nacionales de dicho Estado nacidos del consentimiento a la jurisdicción del Centro dado por alguno

---

81 Convenio Ciadi, artículo 55. Giroud, S. «Enforcement against State Assets and Execution of Icsid Awards in Switzerland: How Swiss Courts Deal with Immunity Defences». *ASA Bull.*, vol. 30, n.° 4, 2012.

82 Convenio Ciadi, artículo 25(1).

83 *Idem*, artículo 71.

> de ellos con anterioridad al recibo de dicha notificación por el depositario.[84]

Surgen varias preguntas al respecto, a sabiendas: ¿cuál es el efecto de la notificación de la denuncia del Convenio sobre el consentimiento a la jurisdicción del Ciadi otorgado por el Estado denunciante (aunque no aceptado por el inversor)? ¿Puede un inversor iniciar un reclamo en contra del Estado denunciante durante el período de seis meses posterior a la notificación de denuncia? ¿Qué sucede una vez que expira el período de seis meses previsto en el artículo 71 del Convenio?

Las respuestas a estas preguntas han sido objeto de un intenso debate. Existen tres posiciones en la doctrina.

La primera interpretación, liderada por el autor del principal comentario al Convenio Ciadi, el Profesor Christoph Schreuer, argumenta que desde el momento en que se denuncia el Convenio Ciadi por un Estado contratante, no puede perfeccionarse el consentimiento entre las partes.[85] Si la oferta por parte del Estado se ve reflejada en un Appri, entonces, según el Profesor Schreuer, el inversor deberá aceptar esa oferta formalmente antes de que se denuncie el Convenio Ciadi. Para este autor, la palabra «consentimiento» en el artículo 72, se refiere al consentimiento *mutuo* o perfeccionado.

La segunda interpretación, liderada por el Profesor Emmanuel Gaillard[86] y adoptada por otros autores con algunas variaciones,[87] argumenta

---

84 *Idem*, artículo 72.

85 Schreuer, Ch. «Denunciation of the Icsid Convention and Consent to Arbitration». *The Backlash against Investment Arbitration, Perceptions and Reality*. Michael Waibel, Asha Kaushal, Kyo-Hwa Liz Chung and Claire Balchin, Wolters Kluwer, 2010, pp. 353-368.

86 Gaillard, E. «The Denunciation of the Icsid Convention». *New York Law Journal*, 26 June 2007.

87 Ver, p. ej., Garibaldi, O. «On the denunciation of the Icsid Convention, Consent to Icsid Jurisdiction and the limits to the contract analogy». *Transnational*

que cuando existe una oferta sin reserva en un Appri de resolver la controversia en base al Convenio Ciadi, los derechos y obligaciones que atañen a la oferta no se verán afectados por la denuncia del Convenio Ciadi. En otras palabras, mientras el Appri en cuestión permanezca en vigor, un inversor puede aceptar la oferta contenida en el Appri y presentar una demanda ante el Ciadi incluso si el Estado ha dejado de ser parte del Convenio. Para este autor, la palabra «consentimiento» en el artículo 72, se refiere al consentimiento *individual*.

Una tercera interpretación expresada por el Profesor Sébastien Manciaux de la Université de Bourgogne, argumenta que el inversor podrá aceptar una oferta contenida en un Appri de resolver la controversia ante el Ciadi, mientras el Estado contratante siga siendo un Estado contratante. Dado que la denuncia no surge efecto hasta pasados seis meses desde su recepción, el inversor podrá aceptar la oferta hasta ese momento.[88]

En la práctica, debe tenerse en cuenta que el Ciadi sólo registrará una demanda de arbitraje si la recibe dentro de los seis meses desde la denuncia. En caso contrario, se rechazará por estar la disputa manifiestamente fuera de la jurisdicción del Centro, según el artículo 28(3) del Convenio. Una vez registrada, se deja a discreción del tribunal la decisión acerca de si existe o no jurisdicción.

No existe, de momento, ninguna decisión de un tribunal, aunque existen varias demandas interpuestas contra Venezuela que plantean esta problemática y que están pendientes de resolución.

Dispute Management. March 2009; vol. 6, issue n.° 1, Nolan, M.D. and F.G. Sourgens. «A preliminary comment, the interplay between state consent to Icsid Arbitration and Denunciation of the Icsid Convention: the (possible) Venezuela case study». *Transnational Dispute Management*. September 2007.

88 Manciaux, S. «La Bolivie se retire du Cirdi». *Rev. Arb.*, 2007, n.° 2, pp. 351-357.

3.1.8. Denuncia, no-renovación y renegociación de Appri

Ciertos Estados han manifestado su rechazo no tanto al Ciadi, sino al sistema de resolución de controversias entre Estado e inversor contenida en los tratados.

La India amenazó recientemente con terminar con el sistema y está renegociando los tratados de inversión con esta finalidad,[89] mientras que el gobierno australiano proclamó en 2011 que no incluiría mecanismos de resolución de conflictos entre Estado e inversor en los tratados que firmará en un futuro.[90]

El 30 de abril de 2008, Venezuela notificó su intención de terminar el Appri con el Reino de los Países Bajos.[91] Según indicó el Ministro de Energía y Petróleo venezolano, Rafael Ramírez, la decisión se debió a que, a juicio del Estado venezolano, el convenio se ha prestado a abusos por parte de ciertas compañías. En palabras del Ministro, «CNPC se registra como holandesa, Eni se registra como holandesa, Exxon Mobil

---

89 Jung Eun-Joo, India plans to abolish ISD clause in FTAs, 6 de abril de 2012, disponible en http://www.hani.co.kr/arti/english_edition/e_international/527103.html.

90 Department of Foreign Affairs and Trade of Australia, Gillard Government Trade Policy Statement:
Trading our Way to More Jobs and Prosperity, abril de 2011, disponible en http://www.dfat.gov.au/publications/trade/trading-our-way-to-more jobs-and-prosperity.pdf. Ver también: Australian Government Productivity Commission, Bilateral and Regional Trade Agreements, Research Report, 13 de diciembre de 2010, Chapter 14, disponible en http://www.pc.gov.au/projects/study/tradeagreements/report.

91 Venezuela denuncia tratado de inversiones con Holanda, El Universal, 30 de abril de 2008, http://www.eluniversal.com/2008/05/01/eco_art_venezuela-denuncia-t_01A1549161.shtml.
Dicha notificación tomó efecto el 1 de noviembre de 2008 (ver su artículo 14(2)) aunque las inversiones que ya se haya efectuado cuenten con la protección del Appri durante 15 años suplementarios.

resultó ser holandesa también. De manera tal que, obviamente, hay un abuso de un acuerdo».[92]

Ya hemos visto más arriba que la interpretación de los Appri para permitir este tipo de estructuración, y con ello el acceso a la protección del Convenio Ciadi, sin duda ha favorecido a los inversores.

En el 2008, el Ecuador denunció una serie de Appri. En el 2009, el presidente del Ecuador puso en marcha el proceso de denuncia de otra serie de Appri, entre ellos, los Appri entre el Ecuador y Alemania, Reino Unido, Finlandia y Francia. De momento sólo el Appri con Finlandia ha sido denunciado en esta segunda ronda,[93] aunque el presidente ha anunciado recientemente su deseo de denunciar no sólo el Appri con los Estados Unidos de América,[94] sino todos los Appri en los que Ecuador es parte.[95]

Los efectos legales de la denuncia o no renovación de Appri por parte del Ecuador y Venezuela no son inmediatos, ya que las protecciones ofrecidas por estos tratados, generalmente continúan vigentes por un período entre 5 y 20 años, después de su terminación, expiración o no renovación. Aunque el Estado ya no está obligado a ofrecer protección a las inversiones realizadas después de la terminación del Appri,

---

92 *Venezuela Denunciará Acuerdo en Holanda Por «Abuso» de Exxon y otras Empresas*, El Economista, 21 de abril de 2008, disponible en http://www.eleconomista.es/empresas-finanzas/noticias/489075/04/08/Venezuela-denunciara-acuerdo-en-Holanda-por-abuso-de-Exxon-y-otras-empresas.html.

93 Guzmán Pérez, R. A. y R. Herfi. «Constitutional Court of Ecuador Decision on the Constitutionality of the BIT Ecuador France». *Transnational Dispute Management,* vol. 9, Issue n.° 3, abril del 2012.

94 «Ecuador moves to terminate treaty with US», *GAR News*, 12 de marzo de 2013.

95 «7 tratados ya tiene informe de denuncia». *Hoy*, 16 de marzo de 2013, http://www.hoy.com.ec/noticias-ecuador/7-tratados-ya-tienen-informe-de-denuncia-576523.html.

aquéllas realizadas previamente, se benefician del período de vigencia establecido en el Appri.[96]

3.1.9. Exclusión del Ciadi en nuevos Appri

Recientemente, Venezuela ha firmado o ratificado el Appri con Cuba, Irán, Bielorrusia y Rusia. Las cláusulas de resolución de controversias de estos Appri no incluyen (salvo una excepción) al Ciadi como opción para la resolución de controversias. Así, los Appri entre Venezuela y Cuba y Venezuela y Bielorrusia ofrecen la opción de recurrir a arbitraje *ad-hoc* bajo el Reglamento de Arbitraje de la Cnudmi.[97] El Appri entre Venezuela y la Federación Rusa adicionalmente ofrece la opción de arbitraje ante el Centro de Arbitraje de Estocolmo.[98] El Appri entre Venezuela e Irán, firmado en el 2006, contempla arbitraje *ad-hoc* Cnudmi, arbitraje ante la Cámara de Comercio de París («CCI»), y arbitraje ante el Ciadi si ambas partes son parte del Convenio.[99] Sin embargo, esta última opción es ilusoria, ya que Irán no es parte del Convenio Ciadi.

---

[96] Ver, por ejemplo, artículo 14(3) del Convenio para el estímulo y protección recíproca de las inversiones entre el Reino de los Países Bajos y la República de Venezuela (1991), publicado en la Gaceta Oficial n.° 35.269 Ordinaria, del 6 de agosto de 1993 («En relación a las inversiones efectuadas con anterioridad a la fecha de terminación del presente Convenio, los artículos anteriores del mismo continuarán en vigencia por otro período de quince años a partir de tal fecha»).

[97] Acuerdo entre el Gobierno de la República de Venezuela y el Gobierno de la República de Cuba para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, publicado en la Gaceta Oficial n.° 37.913 Ordinaria, del 5 de abril de 2004, artículo 9, párr. 3; Acuerdo entre la República Bolivariana de Venezuela y el Gobierno de la República de Bielorrusia sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, publicado en la Gaceta Oficial n.° 38.894 del 24 de marzo de 2008, artículo 8, párr. 1(b).

[98] Acuerdo entre el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y el Gobierno de la Federación de Rusia sobre la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, publicado en la Gaceta Oficial n.° 39.191 Ordinaria del 2 de junio de 2009, artículo 9, para. 2.

[99] Acuerdo sobre la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y el Gobierno de la República Islámica de Irán, Gaceta Oficial n.° 38.389 Ordinaria, del 2 de marzo de 2006, artículo 11, párr. 2.

Por su parte, Nicaragua también ha dejado de dar su consentimiento al Ciadi en nuevos Appri.[100]

Resulta interesante que en estos tratados no se hayan restringido algunos de los estándares que están causando gran controversia. Pueden darse tres ejemplos. En el Appri entre Venezuela y Rusia (que entró en vigor en el 2009), se define «inversionista» como una persona jurídica que «es una entidad, bien sea pública o privada, establecida o constituida de conformidad con la legislación del Estado de una Parte Contratante». Ello, a pesar del criterio claramente favorecedor del inversor que han tomado varios tribunales sobre este tipo de cláusula (como vimos más arriba) en la que no se entra a examinar si existe sustancia real detrás de la entidad.

En el Appri entre Cuba y Venezuela (ratificado por Venezuela en el 2004), sigue exigiéndose un trato «justo y equitativo» (sin ningún tipo de desarrollo o limitación),[101] a pesar de ser éste un concepto que da lugar a una discrecionalidad importante de los árbitros para sancionar la actuación de un Estado.

El Appri entre Irán y Venezuela (que entró en vigor en el 2006) contiene una cláusula de nación más favorecida (artículo 5) de aplicación general (es decir, sin estar limitada a las protecciones de fondo).

---

[100] Cabrera Diaz, F. *South American Alternative to Icsid in the Works as Governments Create an Energy Treaty,* Investment Treaty News, 6 de agosto de 2008, disponible en http://www.iisd.org/itn/2008/08/06/south-american-alternative-to-icsid-in-the-works-as-governments-create-an-energy-treaty/.

[101] Ver las limitaciones en el Tratado Modelo de los Estados Unidos de América de 2012, artículo 5, disponible en http://www.state.gov/documents/organization/188371.pdf; ver también las limitaciones en el Acuerdo Internacional modelo del IIDS sobre inversión para el desarrollo sostenible, Guía para Negociadores (2005), artículo 7, disponible en http://www.iisd.org/pdf/2005/investment_model_int_handbook_es.pdf.

Ello a pesar de que la jurisprudencia arbitral permanece dividida sobre si puede aplicarse este tipo de cláusula a temas procesales.[102]

Esta tendencia de excluir al Ciadi bien puede estar limitada a una minoría de países, ya que los Appri recientemente firmados por países latinoamericanos contemplan la opción de recurrir al Ciadi y/o al Mecanismo Complementario del Ciadi u a otros reglamentos. Por ejemplo, bajo el Appri entre Chile e Islandia (2006), se puede recurrir al Ciadi o a arbitraje *ad-hoc* bajo el Reglamento de Arbitraje de la Cnudmi.[103]

Asimismo, el Appri entre Nicaragua y Bélgica-Luxemburgo, firmado en el 2005, contiene cláusulas de arbitraje Ciadi, de arbitraje *ad-hoc* bajo el Reglamento de Arbitraje de la Cnudmi, CCI y Estocolmo.[104] El Appri entre Guyana y China (2004)[105] ofrece la opción de recurrir al Ciadi o al arbitraje *ad-hoc*.

El Appri entre España y Colombia (2007) ofrece la opción de recurrir a los tribunales domésticos, a arbitraje *ad-hoc* bajo el Reglamento de Arbitraje de la Cnudmi, el Ciadi, o el Mecanismo Complementario del Ciadi.[106] Por último, el Appri entre Perú y Japón (2008) ofrece acceso al Ciadi, al Mecanismo Complementario del Ciadi, arbitraje *ad-hoc*

---

[102] A favor de la aplicación de una cláusula de nación más favorecida a temas procesales, ver *Emilio Agustín Maffezini c/ España*, Decision on Jurisdiction, 25 de enero de 2000, Icsid Case n.° ARB/97/7, párr. 52-64.

[103] Convenio entre el Gobierno de la República de Chile y el Gobierno de la República de Islandia para la promoción y protección recíproca de las inversiones, adoptado el 26 de junio de 2003, entrada en vigor el 12 de agosto de 2006.

[104] Acuerdo entre la Unión Económica Belga-Luxemburguesa y la República de Nicaragua sobre la Promoción y Protección de las Inversiones, artículo 12, párr. 3, adoptado el 26 de mayo de 2005.

[105] Acuerdo entre la República Popular China y la República de Guyana sobre la Promoción y Protección, artículo 9, párr. 4, adoptado el 27 de marzo de 2003, entrada en vigor el 26 de octubre de 2004.

[106] Acuerdo entre la República de Colombia y el Reino de España para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, artículo xi, párr. 2, adoptado el 31 de marzo de 2005, entrada en vigor el 22 de septiembre de 2007.

bajo el Reglamento de Arbitraje de la Cnudmi o cualquier otro tipo de arbitraje.[107]

Por otro lado, cabe destacar que incluso países desarrollados han tomado acción para eliminar o recortar el acceso al Ciadi. Por ejemplo, el TLC entre Estados Unidos de América y Australia excluye todo mecanismo de resolución de controversias inversor-estado.[108]

3.1.10. Propuestas regionales como alternativa al Ciadi

Como una alternativa al Área de Libre Comercio de las Américas (ALCA) propuesta por los Estados Unidos de América, Venezuela promovió la creación de la ALBA (la Alianza Bolivariana para los Pueblos de Nuestra América mencionada antes), cuyos miembros iniciales fueron Venezuela y Cuba. Actualmente, la ALBA cuenta con la participación de Bolivia, Nicaragua, Dominica, el Ecuador, San Vicente y las Granadinas, Antigua y Barbuda.[109]

Dentro del contexto de la ALBA, el recientemente fallecido presidente de Venezuela propuso la creación de un organismo de arbitraje regional, cuyo objetivo principal es la creación de un sistema de resolución de controversias que sea justo, equitativo e imparcial y que tome en cuenta la realidad social, económica y política de América Latina.[110]

---

[107] Acuerdo entre Japón y la República del Perú para la Promoción, Protección y Laterización de las Inversiones, adoptado el 22 de noviembre de 2008, entrada en vigor el 10 de diciembre de 2009.

[108] Dodge, W. S. «Investor-State Dispute Settlement Between Developed Countries: Reflections on the Australia-United States Free Trade Agreement». 39 *Vand. J. Transnational L.* 1, 2 (2006).

[109] Unasur, Tratado Constitutivo de la Unión de las Naciones Suramericanas, disponible en http://www.pptunasur.com/downloads/tratado-constitutivo-UNASUR.pdf.

[110] Cabrera Diaz, F. «Alba Forward With Plan to Create Regional Investment Arbitration Alternative to Icsid at 7th Summit», *Investment Treaty News*, 3 de noviembre de 2009, disponible en http://www.investmenttreatynews.org/cms/news/

Adicionalmente, en mayo del 2008 se firmó el Tratado Constitutivo de la Unión de las Naciones Suramericanas (Unasur), un organismo de ámbito regional que tiene como objetivo: «construir una identidad y ciudadanía suramericanas y desarrollar un espacio regional integrado».[111] Unasur actualmente está formada por 12 Estados de América Latina: Argentina, Bolivia, Brasil (el cual no tiene ningún Appri en vigor de momento), Colombia, Chile, el Ecuador, Guyana, Paraguay, Perú, Suriname, Uruguay y Venezuela. En junio del 2009, el ministro de relaciones exteriores del Ecuador propuso la creación de un centro de arbitraje regional, cuyo objetivo sería evitar los «abusos» de organismos extra-regionales como el Ciadi que «privatizan» la justicia internacional.[112]

También cabe resaltar que el Consejo de Energía de América del Sur, constituido por ministros de energía de 11 países suramericanos, ha instruido a un grupo de trabajo la tarea de diseñar un mecanismo para la resolución de diferencias entre inversores y Estados en el sector energético.[113]

El proyecto de crear un centro de arbitraje regional, ya sea dentro del contexto de la ALBA o de Unasur, ya ha hecho ciertos avances. Aunque su consolidación pueda parecer lejana, la capacidad de los Estados latinoamericanos de crear una institución arbitral como alternativa al Ciadi no debe ser subestimada.[114] Estas iniciativas demuestran que entre

---

archive/2009/11/01/alba-moves-forward-with-plan-to-create-regional-investment-arbitration-alternative-to-icsid-at-7th-summit.aspx.

111 Preámbulo, Tratado Constitutivo de Unasur.

112 «Ecuador Propondrá un Nuevo Sistema de Arbitraje Durante su Presidencia en la Unasur». *Hoy*, 8 de julio de 2009, disponible en http://www.hoy.com.ec/noticias-ecuador/ecuador-propondra-nuevo-sistema-de-arbitraje-durante-su-presidencia-en-unasur-357247.html.

113 CABRERA DIAZ, F. «South American Alternative to Icsid in the Works as Governments Create an Energy Treaty», *Investment Treaty News*, 6 de agosto de 2008, disponible en http://www.iisd.org/itn/2008/08/06/south-american-alternative-to-icsid-in-the-works-as-governments-create-an-energy-treaty/.

114 LEATHELY, C. «Latin America: The Proposed Unasur Court - a comment». *Global Arbitration Review*, vol. 3, n.° 3, 2008.

países latinoamericanos, el aparente rechazo del Ciadi como sistema arbitral no debe ser equiparado con un rechazo hacia el arbitraje inversor-estado, en general, y que el descontento está dirigido hacia el Ciadi y hacia la tendencia jurisprudencial que se ha generado.

De hecho el reglamento propuesto por el Ecuador (el cual está pendiente de aprobación) está pensado para eliminar las principales críticas que los Estados latinoamericanos han dirigido al sistema Ciadi. Así, la propuesta del Ecuador de reglamento de arbitraje Unasur, entre otras cosas: (i) permite el recurso de apelación por cuestiones de derecho y las decisiones de un órgano de apelación serían vinculantes (asegurando con ello la consistencia entre decisiones); (ii) requiere que todos los arbitrajes sean públicos, incluida la documentación y las audiencias; (iii) especifica que las únicas razones para denegar la ejecución de un laudo serán la contrariedad al orden público y la falta de arbitrabilidad de la controversia, equiparándolo en cierta manera al régimen de la Convención de Nueva York; (iv) da poder al director general de Unasur, quien por sorteo elegirá al árbitro si una de las partes no ha elegido su árbitro o si no existe acuerdo para nombrar al presidente (con ello se responde a la crítica al sistema Ciadi donde es el Presidente del Banco Mundial quien nombra a los árbitros que no hayan llegado a nombrar las partes, pudiendo dar ello lugar a conflictos de intereses); (v) incluye la evaluación de la probabilidad de que un árbitro tenga cierta predisposición o un prejuicio que favorezca a una de las partes; (vi) permite la consolidación de arbitrajes en los que se trate una cuestión de derecho o factual común.[115] La propuesta está discutiéndose y se ha declarado el deseo de ver el nacimiento del centro en el 2013.[116]

---

[115] Fiezzoni, S. K. «Unasur Arbitration Centre: The Present Situation and the Principal Characteristics of Ecuador's Proposal». *Investment Treaty News*, 12 de enero de 2012, http://www.iisd.org/itn/2012/01/12/unasur/.

[116] *Trabajan para instalar en 2013 organismo de resolución de conflictos de Unasur*, AVN, 1 de diciembre de 2012, http://www.avn.info.ve/contenido/trabajan-para-instalar-2013-organismo-resoluci%C3%B3n-conflictos-unasur.

Sin embargo, incluso si nace el centro próximamente, pasará algún tiempo hasta que Unasur empiece a administrar arbitrajes de forma considerable. Tendrán que denunciarse los Appri, proceso que ya han iniciado el Ecuador y Venezuela como ya hemos visto, aunque para las inversiones ya realizadas hay un largo período durante el cual sigue dándose la protección del Appri.

Han sido más limitadas las propuestas provenientes de países más desarrollados. Entre ellas cabe señalar el Acuerdo Internacional Modelo del Instituto Internacional para el Desarrollo Sostenible (IIDS) sobre inversión para el desarrollo sostenible, propuesto por el IIDS de Canadá para crear un nuevo sistema de arbitraje inspirado en el sistema de la Organización Mundial del Comercio (OMC), el cual incluiría un proceso de apelación.[117]

3.1.11. Limitaciones constitucionales al arbitraje Ciadi

Recientemente, ciertos países latinoamericanos han adoptado nuevas constituciones o han interpretado sus constituciones existentes para establecer limitaciones al arbitraje internacional. Por ejemplo, el artículo 366 de la nueva Constitución de Bolivia excluye de manera expresa la vía del arbitraje internacional para la resolución de disputas sobre todo negocio jurídico que tenga como objeto los hidrocarburos:

> Todas las empresas extranjeras que realicen actividades en la cadena productiva hidrocarburífera en nombre y representación del Estado estarán sometidas a la soberanía del Estado, a la dependencia de las leyes y de las autoridades del Estado. No se reconocerá en ningún caso tribunal ni jurisdicción extranjera

[117] «Acuerdo Internacional Modelo del IIDS sobre inversión para el desarrollo sostenible». *Guía para Negociadores* (2005), p. 92, disponible en http://www.iisd.org/pdf/2005/investment_model_int_handbook_es.pdf.

> y no podrán invocar situación excepcional alguna de arbitraje internacional, ni recurrir a reclamaciones diplomáticas.[118]

El artículo 422 de la nueva Constitución del Ecuador establece que «[n]o se podrá celebrar tratados o instrumentos internacionales en los que el Estado ecuatoriano ceda jurisdicción soberana a instancias de arbitraje internacional, en controversias contractuales o de índole comercial, entre el Estado y personas naturales o jurídicas privadas».[119] A pesar de que este artículo se refiere a las controversias «contractuales o de índole comercial», y no a las relativas a una inversión,[120] mediante la aplicación retroactiva del artículo 422, la Corte Constitucional del Ecuador declaró en el 2010 la inconstitucionalidad del Appri con 12 países, muchos de los cuales daban jurisdicción al Ciadi.[121]

Sin embargo, la denuncia requiere una decisión del Ejecutivo, la cual se ha tomado sólo con respecto al Appri con Finlandia, aunque la denuncia de los Appri con los Estados Unidos de América y otros países está en vista, como hemos visto.

El artículo 422 establece una excepción importante a esta prohibición: «los tratados e instrumentos internacionales que establezcan la solución de controversias entre Estados y ciudadanos en Latinoamérica

---

[118] Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia, publicada en la Gaceta Oficial de Bolivia del 9 de febrero de 2009, artículo 366.

[119] Constitución de la República del Ecuador, publicada en el Registro Oficial del Ecuador n.° 449 del 20 de octubre de 2008.

[120] Una omisión que algunos consideran que no fue intencional: ver Gomez Fach, K. «Ecuador's Attainment of the Sumak Kawsay and the Role Assigned to International Arbitration». *Yearbook on International Investment Law & Policy, 2010-2011*, pp. 451, OUP, nota 16.

[121] Registro Oficial n.° 294 Primer Suplemento, 6 de octubre de 2010, http://www.derechoecuador.com/index.php?option=com_content&view=article&id=5881:registro-oficial-no-294-miercoles-6-de-octubre-de-2010-primer-suplemento&catid=341:octubre&Itemid=600; Guzmán Pérez R.A. y R. Herfi. «Constitutional Court of Ecuador Decision on the Constitutionality of the BIT Ecuador France». *Transnational Dispute Management*, vol. 9, issue n.° 3, abril del 2012.

por instancias arbitrales regionales o por órganos jurisdiccionales de designación de los países signatarios».

Asimismo, Venezuela, en su comunicado oficial de 25 de enero de 2012 anunciando la denuncia del Convenio Ciadi, argumenta que el artículo 151 de la Constitución de 1999:

> […] invalida, en su espíritu y en su letra, las disposiciones del mencionado convenio, cuando reza en su artículo 151 que '[e]n los contratos de interés público, si no fuere improcedente de acuerdo con la naturaleza de los mismos, se considerará incorporada, aun cuando no estuviere expresa, una cláusula según la cual las dudas y controversias que puedan suscitarse sobre dichos contratos y que no llegaren a ser resueltas amigablemente por las partes contratantes, serán decididas por los tribunales competentes de la República, de conformidad con sus leyes, sin que por ningún motivo ni causa puedan dar origen a reclamaciones extranjeras.[122]

Parece sorprendente que se decida que un artículo que se refiera sólo a los «contratos de interés público» lleve a proclamar la incompatibilidad del Convenio Ciadi con la Constitución. En todo caso, la justificación por el Ejecutivo es lo de menos, una vez tomada la decisión.

3.1.12. Incumplimiento con la obligación de ejecutar laudos del Ciadi

El artículo 54 del Convenio Ciadi establece que:

> Todo Estado Contratante reconocerá al laudo dictado conforme a este Convenio carácter obligatorio y hará ejecutar dentro de sus territorios las obligaciones pecuniarias impuestas por el

[122] Comunicado, República Bolivariana de Venezuela, Ministerio del Poder Popular para las Relaciones Exteriores, 25 de enero de 2012, http://www.mre.gov.ve/index.php?option=com_content&view=article&id=18939:mppre&catid=3:comunicados&Itemid=108.

> laudo como si se tratare de una sentencia firme dictada por un tribunal existente en dicho Estado.[123]

No obstante el lenguaje vinculante del artículo 54 del Convenio Ciadi, Argentina ha argumentado que el Convenio Ciadi y los Appri firmados por Argentina están subordinados a la Constitución Nacional y que, por lo tanto, los tribunales nacionales están habilitados para revisar laudos emitidos bajo el marco el sistema del Ciadi si éstos son contrarios a los principios constitucionales de la Nación Argentina.[124] Esta posición, expuesta por Horacio Rosatti, antiguo Procurador General del Tesoro de la Nación de Argentina, y conocida como la «Doctrina Rosatti»,[125] afirma que Argentina puede rehusarse a ejecutar laudos del Ciadi si dichas sentencias favorecen a inversores extranjeros y discriminan en contra de inversores locales, en violación del principio constitucional de igualdad contemplado en la Constitución Nacional.[126]

---

[123] Convenio Ciadi, artículo 54.

[124] Rosatti, H. D. «Los Tratados Bilaterales de Inversión, el Arbitraje Internacional Obligatorio y el Sistema Constitucional Argentino». *Economic Comm'n for Latin Am.*, 26 de septiembre de 2003, disponible en http://www.eclac.org/drni/noticias/noticias/7/13167/12.pdf («la prórroga de jurisdicción admitida por la República Argentina en el marco de los actos estatales *juri gestionis* no inhibe la posibilidad del control a posteriori de constitucionalidad por parte de un tribunal nacional»).

[125] Sabater, A. «The Weaknesses of the 'Rosatti Doctrine': Ten Reasons Why Icsid's Standing Provisions do not Discriminate against Local Investors», *15 Am. Rev. Int'l Arb. 465* (2004).

[126] Constitución Nacional de la República Argentina (1994), artículo 16 («La Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre, ni de nacimiento: no hay en ella fueros personales ni títulos de nobleza. Todos sus habitantes son iguales antes la ley, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad. La igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas»); *Idem*., artículo 75(23) (Corresponde al Congreso: «23. Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad»).

Argentina ha resistido con todas las armas a su alcance la ejecución de laudos emitidos por tribunales internacionales. Hasta el momento se han emitido nueve laudos en su contra (con más de 30 demandas en curso). En esta tónica, Argentina ha presentado recursos de anulación en todos los arbitrajes en los que ha sido condenada y en los casos en los que se le ha pedido una fianza para suspender la ejecución inmediata del laudo, Argentina ha rehusado pagarla. Además, Argentina ha rehusado cumplir con sus obligaciones de pago de los laudos, una vez finalizados los procedimientos de anulación.

En marzo del 2012, los Estados Unidos de América dedidieron suspender los beneficios comerciales a Argentina como represalia por su falta de cumplimiento del pago de dos laudos Ciadi, en los cuales Argentina fue condenada a pagar más de US$ 600 millones (*Azurix c/ Argentina* y *CMS c/ Argentina*).[127] Los Estados Unidos de América también han votado regularmente en contra de la concesión de nuevos préstamos a Argentina por el Banco Mundial.[128]

Los detenedores de un laudo contra Argentina persisten en su intento de ejecutar el laudo fuera de Argentina. Así el laudo de *CMS c/ Argentina*[129] se presentó para ejecución (por el comprador del laudo,

---

[127] Reuters, Obama says to suspend trade benefits for Argentina, http://www.reuters.com/article/2012/03/26/us-usa-argentina-trade-idUSBRE82P0QX20120326.

[128] Hoy, 31 de julio de 2012, http://www.hoy.com.ec/noticias-ecuador/eeuu-preocupado-por-falta-de-acatamiento-de-ecuador-y-argentina-a-arbitrajes-557525.html.

[129] En el caso *CMS c/ Argentina*, Argentina argumentó ante el comité *ad-hoc* de anulación que el tribunal «manifiestamente se extralimitó en sus facultades» al rechazar la defensa de Argentina de necesidad. El comité *ad-hoc* concluyó con respecto a este reclamo que la decisión del tribunal de rechazar la defensa de necesidad de Argentina era altamente criticable, y señaló que la decisión contiene «evidentes errores de derecho». No anuló esta parte del laudo, pero inevitablemente puso en duda la legitimidad de la decisión al caracterizarla como el resultado de una aplicación del tratado «ambigua y defectuosa». Con estos antecedentes la decisión de Argentina de rehusar pagar al inversor extranjero el laudo de USD133.2 millones parece más comprensible.

Blue Ridge Investments, LLC) en Nueva York en el 2010, y el recurso de Argentina fue rechazado en septiembre del 2012.[130]

Esta negativa de cumplir con laudos Ciadi ha hecho surgir un debate acerca de si el sistema Ciadi es efectivo, dado que no es un sistema completamente autónomo. Ello contrasta con el sistema de la OMC.

4. Conclusiones

El Ciadi se creó en un momento en el que se buscaba promover la inversión directa de empresas provenientes de países desarrollados hacia los países menos desarrollados. La lógica del sistema era que el acuerdo del Estado receptor de la inversión de resolver las controversias ante el Ciadi, llevaría a una mayor cantidad de inversión en dicho país, y ello a su vez, llevaría a su desarrollo.

Cuarenta años más tarde, el Ciadi vive un momento de auge que empezó, sobre todo, en el año 1997, debido en gran parte, a la red de Appri que se creó y propagó a partir de los años 80: en 1996 se registraron tres casos bajo el Convenio Ciadi contra los 40 nuevos arbitrajes registrados en 2012 (más 8 registrados bajo el Mecanismo Complementario).

Se ha condenado a los Estados en, aproximadamente, la mitad de los casos que se han resuelto hasta la fecha, en algunos casos por más de dos mil millones de dólares.[131] Además, están los costes para los Estados de adaptación a las exigencias de los tribunales arbitrales de inversión

---

[130] Memorandum Opinion & Order, United States District Court Southern District New York, 30 de septiembre de 2012, http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1102.pdf.

[131] *Occidental Petroleum Corporation and Occidental Exploration and Production Company c/ Ecuador*, Caso Ciadi n.° ARB/06/11, Laudo, 5 de octubre de 2012.

si quieren intentar evitar reclamos a futuro, dado que sus laudos están creando *de facto* un sistema de Derecho Administrativo transnacional.

Queda claro, pues, que el coste para un Estado en vías de desarrollo puede ser muy grande aunque no resulte tan claro si existe un beneficio en términos del incremento de inversión directa extranjera, dado sobre todo, la dificultad para medirlo, aunque intuitivamente parece lógico que la existencia de un sistema de arbitraje de inversión sea, por lo menos, un factor de influencia para los inversores.

Los laudos que han decidido sobre las controversias planteadas no han estado exentos de críticas, sobre todo a partir del 2007. En la sección anterior hemos analizado las reacciones de rechazo por algunos Estados ante el sistema arbitral Ciadi. Las señales de descontento descritas anteriormente no deben ser subestimadas.

Sin embargo, ello debe contextualizarse. El Ciadi como sistema ha conseguido despolitizar en gran parte las controversias surgidas entre inversores y Estados. En el viejo sistema de protección diplomática, era el Estado del inversor el que ejercía presión sobre el Estado receptor para que tratara al inversor adecuadamente. Esto pasa a segundo plano, aunque no desaparece del todo como hemos visto en el caso de las condenas de Argentina en dos casos presentados por los inversores estadounidenses, *CMS* y *Azurix*, donde el Estado del país del inversor está interviniendo para intentar asegurar la ejecución de los laudos, o en el caso de *Repsol c/ Argentina*, donde el Gobierno español intervino para ejercer presión sobre Argentina antes de que se comenzara el arbitraje.

Además, aunque es cierto que existe un núcleo de descontento, la solución que se propone por los países latinoamericanos es la de instaurar un sistema arbitral regional. No hay tanto un rechazo hacia el arbitraje de inversión como un rechazo hacia el arbitraje Ciadi, en su concepción actual entre estos Estados.

Por otro lado, excluyendo un núcleo pequeño de países, en los últimos años ha seguido firmándose varios Appri entre países a todos los niveles de desarrollo,[132] cuyo mecanismo de resolución de conflictos incluye el Ciadi. Ello llevará a una continuidad en la expansión del sistema Ciadi.

Resulta curioso, sin embargo, que entre algunos de los nuevos modelos de Appri de Estados más desarrollados, estén limitándose las interpretaciones favorables a los inversores de algunas cláusulas como el estándar de «trato justo y equitativo» o la definición de «inversor». Se valida el sistema, por lo tanto, pero se busca limitar algunas interpretaciones de algunos tribunales consideradas como excesivas.

El arbitraje de inversión y el arbitraje Ciadi, en particular, parece que seguirá gozando del auge espectacular que ha venido mostrando en los últimos años.

[132] Ver, p. ej., «Recent Developments in International Investment Agreements (2008 - June 2009)», IIA Monitor n.° 3 (2009), *International Investment Agreements*, Unctad, disponible en http://unctad.org/en/Docs/webdiaeia20098_en.pdf.

El arbitraje del sistema Ciadi

Iñigo Iruretagoiena Agirrezabalaga ***

Sumario: I. Promoción de las inversiones privadas extranjeras.— 1.1. El Banco Mundial, el Ciadi y el desarrollo de los Estados.— 1.2. Generalización de una alternativa al sistema tradicional de solución de diferencias en materia de inversiones extranjeras.— II. Especialidad del arbitraje Ciadi.— 2.1. Arbitraje especializado.— 2.2. Autonomía del Ciadi.— 2.3. Exclusividad del arbitraje Ciadi.— III. El consentimiento: «piedra angular» del arbitraje Ciadi.— IV. El mecanismo complementario del Ciadi.— V. Evolución y actualización del arbitraje Ciadi.

1. Promoción de las inversiones privadas extranjeras

1.1. El Banco Mundial, el Ciadi y el desarrollo de los Estados

Cuando en 1944, en la Conferencia de Bretton Woods, se crea el Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (BIRD), su Convenio Constitutivo instaura un sistema de préstamos y garantías para el logro de los fines contemplados en su artículo primero.[1] No pasarán muchos

* Euskal Herriko Unibertsitatea/Universidad del País Vasco.

** El presente trabajo ha sido realizado en el marco del Grupo de Investigación (referencia n.º IT496-10), financiado por el Gobierno Vasco, bajo la denominación de «Instrumentos y técnicas de protección de intereses y derechos de personas físicas y jurídicas mediante el Derecho Internacional Público y Privado».

1 Según el artículo I del Convenio Constitutivo del BIRD, éste se guiará por los siguientes fines: «(i) Contribuir a la obra de reconstrucción y fomento en los territorios de miembros, facilitando la inversión de capital para fines productivos, incluida la rehabilitación de las economías destruidas o dislocadas por la guerra, la

años para que en el seno del banco se plantee la conveniencia de acordar nuevos mecanismos con el fin de dar una mayor consistencia a la consecución de los objetivos de desarrollo y reducción de la pobreza en los países miembros. Como consecuencia de estas preocupaciones se crean la Corporación Financiera Internacional (CFI) y la Asociación Internacional de Fomento (AIF), en 1956 y 1960, respectivamente, con el objetivo, la primera, de promocionar «el desarrollo económico mediante el estímulo de empresas privadas productivas en los países miembros»,[2] a través del financiamiento y la asistencia técnica de las inversiones privadas y, la segunda, de «elevar el nivel de vida en las regiones menos desarrolladas del mundo» mediante la aportación de recursos financieros en condiciones más favorables que habituales en el BIRD.[3]

A principios de los años sesenta, el BIRD pone en marcha una tercera iniciativa que persigue la creación de una institución para la resolución de controversias mediante el arbitraje y la conciliación entre Estados e inversores extranjeros.[4] El principal objetivo que impulsa y

---

transformación de los medios de producción a fin de satisfacer las necesidades en tiempos de paz y el fomento del desarrollo de los medios y recursos de producción en los países menos desarrollados. (ii) Fomentar la inversión extranjera privada mediante garantías o participaciones en préstamos y otras inversiones que hicieren inversionistas privados; y, cuando no hubiere capital privado disponible en condiciones razonables, suplementar las inversiones privadas suministrando, en condiciones adecuadas, financiamiento para fines productivos, ya sea de su propio capital, de los fondos por él obtenidos o de sus demás recursos. (iii) Promover el crecimiento equilibrado y de largo alcance del comercio internacional, así como el mantenimiento del equilibrio de las balanzas de pagos, alentando inversiones internacionales para fines de desarrollo de los recursos productivos de los miembros, ayudando así a aumentar la productividad, elevar el nivel de vida y mejorar las condiciones de trabajo en sus territorios».

2 Artículo 1 del Convenio Constitutivo de la CFI.

3 Artículo 1 del Convenio Constitutivo de la AIF.

4 La posibilidad de crear un instrumento de estas características fue planteada por primera vez ante la Junta de Gobernadores del Banco en su Decimoséptima Reunión Anual en septiembre de 1962. La Junta de Gobernadores, mediante Resolución n.º 174, de 18 de septiembre de 1962, solicitó que los directores ejecutivos estudiaran el asunto. *Vide Informe de los Directores Ejecutivos,* acerca del Convenio

justifica esta novedosa iniciativa, es aumentar los flujos de inversión privada extranjera entre los Estados[5] y, de forma particular, aquéllos que tienen como destino los países en vías de desarrollo.

El Banco Mundial entiende que las inversiones extranjeras privadas pueden contribuir al desarrollo de los Estados receptores y, por tanto, pueden ayudar a reducir la pobreza y a elevar el nivel de vida en lo mismo. La creación de una institución de resolución de litigios, que proporcione seguridad a los inversores extranjeros ante medidas estatales que puedan perjudicar su inversión, es vista como un objetivo deseable[6]. Esta iniciativa, finalmente, toma cuerpo en el *Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados*, hecho en Washington el 18 de marzo de 1965[7]. Mediante

---

de Washington, párr. 6. El informe se encuentra disponible en <http://icsid.worldbank.org/ICSID/ICSID/RulesMain.jsp>.

5 Recordemos que el artículo I (ii) del Convenio Constitutivo del BIRD establece como uno de los fines que guían la actuación del Banco el fomento de la inversión extranjera privada.

6 En esta misma línea, el *Informe de los Directores Ejecutivos* acerca del Ciadi, en su párr. 9 reconoce que «la creación de una institución destinada a facilitar el arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados e inversionistas extranjeros puede constituir un paso importante para promover un ambiente de confianza mutua y, por consiguiente, estimular el libre flujo de capital privado internacional hacia los países que desean atraerlo». *Vide* Kundmüller Caminiti, F. y R. Rubio Guerrero. «El arbitraje del Ciadi y el Derecho Internacional de las inversiones: un nuevo horizonte». En *Lima Arbitration*, n.º 1, 2006, p. 77. Broches, A. «Settlement of Investment Disputes» (1963). En *Selected Essays. World Bank, Icsid, and other Subjects of Public and Private International Law*. Boston, 1995, pp. 161-163, presentaba el futuro mecanismo del Ciadi como un instrumento que serviría al objetivo de aumentar los movimientos de capital privado; Broches, A. «The Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and National of other States» (1972). En *Selected Essays. World Bank, Icsid, and other Subjects of Public and Private International Law*. Boston, pp. 192-197.

7 *BOE* n.º 219, de 13 de septiembre de 1994. El Convenio de Washington entró en vigor el 14 de octubre de 1966, a los treinta días de recabar la vigésima ratificación, tal y como exige el artículo 68.2 del Convenio. En la actualidad, a 18 de abril de 2012, son 148 los Estados que han depositado sus instrumentos de

el Convenio de Washington se crea el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (Ciadi), una institución autónoma creada bajo los auspicios del BIRD y que forma parte del entramado institucional del Grupo del Banco Mundial, cuya función consiste en poner a disposición de los Estados parte en el Convenio y de los inversores de esos mismos Estados, un mecanismo de conciliación y otro de arbitraje para la solución de sus diferencias en materia de inversiones.[8]

Junto con la creación de la CFI y el Ciadi, el Banco Mundial, guiado por el deseo de fomentar la inversión privada internacional, ha adoptado otros instrumentos destinados a ofrecer mayor seguridad y garantías a los inversores extranjeros,[9] entre los que caben ser destacados, por una

---

ratificación. Sobre el Ciadi *vide*, en general, Vives Chillida, J. A. *El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (Ciadi)*. Madrid, McGraw Hill, 1998; Fernández Masiá, E. *Arbitraje en inversiones extranjeras: el procedimiento arbitral en el Ciadi*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004; Hirsch, M. *The Arbitration Mechanism of the International Centre for the Settlement of Investment Disputes*. Dordrech: Martinus Nijhoff, 1993; Schreuer, C. *The Icsid Convention: a Commentary*. Cambridge: Cambridge University Press, 2001; Lew, J. D. M. «Icsid Arbitration: Special Features and Recent Developments». En *Arbitrating Foreign Investment Disputes. Procedural and Substantive Legal Aspects* (N. Horn, ed.). La Haya, 2004, pp. 267-282; Álvarez Ávila, G. «Las características del arbitraje del Ciadi». En *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. ii, 2002, pp. 205-219, disponible en <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derint/cont/2/cmt/cmt6.pdf>; Sacerdoti, G. «La Convenzione di Washington del 1965 per la soluzione delle controversie tra Stati e nazionali de altri Stati in materia di investimenti». En *Riv. Dir. Int. Pr. Proc.*, n.° 3, 1969, pp. 614-660; Ryans, J. K. y J. C. Baker. «The International Centre for Settlement of Investment Disputes (Icsid)». En *Journal of World Trade Law*, vol. 10, n.° 1, 1976, pp. 65-79; Balekjian, W. H. «The Convention of the International Bank on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States». En *Yearbook of the A.A.A.*, vol. 37/38, 1967/68, pp. 108-120.

8 Junto al Ciadi, el Banco Mundial se conforma por las siguientes cuatro instituciones: el BIRF, la Asociación Internacional de Fomento, la Corporación Financiera Internacional y el Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones (OMGI).

9 Sobre la actividad del BIRD dirigida a promover los flujos de inversión privada extranjera con destino a los países en vías de desarrollo, vide Sham, H. «The World Bank and Investment Protection: A Question of Accountability». En

parte, el Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones (OMGI), creado mediante Convenio Constitutivo hecho en Seúl el 11 de octubre de 1985[10] y, por otra, la elaboración de las *Directrices sobre el tratamiento legal de las inversiones extranjeras*, de 1992.[11]

El Banco Mundial parece hacer suya la idea, más que discutible, de que toda inversión es beneficiosa para el Estado que la recibe, idea que ha quedado reflejada, por ejemplo, en el preámbulo de las Directrices del BIRD de 1992.[12] Sin embargo, el impacto de las inversiones extranjeras

---

Arbitrating Foreign Investment Disputes. Procedural and Substantive Legal Aspects (N. Horn, ed.). La Haya, 2004, pp. 111-142; Morais, H. V. «World Bank Promotion of Private Investment Flows to Developing Countries Through Cofinancing and Other Measures». En *Icsid Review-Foreign Investment Law Journal*, vol. 3, n.° 1, 1988, pp. 1-37.

10 Sobre el OMGI *vide* Shihata, I. F. I. «The Multilateral Investment Guarantee Agency (MIGA) and the Legal Treatment of Foreign Investment». En *R. des C.*, 1987-iii, pp. 95-320; Shihata, I. F. I. «Eligibility Requirements for MIGA's Guarantees». En *Icsid Review-Foreign Investment Law Journal*, vol. 2, n.° 2, 1987, pp. 373-401; Baker, J. C. *Foreign Direct Investment in Less Developed Countries. The Role of Icsid and MIGA*. London, Quorum books, 1999; Pettinato, C. «Il contributo della MIGA all'evoluzione del regime giuridico degli investimenti stranieri». En *Riv. Dir. Int.*, 1990, pp. 321-355; Rowat, M. D. «Multilateral Approaches to Improving the Investment Climate of Developing Countries: The Cases of Icsid and MIGA» En *HILJ*, vol. 33, n.° 1, 1992, pp. 103-144.

11 Ha de tenerse en cuenta que, a diferencia del Convenio de Washington y el Convenio de Seúl, estas Directrices «no constituyen normas concluyentes sino un avance en el proceso de formación de normas internacionales generalmente aceptables, que complementan los tratados bilaterales de inversión, pero no los sustituyen». *Vide* Shihata, I. F. I. *Legal Treatment of Foreign Investment. The World Bank Guidelines*. Dordrecht: Martinus Nijhoff, 1993, p. 180; tal y como pone de relive el propio autor (p. 179), el Comité para el Desarrollo ha considerado que las directrices representan un «marco general aconsejable que comprende principios esenciales destinados a promover la inversión extranjera directa para el beneficio común de todos los miembros».

12 Se afirma que «la existencia de mayores corrientes de inversión extranjera directa reporta importantes beneficios a la economía mundial y a las economías de los países en desarrollo en particular, en términos del aumento de la eficiencia a largo plazo del país receptor a través de la mayor competencia, transferencia de capital,

no tiene por qué, necesariamente, ser siempre beneficioso para el Estado receptor.[13] Una inversión será beneficiosa si ésta contribuye al desarrollo del Estado. El desarrollo del Estado, por su parte, debe ser entendido de forma omnicomprensiva, lo que excluye la valoración en términos exclusivamente económicos o de flujos de inversión. Al contrario, no cabe hablar de contribución al desarrollo si la operación inversora extranjera perjudica intereses como el respeto y disfrute de los derechos humanos, el medioambiente o la viabilidad económica y financiera del país. Por tanto, en atención a sus fines, los instrumentos del Banco Mundial, también el Ciadi, deberían servir al objetivo de promocionar aquellas inversiones privadas que resultasen beneficiosas para el desarrollo de los Estados, teniendo en cuenta todos los parámetros relevantes a tal efecto.

1.2. Generalización de una alternativa al sistema tradicional de solución de diferencias en materia de inversiones extranjeras

El arbitraje se presenta como una alternativa al esquema tradicional de arreglo de diferencias en materia de inversiones extranjeras. Cuando un conflicto tenía lugar entre un Estado y un inversor extranjero, este último debía acudir a los tribunales internos del Estado parte en la controversia, esto es, a los jueces naturales de este tipo de disputas. Una vez agotadas las vías de recurso internas, si el inversor consideraba no

---

tecnología y conocimientos de gestión gerencial y mejoramiento del acceso al mercado, y en términos de la expansión del comercio internacional». *Vide* SORNARAJAH, M. *The International Law on Foreign Investment*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004, 2.ª ed., pp. 71-72. En el mismo sentido, el Convenio del Ciadi y el Convenio Constitutivo del OMGI sostienen la tesis de la teoría clásica de las inversiones. Ambos convenios, en sus respectivos preámbulos, reconocen la función que desempeñan las inversiones privadas internacionales en el campo de la cooperación internacional para el desarrollo económico.

[13] Sobre las distintas teorías de los efectos que produce la inversión entranjera en el desarrollo económico y social de los Estados, *vide* SORNARAJAH, M. *Op. cit.*, pp. 50-65. Los beneficios que predica la teoría clásica no pueden sostenerse en términos absolutos; *vide* SHIHATA, I. F. I. *Legal Treatment of Foreign Investment… Op. cit.*, pp. 9-12.

resuelta la disputa originada por la violación de una norma internacional, éste podía solicitar al Estado de su nacionalidad el ejercicio de la protección diplomática. En este sistema desarrollado en dos etapas, el inversor sólo podía participar directamente en la primera; cuando la disputa se elevaba al plano internacional, era el Estado de la nacionalidad del inversor quien hacía suya la causa de su nacional, dejando al margen de la disputa al inversor directamente interesado.[14]

El sistema descrito presenta ciertas carencias y dificultades, especialmente, desde la óptica de los intereses del inversor. Una de las principales preocupaciones hace referencia a la falta de neutralidad de los tribunales internos, especialmente en el supuesto de Estados poco democráticos, de Gobiernos corruptos, donde la separación de poderes entre el Ejecutivo y el Judicial no se encuentra garantizada.[15]

La desconfianza de los inversores se debe, en última instancia, a la percepción de que en muchos casos el Estado es, al mismo tiempo, juez y parte en la disputa.[16] La segunda gran preocupación trae causa en el riesgo de la politización de los litigios. El ejercicio de la protección diplomática es un derecho del Estado, que lo ejerce de forma discrecional.

---

[14] Leben, C. «L'évolution du droit international des investissements: un rapide survol». En *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement* (C. Leben dir.), Louvain-la-Neuve, LGDJ-Anthemis, 2006, pp. 9-10.

[15] *Vide* Wälde, T. W. «The "Umbrella" Clause on Investment Arbitration-A Comment on Original Intentions and Recent Cases». En *The Journal of World Investment & Trade*, vol. 6, n.° 2, 2005, pp. 189-190, señala que los tribunales de la mayoría de los Estados en vías de desarrollo no se ven como instancias independientes de sus gobiernos, libres de las presiones políticas e, incluso, de la corrupción. En su opinión, la razón de ser de los tratados de inversión y, de forma particular, del arbitraje de inversión es la percepción universalmente sostenida de que el inversor extranjero no puede confiar en la imparcialidad de los tribunales nacionales, sobre todo, en los países con reconocida baja calidad de gobierno.

[16] *Vide* Oppetit, B. «Les États et l'arbitrage international: Esquisse de systématisation». En *Rev. Arb.*, n.° 4, 1985, p. 494; Hirsch, M. *Op. cit.*, pp. 8-9; Miaja de la Muela, A. «Aspectos jurídicos de las diferencias entre Estados y personas privadas extranjeras». En *REDI*, 1969, pp. 23-24.

Por tanto, será el propio Estado el que decida si ejerce o no la protección diplomática a favor de su nacional y en esta decisión, junto a los intereses del inversor perjudicado, los intereses de carácter político del propio Estado pueden llegar a desempeñar un papel crucial. En definitiva, el sistema tradicional podía llegar a ser un proceso muy largo con un desenlace incierto y, por lo tanto, de dudosa eficacia para garantizar los derechos del inversor reconocidos por el Derecho Internacional.[17]

El arbitraje se presenta como un instrumento adecuado para superar las carencias descritas y, por lo tanto, como una alternativa válida al esquema tradicional construido en dos etapas.[18] Por una parte, frente a los tribunales internos del Estado parte en la controversia, el arbitraje se postula como un foro neutral, capaz de reducir las reticencias del

---

[17] BLACKABY, N. «Public Interest and Investment Treaty Arbitration». En *Transnational Dispute Management*, vol. I, n.º 1, 2004, disponible en <http://www.transnational-dispute-management.com>, p. 2, considera que los intereses de los inversores extranjeros sólo pueden ser garantizados a través del acceso directo a un procedimiento neutral y efectivo. Éste tendría el efecto de despolitizar las controversias, reducir los riesgos de la inversión extranjera e incrementar la inversión internacional.

[18] DELUPIS, I. *Finance and Protection of Investments in Developing Countries*. Reino Unido: Gower Press, 1973, p. 123, destaca la creciente tendencia a acudir al arbitraje internacional como sustitución a los tribunales internos del Estado; este hecho, a su modo de ver, pone de manifiesto la preferencia de los inversores respecto al arbitraje; OPPETIT, B. «Les États et l'arbitrage…», *loc. cit.*, pp. 495 y ss.; RODLEY, N. «Some Aspects of the World Bank Convention on the Settlement of Investment Disputes». En *CYIL*, vol. 4, 1966, p. 43; GARCÍA RODRÍGUEZ, I. *La protección de las inversiones exteriores (los Acuerdos de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones celebrados por España)*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2005, p. 249, pone de relieve que en las relaciones entre inversores y Estados los inversores no se sienten «muy seguros ante los tribunales nacionales del Estado receptor de la inversión, ya que se trata de una jurisdicción que depende o trabaja por cuenta de una de las partes en el contrato de inversión». Por otro lado, considera que el Estado de destino de la inversión no acepta «la jurisdicción de los tribunales del Estado de origen». Por todo ello, concluye que «el arbitraje aparece como la mejor alternativa». SUTHERLAND, P. F. «The World Bank Convention on the Settlement of Investment Disputes». En *ICLQ*, vol. 28, 1979, pp. 370-371.

inversor y del propio Estado.[19] Serán árbitros imparciales, independientes y especialistas los encargados de resolver las disputas, en procedimientos donde ambas partes (Estado e inversor) participan en igualdad de condiciones. Por otra parte, los árbitros decidirán aplicando normas y principios de Derecho, lo que supone la judicialización y la consiguiente despolitización de las controversias. Los condicionantes de carácter político también quedan al margen en la medida en que el Estado de la nacionalidad del inversor deja de ser parte en el litigio y deja de jugar un papel determinante a través del ejercicio de la protección diplomática.[20]

---

[19] En este sentido, el tribunal arbitral del caso *Gas Natural c/ Argentina* (jurisdicción), párr. 29, ha afirmado que «la creación del Ciadi y la adopción de tratados bilaterales de inversiones ofreció a los inversores garantías de que las controversias que pudieran derivarse de sus inversiones no estarían expuestas a lo que se consideraba como peligro de demoras y presiones políticas a que pudiera dar lugar su resolución en tribunales nacionales. En forma convergente, la posibilidad de recurrir a un arbitraje internacional se estableció para preservar al Estado receptor de la inversión de presiones políticas ejercidas por el Gobierno del Estado de la nacionalidad del inversor». Sin embargo, hay autores que cuestionan la neutralidad del arbitraje de inversión. En esta línea, Sornarajah, M. «Power and Justice in Foreign Investment Arbitration». En *J. Int'l. Arb.*, vol. 14, n.° 3, 1997, pp. 103-107.

[20] La CDI, en sus comentarios al *Proyecto de artículos sobre la protección diplomática* —Comentario al artículo 17, párr 2, doc. A/61/10 (58.° período de sesiones, 2006)— señala que los procedimientos de solución de controversias entre Estados y particulares previstos en los Appri y el Convenio del Ciadi «ofrecen mayores ventajas al inversor extranjero que el sistema de la protección diplomática regido por el Derecho Internacional consuetudinario, ya que le proporcionan acceso directo al arbitraje internacional, permiten evitar la incertidumbre política inherente al carácter discrecional de la protección diplomática y eximen de las condiciones para el ejercicio de la protección diplomática». En la misma línea, Blackaby, N. «Public Interest and…», *loc. cit.*, p. 2; en su opinión uno de los factores que motivó la adopción del Convenio del Ciadi fue el deseo de extraer las controversias de inversión de la esfera de la protección diplomática a través del acceso directo a un mecanismo internacional. Respecto al arbitraje y la despolitización de los litigios, *vide* Vandevelde, K. J. *States Investment Treaties Policy and Practice*. Boston: Kluwer Law and Taxation Publishers, 1992, pp. 22-25; García Rodríguez, I. *La protección... Op. cit.*, p. 52; García Rodríguez, I. «Pluralismo jurídico en inversión extranjera: las controversias entre el inversor y el Estado receptor». En *Obra homenaje al Profesor Julio D. González Campos*. Madrid, 2005, pp. 1568 y ss.

La alternativa del arbitraje entre Estados e inversores extranjeros no es una novedad que introduce el Ciadi. Al contrario, en épocas anteriores los Estados y los inversores habían empezado a someter algunas de sus diferencias a arbitraje, práctica que con el tiempo fue afianzándose.[21] Se podría decir que la creación del Ciadi supone un primer hito en la consolidación y generalización del arbitraje como método de resolución de litigios en materia de inversiones.

No obstante, esta generalización no ha estado exenta de dificultades. Muchos Estados —socialistas, árabes o latinoamericanos—, por distintos motivos, habían mostrado sus reservas ante la opción del arbitraje.[22] Estas reticencias iniciales encuentran un ejemplo ilustrador en la negativa de los Estados latinoamericanos al Convenio del Ciadi, expresada como posición colectiva durante la Reunión Anual de los Gobernadores del Banco Mundial celebrada en Tokio, en 1964, y conocida como «el no de Tokio».[23] No obstante, esta hostilidad fue evolucionando

---

[21] MIAJA DE LA MUELA, A.«Aspectos jurídicos de las diferencias entre Estados y…», *loc. cit.,* p. 12. Más tarde, la Resolución 1803 (XVII) de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 1962, relativa a la soberanía permanente sobre los recursos naturales, reconocía, como alternativa a los tribunales internos, la posibilidad de someter las diferencias relativas a la cuantía de la indemnización en supuestos de expropiación a arbitraje, «por acuerdo entre Estados soberanos y otras partes interesadas».

[22] Según LEBOULANGER, P. «L'arbitrage international Nord-Sud». En *Études offertes à Pierre Bellet*, París, Litec, 1991, p. 325, los tiempos de colonización y de dominación política y económica, así como ciertas sentencias arbitrales claramente desfavorables a los países en vías de desarrollo marcaron la opinión contraria de éstos respecto al arbitraje comercial internacional, considerándolo como una invención de occidente. Vide RAMBAUD, P. «Note sur l'extension du "système Ciadi". En *AFDI*, vol. 29, 1983, pp. 291-293; RODLEY, N. «Some Aspects…», *loc. cit.*, p. 49; HIRSCH, M. *The Arbitration Mechanism…, op. cit.*, pp. 12-15; BOUCHEZ, L. J. «The Prospects for International Arbitration: Disputes Between States and Private Enterprises». En *J. Int'l. Arb.*, vol. 8, N° 1, 1991, pp. 84-85.

[23] BROCHES, A. «The Experience of the International Centre for Settlement of Investment Disputes» (1985). En *Selected Essays. World Bank, Icsid, and Other Subjects of Public and Private International Law*, Boston, Martinus Nijhoff, 1995, p. 267.

con el tiempo hacia posturas más abiertas y favorables respecto al arbitraje, en la medida en que los Estados comenzaron a primar el valor de la inversión extranjera frente a la defensa a ultranza de su soberanía.[24] Este cambio de actitud se ha manifestado de forma clara en la progresiva aceptación del Convenio del Ciadi también por parte de los países latinoamericanos que se alejaban definitivamente de los postulados de la doctrina Calvo;[25] Convenio de Washington que, en la actualidad,

[24] En lo que respecta a las implicaciones que tiene el arbitraje del Ciadi sobre la soberanía de los Estados, vide, en general, Siorat, L.«Les limitations apportées à la souveraineté des Etats par la Convention Pour le Règlement des différends relatifs aux Investissements prives internationaux». En *Investissements étrangères et arbitrage entre Etats et personnes privées. La Convention B.I.R.D. du 18 mars 1965*, París, Pedone, 1969, pp. 59-110.

[25] Vide Layton, R. «Changing Attitudes Toward Dispute Resolution in Latin America». En *J. Int'l. Arb.*, 1993, 10, pp. 123-141; Fach Gómez, K. «Latin America and ICSID: David versus Goliath». En *Law and Business Review of the Amercias*, vol. 17, núm 2, 2011, pp. 195-230; Dávalos Fernández, R. «El arbitraje comercial internacional en Cuba». En *RCEA*, vol. 20, 2005, pp. 36-43; Manning Cabrol, D. «The Inminent Death of the Calvo Clause and Rebirth of the Calvo Principle: Equality of Foreign and National Investors». En *Law & Pol'y Int'l Bus*, vol. 26, n.° *4, 1995, pp. 1184-1191;* Fernández Rozas, J. C. *Tratado del arbitraje comercial en América Latina*. Madrid: Iustel, 2008, pp. 35 y ss; Fernández Rozas, J. C. «Arbitraje internacional y sus dualidades». En *Anuario Argentino de Derecho Internacional*, vol. XV, 2006, p. 19, señala que el origen de la hostilidad de los países latinomaericanos respecto al arbitraje de inversión tuvo su origen en «reclamaciones de muy distinta entidad por parte de los Estados Unidos de América y de algunos Estados europeos, basadas en reparaciones por daños sufridos en la propiedad de sus nacionales que se elevaron a tribunales arbitrales internacionales y se tradujeron en fallos desfavorables por los cuales los países del área debieron pagar importantes indemnizaciones que, incluso, repercutieron en la configuración de sus territorios. En caso contrario, si el fallo arbitral resultaba favorable a un país latinoamericano, los deudores lo incumplían impunemente, con la ineficacia de la institución». En el mismo sentido, Peters, P. «Dispute Settlement Arrangements in Investment Treaties». En *NYIL*, vol. xxii, 1991, p. 96, aprecia que la doctrina Calvo «was the answer given last century by the proud, newly independent nations of Latin America to the gunboat diplomacy and otherwise unacceptable policies of the US and some European States». Frutos-Peterson, C. «El arbitraje del Ciadi y su impacto en el arbitraje internacional latinoamericano en material de inversión». En *Revista de arbitragem e mediaçao*, 2004, pp.

ha adquirido un alcance marcadamente universal. Sin embargo, en los últimos tiempos, especialmente en algunos países latinoamericanos, se observa un despertar de viejas hostilidades hacia el arbitraje, en general, y hacia el Ciadi, en particular, lo que ha llevado a países como Bolivia, Ecuador y Venezuela a denunciar el Convenio de Washington y a salirse, en definitiva, del sistema del Ciadi.[26] El tiempo dirá si se trata del inicio de una tendencia que tomará fuerza en el futuro o, simplemente, de casos aislados y limitados a un espacio geográfico e ideológico muy concreto.

La generalización del arbitraje como método de solución de litigios en el sector de las inversiones extranjeras no puede explicarse sin hacer mención a un segundo factor determinante: la celebración masiva

---

156 y ss.; Biggs, G. «Latin American Treatment of International Arbitration and Foreign Investments and the Chile - U.S. Free Trade Agreement». En *ICSID Review–Foreign Investment Law Journal*, vol. 16, n.° 1, 2004, pp. 61-87. Grigera Grigera Naón, H. A. «Latin American Arbitration Culture and the ICC Arbitration System». En *Conflicting Legal Cultures in Commercial Arbitration, Old issues and new trends.* Londres, 1999, pp. 117-146; Grigera Grigera Naón, H. A. «Arbitration in Latin America: Overcoming Traditional Hostility». En *Arb. Int'l*, 5(2), 1989, pp. 137-172.

[26] Esta renovada visión profundamente crítica del arbitraje de inversión, especialmente centrada en el rechazo al Ciadi, se puso de relieve en la Cumbre Presidencial de la ALBA, en Barquisimeto en abril del 2007; los países del programa de integración ALBA-TCP acordaron retirarse y denunciar de forma conjunta el Convenio de Washington «para garantizar el derecho soberano de los países a regular la inversión extranjera en su territorio nacional». *Vide* nota de prensa del gobierno de Bolivia, de 3 de mayo de 2007, disponible en Internet: <http://www.rree.gov.bo/notasprensa/2007/2007_mayo/np1.htm>; Comunicado de 25 de enero de 2012, el Ministerio del Poder Popular para Relaciones Exteriores de la República Bolivariana de Venezuela, en <http://minci.gob.ve/noticias/1/211060/gobierno_venezolano_denuncia.html>. *Vide* Cremades, B. M. «The Resurgence of the Calvo Doctrine in Latin America». En *ADR World Observer,* 13 de mayo de 2006, disponible en <http://www.aryme.com>; Cremades, B. M. «Disputes Arising out of Foreign Investment in Latin America: A New Look at the Calvo Doctrine and Other Jurisdictional Issues». En *ADR World Observer,* 12 de mayo de 2006, disponible en <http://www.aryme.com>, pp. 4 y ss.

de tratados internacionales de inversión. La extendida práctica de concluir acuerdos para la promoción y protección recíproca de inversiones (Appri) ha llevado a conformar una red amplísima de tratados que vinculan a Estados de prácticamente todas las regiones y todos los niveles de desarrollo del mundo. Los tratados de inversión constituyen un elemento clave de la operatividad y vitalidad actual del arbitraje, ya que, tal y como se verá en el curso del presente trabajo, éstos incorporan el consentimiento del Estado a favor del mecanismo arbitral.

Ahora bien, cuando se habla de arbitraje de inversión y de controversias entre Estados e inversores no se habla exclusivamente del Ciadi. Este tipo de disputas también pueden someterse a otros arbitrajes, bien *ad-hoc* conforme a las reglas de arbitraje de la Cnudmi, bien arbitraje institucional como el de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional de París (CCI), la Asociación Americana de Arbitraje (AAA) o el Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo.[27] De hecho, es habitual que los tratados de inversión incorporen, junto a la opción del Ciadi o su Mecanismo Complementario, la posibilidad de someter las diferencias a algunos de estos otros arbitrajes. Sin embargo, no todos los arbitrajes son iguales. El Ciadi es un arbitraje único y original por su origen convencional,

[27] Tal y como pone de relieve Silva Romero, E. «Quelques brèves observations du point de vue de la Cour internationale d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale». En *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement* (C. Leben dir.), Louvain-la-Neuve, LGDJ - Anthemis, 2006, pp. 332-333, la importancia de estos sistemas arbitrales distintos al Ciadi no debe descuidarse, ya que tanto el arbitraje *ad-hoc* conforme a las reglas de la Cnudmi como el de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI han sido, antes de la década de los noventa, los foros más habituales para la resolución de diferencias entre Estados e inversores privados extranjeros. Incluso después de la revitalización de la actividad del Ciadi la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI conoce cada año un número elevado de controversias entre empresas y entidades públicas. *Vide* también Whitesel, A.M. «How Does the International Chamber of Commerce (ICC) Contribute to Capacity Building? The Way Forward». En *Symposium on Making the Most of International Investment Agreements: A Common Agenda*. París, 12 de diciembre de 2005, disponible en <http://www.oecd.org/dataoecd/22/46/37215823.pdf>.

especialización, autonomía y exclusividad.[28] Será tarea de las páginas que siguen recoger y mostrar todas estas características que hacen del Ciadi un arbitraje tan especial.

2. ESPECIALIDAD DEL ARBITRAJE CIADI

2.1. Arbitraje especializado

El arbitraje del Ciadi es un arbitraje marcado por su especialización. Esta característica se deduce claramente de los límites que presenta su jurisdicción. El del Ciadi es el único arbitraje destinado exclusivamente a litigios «mixtos» en materia de inversiones extranjeras. Según el artículo 25 del Convenio de Washington, su jurisdicción se extiende «a las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión entre un Estado Contratante [...] y el nacional de otro Estado Contratante».

Por lo tanto, para que el Ciadi pueda conocer de una controversia, ésta debe «surgir directamente de una inversión», debe tener «naturaleza jurídica» y debe enfrentar a «un Estado contratante y el nacional de otro Estado contratante». Por tanto, para precisar su jurisdicción deben resolverse algunas cuestiones, entre las que sobresalen las siguientes: ¿cuál es el alcance del concepto de inversión que incorpora el convenio?; ¿cuáles son los criterios que sirven para calificar una disputa como jurídica?; ¿quiénes son los inversores que pueden actuar como partes ante en Ciadi?

---

[28] Las nociones de «autonomía» y «exclusividad» se utilizan siguiendo la propuesta de J. A. Vives Chillida en *El Centro Internacional de Arreglo*…, *op. cit.*, aunque, tal y como se podrá observar durante el presente trabajo, el contenido que se les asigna a esta nociones varía en algunos aspectos. Sobre el carácter autónomo y exclusivo del procedimiento del Ciadi *vide* DELAUME, G. «Le Centre International pour le Règlement des Différends relatives aux Investissements (Cirdi)». En *Journ. Dr. Int.*, n.° 4, 1982, pp. 808-815; FRUTOS-PETERSON, C. «El arbitraje del Ciadi…». *Loc. cit.*, pp. 179-784.

El Convenio de Washington no ofrece una definición del concepto de inversión. La falta de acuerdo entre los Estados llevó al Convenio a desistir en el intento de definirlo.[29] Además, a diferencia de lo que sucede en los tratados de inversión, el Convenio del Ciadi no incluye ninguna lista de operaciones económicas indicativa que facilite su precisión. Sin embargo, es posible sostener que éste se configura como un concepto amplio y flexible capaz de cubrir todo tipo de inversiones y con la virtud de adecuarse y abarcar nuevas formas de inversión que puedan surgir en el futuro.[30] Por su parte, los trabajos preparatorios, el informe de los directores ejecutivos, la doctrina y la práctica arbitral han puesto de relieve la importancia de la autonomía de la voluntad a la hora de valorar, en cada caso concreto, si una operación económica constituye o no inversión a efectos del Convenio;[31] junto a otros extremos, ello

---

[29] Sobre los debates que precedieron a la adopción del texto definitivo del Convenio en torno al concepto de inversión *vide* Schreuer, C. H. *The Icsid Convention… Op. cit.*, pp. 121 y ss. Respecto al concepto de inversión del Convenio *vide* también Manciaux, S. *Investissements étrangers et arbitrage entre États et ressortissants d'autres États*. Dijon: Litec, 2004, pp. 43 y ss.; Mortenson, J. D. «The Meaning of "Investment": Icsid's *Travaux* and the Domain of International Investment Law». En *Harvard International Law Journal,* vol. 51, n.° 1, 2010, pp. 257-318. Yala, F. «La notion d'investissement dans la jurisprudence du Cirdi: actualité d'un critère de compétence controversé (les affaires *Salini, SGS et Mihaly*)». En *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement* (C. Leben dir.), Louvain-la-Neuve, LGDJ - Anthemis, 2006, pp. 281-283; Amerasinghe, C. F. «The Jurisdiction of the International Centre for the Settlement of Investment Disputes». En *Indian Journal of International Law*, 1979, pp. 177-181; Delaume, G. «Le Centre International…», *loc. cit.*, pp. 800 y ss; Mauro, M. R. «Nuove questioni in tema di arbitrato tra stato e investitore straniero nella recente giurisprudenza dei tribunali DELL'ICSID». En *Riv. Dir. Int. Pr. Proc.*, n.° 1, 2006, pp. 75-80.

[30] *Vide* Delaume, G. R. «How to Draft an Icsid Arbitration Clause». En *Icsid Review-Foreign Investment Law Journal*, vol. 7, n.° 1, 1992, p. 182; y Bliesener, D. H. «La compétence du Cirdi dans la pratique arbitrale». En *Revue de droit international et du droit comparé*, 1991, n.° 95, p. 100.

[31] Informe de los Directores Ejecutivos, p. 10. Este extremo ha sido reconocido por el tribunal arbitral *Fedax c/ Venezuela* (jurisdicción), párr. 22; también, posteriormente en el caso *Tokios Tokelès c. Ucrania* (jurisdicción), párr. 73. *Vide* también el asunto *Malaysian Historical Salvors, SDN, BHD c/ Malasia*, tanto la decisión

implica que cuando el arbitraje esté fundado en un tratado de inversión será relevante el concepto de inversión que prevea tal instrumento.

Tratándose de un concepto indeterminado y flexible, éste ha sido objeto de numerosos debates y ha dado pie a opiniones divergentes, tanto en la práctica arbitral como en la doctrina. Sin embargo, la determinación de lo que debe entenderse por inversión no debería dejarse, exclusivamente, en manos de la autonomía de la voluntad de las partes. Esto es, para no desvirtuar la jurisdicción limitada del Ciadi y, por lo tanto, su especialidad, resulta necesario reconocer que el concepto de inversión tiene unos contornos objetivos, aunque sean difusos, lo que debe llevar a rechazar la jurisdicción respecto a litigios que versen, por ejemplo, sobre transacciones comerciales ordinarias y cualquier otra actividad que escape claramente de un concepto amplio de inversión.[32]

Todos los años de experiencia que acumula el Ciadi han servido para que los tribunales arbitrales hayan ido paulatinamente definiendo

---

sobre jurisdicción, del 17 de mayo del 2007, como en la decisión del Comité de anulación, del 16 de abril del 2009.

[32] En este sentido se expresa, también, el Informe de los Directores Ejecutivos en su párr. 25, al afirmar que «aunque el consentimiento de las partes constituye un requisito previo esencial para dar jurisdicción al Centro, el mero consentimiento no es suficiente para someter una diferencia a su jurisdicción. En concordancia con la finalidad del Convenio, la jurisdicción del Centro resulta además limitada por la naturaleza de la diferencia y de las partes». *Vide Joy Mining c/ Egipto* (jurisdicción), párr. 49 y ss. MANCIAUX, S. *Investissements étrangers et arbitrage…*, *op. cit.*, pp. 48-53, considera que primar el valor del consentimiento de las partes supone confundir la competencia como poder jurisdiccional y la competencia como aptitud de una jurisdicción para conocer de una diferencia. YALA, F. «La notion d'investissement dans la jurisprudence du Cirdi…», *loc. cit.*, p. 296; BLIESENER, D. H. «La compétence du Cirdi…», *loc. cit.*, p. 101; MAURO, M. R. «Nuove questioni...», *loc. cit.*, pp. 78-90, recuerda que el Secretario del Ciadi rechazó en 1985 el registro de una solicitud de arbitraje que versaba sobre una controversia relativa a una compraventa de mercaderías porque dicha transacción no podía ser calificada como inversión a efectos del Convenio de Washington. Y ello a pesar de que la solicitud de arbitraje estaba fundamentada en un Appri que preveía el arbitraje del Ciadi e incorporaba la venta de mercaderías dentro de su definición de inversión.

los contornos o límites objetivos del concepto de inversión previsto en el artículo 25.[33] Un grupo de decisiones arbitrales del Ciadi (*Salini c/ Marruecos*, *Lesi-Dipenta c/ Argelia* y *Bayindir c/ Pakistán*, entre otros) han identificado varios criterios, conocidos como el «Salini Test»,[34] que deben cumplirse para que una actividad económica pueda considerarse inversión a efectos del Convenio de Washington. Conforme a estos criterios, debe existir una contribución económica, el proyecto debe tener una cierta duración, quien realiza la inversión debe asumir riesgos y, finalmente, la inversión debe suponer una contribución al desarrollo del Estado receptor.[35] Sin embargo, estos criterios no han reunido la aprobación unánime en la «jurisprudencia» del Ciadi, habiéndose puesto de manifiesto, de forma nítida, esta divergencia de opiniones en la decisión del Comité *ad-hoc* en el asunto *Malaysian Historical Salvors c/ Malasia*. Los principales desacuerdos hacen referencia a la obligatoriedad legal de estos criterios como condiciones de jurisdicción y, de forma particular, a la exigibilidad del criterio de la contribución al desarrollo del Estado receptor.

El arbitraje del Ciadi es un arbitraje especializado, porque sólo conoce de controversias de carácter mixto, esto es, de aquéllas que tengan

---

[33] Gaillard, E. «Centre International pour le Reglement des Differends Relatifs aux Investissements (Cirdi). Chronique des sentences arbitrales». En *Journ. Dr. Int.*, n.° 1, 2006, p. 364, habla de una corriente que «*estime que la notion d'investissement fait l'objet d'une véritable définition, même si celle-ci n'a pas été explicitée dans la Convention autrement que par l'usage de ce terme*».

[34] *Salini c/ Marruecos* (jurisdicción), párr. 50 y ss. Vide Yala, F. «La notion d'investissement dans la jurisprudence du Cirdi…», *loc. cit.*, pp. 283-291; también, las observaciones de Gaillard, E. «Centre international pour le reglement des differends relatifs aux investissements (Cirdi). Chronique des sentences arbitrales», *journ. dr. int.*, n.° 1, 2002, pp. 210-214, para quien el tribunal arbitral ha retenido una definición relativamente exigente de la noción de inversión —p. 211—. Manciaux, S. *Investissements étrangers et arbitrage… Op. cit.*, pp. 63-76.

[35] *Vide Bayindir c/ Pakistán* (jurisdicción), párr. 130 y ss.; *Lesi-Dipenta c/ Argelia* (laudo), párrs. 13-15; *Joy Mining c/ Egipto* (jurisdicción), párr. 53.

como partes a un Estado contratante[36] y nacionales de otro Estado contratante.[37] Serán nacionales de un Estado contratante todas las personas físicas y jurídicas que ostenten su nacionalidad. En el caso de las personas naturales, esta nacionalidad debe ser la misma en la fecha en que las partes consienten someter la diferencia a arbitraje y en la fecha de registro de la solicitud de arbitraje;[38] sin embargo, si en alguno de estos dos momentos la persona también tuviera la nacionalidad del Estado parte en la diferencia, el Ciadi no tendría jurisdicción respecto a dicha controversia. En cuanto a la nacionalidad de las personas jurídicas, la única fecha que debe tomarse en consideración es la de la prestación del consentimiento.[39]

Uno de los aspectos destacables respecto al vínculo de nacionalidad viene recogido en el artículo 25.2(b) *in fine* del Convenio de Washington,

---

[36] El artículo 25 del Convenio del Ciadi señala que una de la parte debe ser un Estado Contratante «o cualquiera subdivisión política u organismo publico de un Estado Contratante acreditados ante el Centro por dicho Estado». Al respecto, *vide* AMERASINGHE, C.F. «The Jurisdiction of the…». *Loc. cit.*, pp. 181-194; MANCIAUX, S. *Investissements étrangers et arbitrage… Op. cit.*, pp. 108-121; HIRSCH, M. *The Arbitration Mechanism… Op. cit.*, pp. 62-73; LARSEN, C. «Icsid Jurisdiction: The Relationship of Contracting States to Sub-States Entities». En *Arbitrating Foreign Investment Disputes. Procedural and Substantive Legal Aspects* (N. Horn, ed.). La Haya, 2004, pp. 353-386; SCHREUER, Ch. *The Icsid Convention... Op. cit.*, pp. 148 y ss.

[37] Respecto al ámbito de aplicación personal del Convenio Ciadi *vide*, en general, AMERASINGHE, C.F. «Jurisdiction *Ratione Personae* under the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States». En *BYIL*, vol. 47, 1974-75, pp. 227-267; SCHREUER, Ch. *The Icsid Convention... Op. cit.*, pp. 422-607.

[38] Se entiende que, a diferencia de lo que ocurre en la protección diplomática, no resulta necesaria la continuidad de la nacionalidad entre las dos fechas mencionadas. *Vide* SCHREUER, Ch. *The Icsid Convention... Op. cit.*, p. 274; AMERASINGHE, C. F. «The Jurisdiction of the…». *Loc. cit.*, pp. 206-208.

[39] En cuanto a la nacionalidad de la personas jurídicas *vide* AMERASINGHE, C.F. «*The Jurisdiction of the*…». *Loc. cit.*, pp. 209 y ss.; MANCIAUX, S. *Investissements étrangers et arbitrage… Op. cit.*, pp. 144 y ss.; HIRSCH, M. *The Arbitration Mechanism… Op. cit.*, pp. 81 y ss.

donde se dispone que se entenderá como nacional de otro Estado contratante toda persona jurídica que teniendo en la fecha de la prestación del consentimiento la nacionalidad del Estado parte en la disputa, «las partes hubieren acordado atribuirle tal carácter, a los efectos de este Convenio, por estar sometidas a control extranjero». Esta previsión permite a los Estados, si es su voluntad, dotar de relevancia al elemento del control extranjero, de modo que las empresas controladas por sociedades extranjeras puedan valerse del mecanismo arbitral del Ciadi[40] frente al Estado cuya nacionalidad ostentan.

La utilidad de esta disposición queda patente en los supuestos de «sociedades Calvo»,[41] es decir, en aquellos casos en los que los Estados receptores de la inversión, con el fin de ejercer un mayor control o supervisión, exigen la creación una sociedad local para que la inversión pueda llevarse a cabo;[42] también para facilitar o favorecer la constitución de filiales, si los inversores consideran interesante como forma de integrarse en un mercado extranjero, sin que ello suponga la renuncia a derechos como la posibilidad de recurrir al Ciadi.[43]

---

[40] Sobre el tema vide Sacerdoti, G. «Foreign and foreign-owned corporations in international economic law». En *Foreign Investment in the Present and a New International Economic Order* (D.C. Dicke, ed.). Suiza, 1987, pp. 289-309.

[41] El artículo 11 del *proyecto de artículos sobre protección diplomática* de la CDI, párr. 12, doc. A/61/10, (58.° período de sesiones, 2006), señala que estas sociedades se conocen como «sociedades Calvo», porque la finalidad de su constitución es preservarlas de la aplicación de las normas de Derecho Internacional.

[42] Bliesener, D.H. «*La compétence du Cirdi…*». *Loc. cit.*, pp.115-123; Schreuer, Ch. *The Icsid Convention... Op. cit.*, pp. 290-291; Manciaux, S. *Investissements étrangers et arbitrage… Op. cit.*, pp. 155-181.

[43] Laviec, J.P. *Protection et promotion des investissements. Etude de droit international économique*. Ginebra, Presses Universitaires de France, 1985, p. 282; Bliesener, D.H. «La compétence du Cirdi…». *Loc. cit.*, p. 115; Lalive, P. «The first "World Bank" arbitration (*Holiday Inns vs. Morocco*) - some legal problems». En *BYIL*, 1980, pp. 129-130.

Para que el elemento del control extranjero entre en juego resulta necesario el acuerdo entre las partes en tal sentido.[44] Siempre y cuando la intención de las partes fuere clara, éste podría ser un acuerdo implícito, tal y como ha sido reconocido por la práctica arbitral del Ciadi,[45] incluso de manera demasiado laxa, podría decirse, en los asuntos *Klöckner c/ Camerún* y *Letco c/ Liberia*.[46] Por otra parte, el elemento del control extranjero exige, evidentemente, que exista un control sobre la sociedad local.[47] La existencia de control, por lo tanto, es un requisito de carácter objetivo sin el cual no se encuentra justificada la jurisdicción del Ciadi, ni cabe acuerdo válido de las partes en tal sentido,[48] circunstancia que

---

[44] *Vide,* como ejemplo, la decisión de *Soabi c/ Senegal*, jurisdicción, párr. 30.

[45] En la decisión sobre jurisdicción del caso *Holiday Inns c/ Marruecos*, el tribunal señaló que «*an implied agreement would only be acceptable in the event that the specific circumstances would exclude any other interpretation of the intention of the parties, which is not the case here*»; *apud.* SCHREUER, Ch. *The Icsid Convention... Op. cit.*, pp. 296-297. *Vide* LALIVE, P. «The first "*World Bank" arbitration*…». *Loc. cit.*, p. 141.

[46] Estos tribunales han considerado que la inclusión de una cláusula Ciadi en el contrato celebrado entre el Estado y la sociedad local implica prueba suficiente de la voluntad que exige el Convenio del Ciadi. En el asunto *Klöckner c/ Camerún* (laudo), *ILR*, 1999, p. 164, por ejemplo, el Tribunal afirmó que «*the insertion of an Icsid clause by itself presupposes and implies that the parties were agreed to consider Socame at the time to be a company under foreign control, thus having the capacity to act in Icsid arbitration. This is an acknowledgment which completely excludes a different interpretation of the parties' intent. Inserting this clause in the Establishment Agreement would be nonsense if the parties had not agreed that, by reason of the control then exercised by foreign interests over Socame, said Agreement could be made subject to Icsid jurisdiction*». En la misma línea: *Letco c/ Liberia* (laudo), *ILM*, 1987, pp. 11-16. *Vide* BLIESENER, D.H. «*La compétence du Cirdi*…». *Loc. cit.*, pp. 121-123; KUNDMÜLLER CAMINITI, F. *et al.*, «El arbitraje del Ciadi…». *Loc. cit.*, pp. 83-84. De todos modos, cuando el consentimiento arbitral derive de un tratado de inversión o de la legislación interna, la argumentación de los tribunales arbitrales mencionados no resulta válida; *vide* MANCIAUX, S. *Investissements étrangers et arbitrage… Op. cit.*, p. 175.

[47] Respecto a las dificultades que origina el concepto de «control» *vide*, AMERASINGHE, C.F. «*The Jurisdiction of the*…». *Loc. cit.*, pp. 220-223.

[48] MAURO, M.R. «*Nuove questioni*...». *Loc. cit.*, p. 82; SCHREUER, Ch. *The Icsid Convention... Op. cit.*, p. 308; BLIESENER, D.H. «*La compétence du Cirdi*…». *Loc. cit.*, p. 121.

ha sido puesta de manifiesto, por ejemplo, en el asunto *Vacuum Salt c/ Ghana*.[49]

El acuerdo de las partes sólo cabe cuando existe un control extranjero real. Ahora bien, tanto la doctrina como la práctica arbitral se han mostrado divididas respecto a si este control debe incluir sólo supuestos de control directo o, también, situaciones de control indirecto. Esta división ha quedado patente en las decisiones *Amco c/ Indonesia* —donde el tribunal se pronunció en contra de extender el alcance del artículo 25.2.b) a los supuestos de control indirecto—[50] y *Soabi c/ Senegal* —que decidió a favor de la extensión—.[51]

Según el artículo 25, la jurisdicción del Ciadi se extiende a «diferencias de naturaleza jurídica». Esta expresión, según el Informe de los Directores Ejecutivos, se ha utilizado para dejar claro que la jurisdicción del Ciadi comprende «los conflictos de derechos, pero no los simples conflictos de intereses»; las controversias deben versar sobre la existencia o el alcance de un «derecho u obligación de orden legal» o sobre la naturaleza o el alcance de las reparaciones derivadas de tales obligaciones o derechos.[52] Se ha dicho que para poder calificar una diferencia como

---

[49] *Vacuum Salt c/ Ghana* (laudo), párr. 36: «[…] *the parties' agreement to treat Claimant as a foreign national "because of foreign control" does not* ipso jure *confer jurisdiction. The reference in article 25(2)(b) to "foreign control" necessarily sets an objective Convention limit beyond which Icsid jurisdiction cannot exist and parties therefore lack power to invoke same no matter how devoutly they may have desired to do so».* Sobre este caso, *vide* Broches, A. «*Denying Icsid's Jurisdiction. The Icsid award in Vacuum Salt Products Limited*». En *J. Int'l. Arb.*, 1996, vol. 13, n.º 3, pp. 21-30.

[50] *Amco c/ Indonesia* (jurisdicción) *ILM*, 1984, pp. 362 y ss.

[51] *Soabi c/ Senegal* (laudo), párr. 35 y ss. En cuanto a la doctrina parece que la mayoría se ha decantado por la posición adoptada en el asunto *Soabi c/ Senegal.* Entre ellos: Delaume, G.R. «*How to Draft…*». *Loc. cit.*, p. 178; Bliesener, D.H. «*La compétence du Cirdi…*». *Loc. cit.*, p. 119; Amerasinghe, C.F. «*Interpretation of article 25(2)(b) of the Icsid Convention*». *International Arbitration in 21st Century: Towards Judicicialization and Uniformity?* (R.B. Lillich y C. N Brower, eds.), 1994, p. 236; Hirsch, M. *The Arbitration Mechanism… Op. cit.*, p. 104.

[52] Informe de los Directores Ejecutivos, pp. 9-10.

jurídica lo relevante es la posibilidad de aplicar al caso principios de Derecho, y no tanto si el derecho objeto del litigio tiene su origen en un contrato, en el Derecho Interno o en el Derecho Internacional.[53]

Las diferencias morales, comerciales, de naturaleza política, así como las cuestiones de hecho quedan fuera del ámbito jurisdiccional del Ciadi, tal y como ha sido confirmado en la decisión del tribunal arbitral en el asunto *Fedax c/ Venezuela*.[54] Sin embargo, no siempre será tarea fácil marcar la frontera que separa las disputas legales y conflictos de otro tipo. Por ejemplo, tratándose de disputas que versan sobre conflictos de intereses, la renegociación de los términos de los contratos quedará fuera de la jurisdicción del Ciadi, a no ser que por concurrir cláusulas *hardship* o cláusulas de nación más favorecida exista un derecho legal de renegociación o reajuste del contrato.[55] De todos modos, el hecho de que una disputa de naturaleza jurídica tenga al mismo tiempo

---

[53] AMADIO, M. *Le contentieux international de l'investissement privé et la Convention de la Banque Mondiale du 18 Mars 1965*. París, 1967, pp. 93 y ss. En el mismo sentido, REUTER, V. «*Reflexion sur la compétence du Cirdi*». *Investissements étrangères et arbitrage entre Etats et personnes privées. La Convention B.I.R.D. du 18 mars 1965.* París, 1969, pp. 16-17; KOVAR, R. «La compétence du Centre International pour le Règlement des différends relatifs aux investissements». En *Investissements étrangères et arbitrage entre Etats et personnes privées. La Convention B.I.R.D. du 18 mars 1965*. París: Pedone, 1969, pp. 28-36 y BLIESENER, D.H. «*La compétence du Cirdi*…». *Loc. cit.*, p. 99; AMERASINGHE, C.F. «*The Jurisdiction of the*…», *loc. cit.*, p. 173.

[54] *Fedax c/ Venezuela* (jurisdicción), párr. 15; *Vide* MANCIAUX, S. *Investissements étrangers et arbitrage… Op. cit.*, pp. 37-39.

[55] *Cf.* DELAUME, G.R. «*How to Draft*…», *loc. cit.*, p. 181; DELAUME, G.R. «*Le Centre International*…». *Loc. cit.*, pp. 799-800. Respecto a la posibilidad de que, en ciertos casos, la renegociación de los contratos pueda constituir una diferencia legal a efectos del Convenio, mantiene igual opinión LAUTERPACHT, E. «Th*e World Bank Convention on the Settlement of Internantional Disputes*». En *Recueil d'études de droit international en Homage à Paul Guggenheim*. Ginebra, 1968, p. 644. Sobre el papel del arbitraje Ciadi en los litigios relativos a la renegociación de contratos, *vide* BERNARDINI, P. «*The Renegotiation of the Investment Contract*». En *Icsid Review-Foreign Investment Law Journal*, 1998, vol. 13, n.° 2, pp. 423-425; KRÖLL, S. «*The Renegotiation and Adaptation of Investment Contracts*». En *Arbitrating Foreign*

implicaciones políticas no debería desvestirla de su carácter legal.[56] La diferencia tampoco debería perder su carácter jurídico cuando las partes hayan acordado que el tribunal arbitral decida su diferencia *ex aequo et bono* —permitido por el artículo 42.3— o aplicando principios generales del Derecho.[57]

2.2. Autonomía del Ciadi

La autonomía constituye un segundo rasgo fundamental que explica la especialidad del arbitraje del sistema Ciadi. Esta autonomía se manifiesta en el origen convencional de la institución, que hunde sus raíces en el Derecho Internacional[58] y, de manera muy particular, en la autosuficiencia del mecanismo arbitral durante el desarrollo de los procedimientos. No obstante, se ha de advertir que esta autonomía no es absoluta, sino relativa.

Someter una diferencia a arbitraje supone extraerla de la jurisdicción de los tribunales estatales.[59] No obstante, en los arbitrajes comerciales internacionales los tribunales internos siguen desempeñando un papel de apoyo, asistencia o colaboración fundamental durante el desarrollo del

---

Investment Disputes. Procedural and Substantive Legal Aspects (N. Horn, ed.). La Haya, 2004, pp. 452 y ss.

56 Tal y como poner de relieve Amerasinghe, C.F. «*The Jurisdiction of the…*». *Loc. cit.*, p. 174, «*there is good authority for believing that in the absence of an express exclusion in the Convention itself, a dispute which is otherwise legal would not cease to be legal for the purpose of the Court's jurisdiction on account of political significance, motivation or implications or other political associations or elements*».

57 Schreuer, Ch. «*Decisions Ex Aequo et Bono Under the Icsid Convention*». En *Icsid Review-Foreign Investment Law Journal*, 1996, vol. 11, n. °1, pp. 41-42; Schreuer, Ch. *The Icsid Convention... Op. cit.*, p. 109; Es de la misma opinión Amerasinghe, C. F. «The Jurisdiction of the…». *Loc. cit.*, p. 177.

58 Álvarez Ávila, G. «Las características…». *Loc. cit.*, pp. 218-219, destaca, siendo una organización internacional, reglas de arbitraje del Ciadi están previstas en un tratado internacional, lo que hace que sean independientes de cualquier Derecho Interno.

59 Ley n.° 60/2003 de arbitraje, artículo 11.1.

procedimiento arbitral.[60] Así, los tribunales internos podrán intervenir en caso de desacuerdo entre las partes en la designación de los árbitros, durante la práctica de pruebas, cuando se solicita la adopción de medidas cautelares, cuando alguna de las partes interpone una acción de anulación contra el laudo, para el exequátur del laudo arbitral o en supuestos de ejecución forzosa de las decisiones arbitrales.[61] La participación de los tribunales estatales, por lo tanto, resulta necesaria, en muchos casos, para asegurar la eficacia del propio arbitraje, así como del laudo resultante. Esta necesaria colaboración entre los árbitros y los tribunales internos hace que la selección del lugar de arbitraje sea una decisión relevante para el éxito del arbitraje, porque de ello dependerá también la determinación de la *lex arbitri*.[62]

---

60 Artículo 8 de la Ley n.° 60/20063 de arbitraje. Tal y como pone de relieve CREMADES, B.M. «El arbitraje en la doctrina constitucional española». En *Lima Arbitration*, n.° 1, 2006, p. 189, «la potestad jurisdiccional del árbitro no tiene el mismo alcance que la otorgada por la Ley a los Juzgados y Tribunales, ya que frente a la del poder de los jueces de ejecutar lo juzgado, el árbitro necesitará del auxilio judicial, cuando la voluntad de las partes resulte insuficiente para llevar a buen fin el procedimiento, o para cumplir lo decidido en el laudo».

61 Sobre la participación de los tribunales estatales en los procedimientos arbitrales, *vide*, en especial, FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. «*Le rôle des juridictions étatiques devant l'arbitrage commercial international*». En *R. des C.*, 2002, tomo 290, pp. 9-224; FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. «Arbitraje y jurisdicción: una interacción necesaria para la realización de la justicia». En *Derecho Privado y Constitución*, 2005, n.° *19,* pp. 55-91; BUCHER, A. «*Court Intervention in Arbitration*». En *International Arbitration in the 21st Century: Towards «Judicialization» and Uniformity?* (R.B. Lillich y C.N. Brower, eds.). Nueva York: Transnational Publishers, 1994, pp. 29-44.

62 *Vide* FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. «Determinación del lugar de arbitraje y consecuencias del control del laudo por el tribunal de la sede arbitral». En *Lima Arbitration*, 2007, n.° *2,* pp. 25-62; FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. «El arbitraje comercial internacional entre la autonomía, la anacionalidad y la deslocalización». En *REDI*, vol. LVII, 2005, n.° 2, pp. 614 y ss.; BROWER, Ch. *«The Place of arbitration».* En *International Investment Law and Arbitration; Leading Cases from the Icsid, Nafta, Bilateral Treaties and Customary International Law* (T. Weiler, ed.), Gran Bretaña, 2005, pp. 151-167; AGUILAR ÁLVAREZ, G. y W. W. PARK. «The New Face of Investment Arbitration: Nafta Chapter 11».En *Lima Arbitration*, n.° 1, 2006, pp. 25-29, destaca la relevancia del papel que cumplen los tribunales internos y, por lo

La autonomía del arbitraje Ciadi es, en gran medida, deudora de la autosuficiencia de su procedimiento. Una de las consecuencias más importantes de esta autosuficiencia es que a diferencia de lo que sucede en el arbitraje comercial internacional, la asistencia o participación de los tribunales internos durante el desarrollo del arbitraje es mínima. Es, justamente, esta circunstancia la que ha llevado a afirmar que la «verdadera originalidad» del Ciadi reside en la desvinculación casi total de su procedimiento arbitral, en todas sus fases, respecto a los ordenamientos jurídicos internos,[63] y a definirlo como una *self-contained machinery*.[64] Debido a esta desvinculación casi absoluta con los tribunales internos se ha presentado como un ***«arbitraje-laudo arbitral deslocalizado»***,[65] haciendo prácticamente irrelevante el factor del lugar de arbitraje, siempre y cuando se trate del territorio de un Estado contratante en el Convenio de Washington.[66]

El Convenio Ciadi prevé un sistema de constitución de tribunales arbitrales totalmente independiente de los tribunales internos; cuando una de las partes en la disputa pretenda obstaculizar su constitución, negándose a colaborar en el nombramiento de los árbitros, el Convenio

---

tanto, también la determinación del lugar de arbitraje, en los arbitrajes originados en el marco del Tlcan, al no resultar aplicable el Convenio del Ciadi.

63 *Cf.* Manciaux, S. *Investissements étrangers et arbitrage… Op. cit.*, pp. 11-13; en este sentido, Hirsch, M. *The Arbitration Mechanism… Op. cit.*, p. 19 ha señalado que «one of the most outstanding characteristics of this arbitration institution is its independence from domestic legal system».

64 Delaume, G. «Arbitration with Governments: "Domestic" vs. "International" Awards». En *International Lawyer*, vol. 17, n.° 4, 1983, p. 693; Delaume, G. «Icsid Arbitration and the Courts». En *AJIL*, vol. 77, n.° 4, 1983, pp. 784-803.

65 *Cf.* Fernández Rozas, J. C. «El arbitraje comercial internacional entre la autonomía, la anacionalidad y la deslocalización». En *REDI*, vol. lvii, n.° 2, 2005, p. 608; Bucher, A. «Court Intervention…», *loc. cit.*, pp. 42-43.

66 Es un arbitraje autónomo y autosuficiente que no necesita la colaboración de los tribunales internos para su desarrollo, lo que le ha llevado a afirmar a Delaume, G. R. «How to Draft…», *loc. cit.*, p. 187, que el lugar del arbitraje es «legally immaterial and its determination is merely one of convenience, provided of course that the place is within the territories of an Icsid Contracting State».

cuenta con mecanismos suficientes para que éste llegue a constituirse en un plazo razonable.[67]

Los tribunales arbitrales del Ciadi tienen la facultad de recomendar la adopción de medidas provisionales que consideren necesarias para salvaguardar los derechos de las partes. Sólo serán privados de esta facultad si así lo acuerdan las partes contendientes.[68] Los tribunales arbitrales podrán recomendar medidas provisionales tanto a instancia de parte como de oficio, después de dar a las partes la oportunidad de hacer observaciones. Ahora bien, ¿pueden los tribunales internos adoptar o recomendar medidas cautelares en controversias sometidas al Ciadi? Los principales reglamentos de otras modalidades de arbitraje suelen prever la competencia compartida de los árbitros y los tribunales internos para la adopción de medidas cautelares.[69] La propia Ley española de arbitraje, en su artículo 11.3, dice que «el convenio arbitral no impedirá a ninguna de las partes [...] solicitar de un tribunal la adopción de medidas cautelares ni a éste concederlas». Sin embargo, ésta ha sido, en el pasado, una cuestión de interpretación controvertida, habiéndose discutido si la facultad de recomendar medidas provisionales era o no de la competencia exclusiva de los tribunales del Ciadi.[70]

La modificación de la regla 37 del Reglamento de Arbitraje terminó aclarando este aspecto. Según su apartado 6, las partes sólo podrán solicitar a los tribunales internos la adopción de medidas provisionales cuando así lo hayan estipulado en el convenio que registre su

---

67 Artículos del 37 al 40 del Convenio de Washington.

68 Artículo 47 del Convenio de Washington y Regla 39 del Reglamento de Arbitraje.

69 Véanse, el artículo 23.2 del Reglamento de Arbitraje de la CCI, el artículo 21.3 del Reglamento de Arbitraje Internacional de la AAA y el artículo 32.4 de las Reglas de Arbitraje del Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo. *Vide* Fernández Rozas, J. C. «Arbitraje y justicia cautelar». En *RCEA*, vol. xxii, 2007, pp. 23-60.

70 *Vide* Schreuer, C. H. *The Icsid Convention... Op. cit.*, p. 376.

consentimiento.[71] De otro modo, se entiende que las partes únicamente podrán solicitar estas medidas provisionales al tribunal arbitral.

El principal exponente de la autosuficiencia y, por ende, de la autonomía del arbitraje Ciadi, es el sistema de recursos propios que incorpora el Convenio de Washington. No cabe interponer ningún tipo de recurso ante los tribunales internos de los Estados contra las decisiones que hayan podido dictar los tribunales arbitrales del Ciadi. Los únicos recursos posibles son los que están expresamente previstos en el Convenio.[72]

De este modo, si entre las partes surge una diferencia acerca del sentido o alcance del laudo, cualquiera de ellas podrá solicitar la aclaración ante el Ciadi.[73]

Por otra parte, cualquiera de las partes podrá solicitar la revisión del laudo ante el Ciadi en las siguientes circunstancias: cuando la petición esté fundada en el descubrimiento de algún hecho decisivo para el laudo, y siempre y cuando en el momento de dictarse el laudo, este hecho fuera desconocido por esta parte —no como consecuencia de su propia negligencia— y por el tribunal.[74]

Por último, cualquiera de las partes podrá pedir la anulación del laudo en aquellos supuestos que concurra alguna de las causas de nulidad previstas en el Convenio: la constitución incorrecta del tribunal, la

---

71 Delaume, G. R. «How to Draft…». *Loc. cit.*, p. 188.

72 El artículo 53.1 del Convenio de Washington: «El laudo será obligatorio para las partes y no podrá ser objeto de apelación *ni de cualquier otro recurso*, excepto en los casos previstos en este Convenio» (énfasis añadido). Lauterpacht, E. «The World Bank...». *Loc. cit.*, pp. 650-651, en referencia a los recursos previstos en el Convenio afirma que «clearly indicate that the intention was that the system established by the Convention should be self-contained and independent of the local legal system».

73 Artículo 50 del Convenio de Washington.

74 Artículo 51 del Convenio de Washington.

extralimitación manifiesta del tribunal en sus facultades, la corrupción de algún miembro del tribunal, el quebrantamiento grave de una norma de procedimiento y el silencio del laudo respecto a los motivos en que se funda.[75]

A diferencia de lo que sucede en otros arbitrajes, en el sistema Ciadi el recurso de anulación se interpone ante la propia institución;[76] en ningún caso cabe formularla ante tribunales internos.[77] El presidente del Ciadi será el encargado de constituir la Comisión *ad-hoc* que decidirá sobre el recurso. Esta Comisión estará integrada por miembros que no hayan pertenecido al tribunal que dictó el laudo objeto del recurso. La función de estos comités *ad-hoc* ha de ser valorada teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 53 del Convenio. Este precepto dispone que los laudos no podrán ser «objeto de apelación ni de cualquier otro recurso», salvo en los casos previstos en el Convenio. Del artículo 53 se deduce que el recurso de anulación no es un recurso de apelación y, por

---

75 Artículo 52 del Convenio de Washington.

76 Sobre al recurso de anulación del Ciadi, vide la obra colectiva *Annulment of Icsid Awards* (E. Gaillard y Y. Banifatemi, eds.). Nueva York, 2004. También, BJORKLUND, A.K. «The Continuing Appeal of Annulment?: Lessons from *Amco Asia* and *CME*». *En International Investment Law and Arbitration; Leading Cases from the Icsid, Nafta, Bilateral Treaties and Customary International Law* (T. Weiler, ed.). Londres, 2005, pp. 471-521.

77 Es ésta una de las diferencias fundamentales del arbitraje Ciadi y demás mecanismos arbitrales que operan en materia de inversiones. Los laudos del Ciadi en el marco del Convenio de Washington sólo pueden ser sometidos a los comités de anulación *ad-hoc* previstos en el propio Convenio; en otros arbitrajes, las reclamaciones de anulación se interpondrán ante los tribunales internos de los Estados. Al respecto, *vide,* por ejemplo, ÁLVAREZ, H.C. «Setting Aside Additional Facility Awards: The Metalclad Case». En *Annulment of Icsid Awards* (E. Gaillard y Y. Banifatemi, eds.). Nueva York: Juris Publishing, 2004, pp. 267-288; VAN DEN BERG, A. «Annulment of Awards in International Arbitration». En *International Arbitration in the 21st Century: Towards «Judicialization» and Uniformity?* (R.B. Lillich y C.N. Brower, eds.). Nueva York: Transnational Publishers, 1994, pp. 133-162; LÉVESQUE, C. «Investissement». En *CYIL*, vol. XLII, 2004, pp. 480-485.

lo tanto, tampoco la función de los comités *ad-hoc* será actuar como si fueran instancias de apelación.

Sin embargo, precisamente, ha sido esta cuestión el origen de las principales críticas vertidas contra el recurso de anulación. Las primeras decisiones de anulación del Ciadi (en los asuntos *Klöckner c/ Camerún* y *Amco Asia c/ Indonesia*) fueron criticadas por la doctrina, justamente, por considerar que los comités *ad-hoc* habían traspasado los límites establecidos en el Convenio. Se les reprochaba haber entrado a revisar el fondo de los laudos recurridos y haber actuado, por lo tanto, como si fueran órganos de apelación.[78] La práctica posterior de los comités de anulación ha reconducido la desconfianza creada por estas primeras decisiones, mediante la delimitación y mayor precisión de sus funciones.

---

[78] Ciertamente, las críticas son fundadas. Permitir la revisión del fondo del laudo podría contribuir a aumentar el número de recursos interpuestos. Ello iría en contra del espíritu del propio mecanismo que, en principio, se presenta como algo excepcional si se atiende a las causas tasadas del artículo 52. Por otra parte, la anulación de un laudo abriría la puerta, en virtud del artículo 52.6, a la presentación de una nueva demanda arbitral ante un nuevo tribunal del Ciadi, situándose la controversia en el inicio de un nuevo procedimiento, retrasando, de este modo, la resolución definitiva de la disputa hasta el punto de afectar gravemente a los intereses de las partes y desvirtuar la función de los tribunales del Ciadi, así como el carácter definitivo de sus laudos. *Vide* Schwartz, E.A. «*Finality at What Cost*? *The Decision of the Ad-Hoc Committee in Wena Hotels vs. Egypt*». En *Annulment of Icsid Awards* (E. Gaillard y Y. Banifatemi, eds.). Nueva York, 2004, p. 45; también, Delaume, G.R. «*How to Draft…*». *Loc. cit.*, pp. 188 y ss. Respecto a las críticas realizadas a las decisiones de las comisiones *ad-hoc* en los asuntos *Klöckner c/ Camerún* y *Amco Asia c/ Indonesia*, *vide* Bjorklund, A.K. «*The Continuing Appeal…*». *Loc. cit.*, pp. 499-506; Broches, A. «*Observations on the Finality of Icsid Awards*» (1991). En *Selected Essays. World Bank, Icsid and other Subjects of Public and Private International Law*. Boston, 1995, pp. 295-356; Reisman, W.M. «Repairing Icsid's Control System: Some Comments on Aron Broches». «*Observations on the Finality of Icsid Awards*». En *Icsid Review-Foreign Investment Law Journal*, vol. 7, n.° 1, 1992, pp. 196-211; la respuesta de Broches, A. «*On the Finality of Awards: a Reply to Michael Reisman*». En *Icsid Review-Foreign Investment Law Journal*, 1993, vol. 8, n.° 1, pp. 92-103; Rambaud, P. «*L'annulation des sentences Klöckner et Amco*». En *AFDI*, 1986, pp. 259-274.

Las decisiones de anulación (por ejemplo, en los asuntos *Vivendi c/ Argentina, Wena Hotels c/ Egipto*, *CDC c/ Seychelles* y *M.C.I. Power Group L.C.* y *New Turbine Inc. c/ Ecuador*) conocidas como de segunda y tercera generación,[79] en consonancia con lo dispuesto en el propio Convenio, y lejos de actuar como órganos de apelación, han adoptado una visión más restrictiva de sus funciones.[80] El Comité *ad-hoc* en el caso *M.C.I. Power Group L.C.* y *New Turbine Inc. c/ Ecuador*, por ejemplo, ha afirmado con rotundidad que los comités *ad-hoc* «no son tribunales de apelación» y que «[s]u misión se limita a controlar la legalidad de los laudos con arreglo a los estándares detallados en forma expresa y taxativa en el artículo 52 del Convenio de Washington. El hecho de que los comités *ad-hoc* no pueden analizar la sustancia de un laudo, sino que sólo pueden analizarlo con respecto a la lista de las causas enumeradas en el artículo 52 del Convenio de Washington, es un principio fundamental. [...] En consecuencia, el papel de un comité *ad-hoc* es limitado, confinado a evaluar la legitimidad de un laudo y no su corrección. Por ejemplo, el comité no puede reemplazar la determinación sobre el fondo de la diferencia del tribunal por la suya [...]».[81]

---

79 *Vide*, en particular, SCHREUER, C. «*Three Generations of Icsid Annulment Preceedings*». En *Annulment of Icsid Awards* (E. Gaillard y Y. Banifatemi, eds.). Nueva York, 2004, pp. 17-42.

80 El Comité *Ad-Hoc* del caso *CDC c/ Seychelles*, párr. 35, ha manifestado que «*since those two Decisions, Klöckner I and Amco Asia I, Ad-Hoc Committees consistently have taken a much more restrictive view of the role of the Ad-Hoc Committee and the annulment process. The so-called «second» and «third» generation annulment decisions (MINE, Vivendi, and Wena Hotels are the published examples) have further crystallized the now apparently generally accepted proposition that «annulment is not a remedy against an incorrect decision» alone. Thus, there has been an evolution in the Icsid annulment case law and scholarship away from Klöckner I and Amoco Asia I that has culminated, in our view correctly, in Ad-Hoc Committees reviewing arbitral proceedings only to the extent of ensuring their fundamental fairness, eschewing any temptation to "second guess" their substantive result*». Estas últimas decisiones —de forma particular en el asunto *Wena Hotels c/ Egipto*— también han sido analizadas desde una posición crítica. *Vide* SCHWARTZ, E.A. «*Finality at What Cost*…». *Loc. cit.*

81 Decisión del Comité *Ad-Hoc*, *M.C.I. Power Group L.C. y New Turbine Inc. c/ Ecuador*, párr. 24.

La autosuficiencia de arbitraje Ciadi frente a los tribunales internos tiene una excepción lógica y evidente en la fase de reconocimiento y ejecución de los laudos en los Estados contratantes. El reconocimiento y la ejecución deben ser solicitados ante los tribunales competentes o ante las autoridades designadas por los Estados contratantes a tal efecto.[82] No obstante, en la fase de reconocimiento y ejecución, el Convenio del Ciadi prevé una intervención mínima de los tribunales internos, al disponer que todos los Estados contratantes tienen el deber de reconocer a los laudos del Ciadi carácter obligatorio y de ejecutar en su territorio las obligaciones pecuniarias impuestas por el laudo «como si se tratare de una sentencia firme dictada por un tribunal existente en dicho Estado».[83] Lo que en la práctica supone la ausencia de exequátur o procedimientos dirigidos al reconocimiento de efectos del laudo.[84] Esta particularidad evita la aplicación de las causas de no reconocimiento todavía subsistentes en el Derecho interno y en la normativa convencional —Convenio de Nueva York de 1958—, como, por ejemplo, la excepción del orden público. Se está, por tanto, ante un régimen de reconocimiento y ejecución realmente sencillo, que no exige más que la presentación de una copia del laudo debidamente certificada por el secretario general.[85]

La autonomía del arbitraje Ciadi contribuye de forma directa a su efectividad. Sin embargo, en la fase final de todo el proceso, que comienza con el consentimiento arbitral y termina con la ejecución del

---

82 Artículo 54.2 del Convenio de Washington.

83 Artículo 54.1 del Convenio de Washington.

84 Delaume, G. «*Le Centre International…*». *Loc. cit.*, pp. 836-837. En opinión de Fadlallah, I. «*La distinction "Treaty claims - Contract claims" et la competence de l'arbitre (Cirdi: faisons-nous fausse route?)*». En *Gazette du Palais - Recueil*, nov-dic 2004, p. 3612, la «superioridad» —la importancia práctica— del Ciadi, frente a los tribunales internos de los Estados, se debe a que existe una dispensa del exequátur. *Vide*, en general, Van den Berg, A.J. «Some Recent Problems in the Practice of Enforcement under the New York and Icsid Conventions». En *Icsid Review-Foreign Investment Law Journal*, 1987, vol. 2, n.° 2, pp. 439-456.

85 Schwartz, E.A. «Finality at What Cost…». *Loc. cit.*, p. 193.

laudo, existe un elemento que hace vulnerable al sistema y, por lo tanto, puede resultar un obstáculo para su eficacia.[86] Ésa no es más que la previsión del artículo 55 del Convenio, según la cual seguirán siendo aplicables las leyes sobre inmunidad de ejecución de los Estados vigentes en los Estados contratantes.[87] De este modo, por una parte, el Estado contra el que se pretende ejecutar un laudo que le imponga una condena pecuniaria podrá hacer valer la inmunidad de ejecución reconocida en la legislación del Estado donde se pretende ejecutar el laudo.[88]

Por otra, la ejecución del laudo en el territorio del Estado condenado dependerá de lo que disponga su Derecho interno. En caso de que la alegación de la inmunidad prospere, ello no significa que desaparezca la obligación del artículo 53 de ejecutar el laudo. Al contrario, dicha obligación subsiste y su incumplimiento supone la violación del Convenio de Washington, lo que podría abrir bien la vía de la protección diplomática, en virtud del artículo 27.1, bien la de la Corte Internacional de Justicia, conforme al artículo 64.[89]

2.3. Exclusividad del arbitraje Ciadi

Se ha dicho que el arbitraje de inversión surge con el propósito de ser una alternativa del esquema tradicional de solución de diferencias, conformado por los tribunales internos y la protección diplomática. La especialidad del Ciadi ha hecho suyo este propósito, constituyéndose

---

86 *Vide* Van den Berg, A.J. «Some Recent Problems…». *Loc. cit.*, pp. 449-451.

87 *Vide* Schreuer, C.H. *The Icsid Convention... Op. cit.,* pp. 1141-1180; Sacerdoti, G. «*La Convenzione di Washington*…». *Loc. cit.*, pp. 645-648.

88 Ha de tenerse en cuenta que el alcance de esta inmunidad puede variar de Estado a Estado. Y ello, tal y como pone de relieve Delaume, G.R. «*How to Draft*…». *Loc. cit.*, p. 194, hace que un laudo pueda ser susceptible de ejecución en un Estado contratante y no lo sea en otro.

89 Schreuer, Ch. *The Icsid Convention... Op. cit.*, p. 1144. En este sentido, *vide* Fernández Rozas, J.C. *Tratado del arbitraje... Op. cit.,* p. 153; Delaume, G. «*Le Centre International*…». *Loc. cit.*, p. 840; Delaume, G. «Icsid Arbitration and the Courts». En *AJIL*, vol. 77, n.º 4, 1983, p. 801.

como un mecanismo de carácter exclusivo. La exclusividad supone, en línea de principio, que cuando un litigio es sometido al Ciadi, esta elección impide llevar esa misma controversia a los tribunales internos, así como ejercer el derecho a la protección diplomática.

El artículo 26 del Convenio Washington dispone que, salvo estipulación en contrario, el consentimiento a favor del arbitraje Ciadi «se considerará como consentimiento a dicho arbitraje con exclusión de cualquier otro recurso».[90] De este artículo se deduce que, si bien las partes pueden acordar otra cosa y, por lo tanto, prima su autonomía de la voluntad, en principio, someter una diferencia al Ciadi supone renunciar a la posibilidad de llevarla ante los tribunales internos de otro Estado. No sólo eso, según este mismo artículo, se presume que no es necesario el agotamiento previo de las vías de recurso internas del Estado parte en la diferencia para que el tribunal del Ciadi pueda entrar a resolver la cuestión litigiosa; la regla del agotamiento previo de los recursos internos sólo será operativa cuando un Estado contratante lo haya exigido como condición de su consentimiento.[91]

---

[90] Respecto al artículo 26, *vide* Schreuer, Ch. *The Icsid Convention... Op. cit.*, pp. 345-396; Broches, A. «Arbitration under the Icsid Convention» (1991). En *Selected Essays. World Bank, Icsid, and other Subjects of Public and Private International Law*. Boston: Martinus Nijhoff, 1995, pp. 439-442; Delaume, G. «*La Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats*». En *Journ. Dr. Int.*, 1966, pp. 36-38.

[91] Informe de los Directores Ejecutivos del Convenio, párr. 32: «Se puede presumir que cuando un Estado y un inversionista acuerdan acudir al arbitraje y no se reservan el derecho de acudir a otras vías, o de exigir el agotamiento previo de otras vías, la intención de las partes es acudir al arbitraje con exclusión de cualquier otro procedimiento». En el mismo sentido, la decisión en el caso *Tokios Tokeles c/ Ucrania* (order n.° 1), párr. 1. Douglas, Z. «*The Hybrid Foundations of Investment Treaty Arbitration*». En *BYIL*, 2004, pp. 240-241, señala que el hecho de que el inversor pueda saltarse el requisito del agotamiento de los recursos internos, sin duda, acrecienta la eficacia del sus derechos de recurrir bajo los tratados internacionales.

La exclusividad del arbitraje del Ciadi también se ha visto reflejada en el artículo 27 del Convenio.[92] El consentimiento al Ciadi implica que el Estado de la nacionalidad del inversor se compromete a no conceder la protección diplomática respecto a las diferencias sometidas a arbitraje. A diferencia de las cláusulas Calvo, esta previsión supone la renuncia al derecho de la protección diplomática por parte del titular del derecho —el Estado—; esta renuncia no contraviene el Derecho Internacional, ya que éste puede ser modificado por vía convencional.[93] Sin embargo, esta renuncia no es absoluta, está condicionada a que el Estado parte en la diferencia, acate y cumpla el laudo dictado. Por ello, parece más adecuado hablar de una suspensión del derecho a ejercer la protección diplomática en lugar de una renuncia.

Por último, el Convenio precisa que «las gestiones diplomáticas informales que tengan como único fin facilitar la resolución de la diferencia», no se considerarán como protección diplomática.

Ser alternativa a algo supone, en cierto sentido, pretender sustituirlo. Sin embargo, la exclusividad del Ciadi, como se ha visto, no es absoluta. El artículo 26, por ejemplo, deja abierta la puerta al agotamiento previo de los recursos internos y el artículo 27 también prevé la posibilidad de la protección diplomática en supuestos muy concretos. De

---

92 Sobre el artículo 27 del Convenio *vide* SCHREUER, Ch. *The Icsid Convention… Op. cit.,* pp. 397-414.

93 CONDORELLI, L. «*La protection diplomatique et l'evolution de son domaine d'aplication*». *Riv. Dir. Int.*, vol. LXXXVI, 2003, pp. 10 y ss. En sus conclusiones este autor considera que la protección diplomática debe entenderse como la expresión de un régimen general flexible, capaz de soportar toda clase de adaptaciones y modulaciones que supongan la derogación de una u otra de las reglas que lo componen (p. 25). *Vide* CONDORELLI, L. «*L'évolution du champ d'application de la protection diplomatique*». En *La protection diplomatique. Mutations contemporaines et practiques nationales* (J.F. Flauss, dir.). Bruselas: Bruylant, 2003, pp. 9 y ss. Algunos tratados bilaterales de inversión también incorporan previsiones mediante las cuales limitan el ejercicio de la protección diplomática cuando la controversia concreta se someta al arbitraje del Centro. *Vide* MIGLIORINO, L. *Gli accordi… Op. cit.,* pp. 203-205.

hecho, la protección diplomática no ha sido desplazada totalmente del sistema del Ciadi.[94] Al contrario, puede decirse que sigue cumpliendo una función fundamental de acuerdo con la lógica de última ratio que inspira este mecanismo.[95]

No obstante, el Ciadi se inspira en la idea de la funcionalidad. La exclusividad relativa del mecanismo es una característica que ayuda a que el Ciadi resuelva en un solo procedimiento litigios que en épocas pasadas eran resueltos en dos fases. En cierto sentido, es posible sostener que el Ciadi pretende, al mismo tiempo, cumplir la función tanto de los tribunales internos como de los mecanismos internacionales de solución de diferencias. Las partes pueden someter al Ciadi controversias relativas a simples incumplimientos de contrato, como litigios que tienen su origen en hechos internacionalmente ilícitos del Estado.

Esta funcionalidad se manifiesta de forma evidente en el artículo 42 del Convenio de Washington. Este artículo señala cuál es el Derecho

---

[94] Condorelli, L. «*La protection diplomatique...*». *Loc. cit.*, pp. 16-17, sostiene que el arbitraje del Ciadi no se debe entender «*comme moyen destiné à remplacer la protection diplomatique, mais comme moyen visant à éviter dans toute la mesure du possible que le besoin en soit ressenti, en souvegardant toutefois sa fonction essentielle d'ultima ratio*». Pustorino, P. «*Recenti sviluppi in tema di protezione diplomatica*». En *Riv. Dir. Int.*, vol. lxxxix, n.° 1, 2006, p. 104, sostiene que la relación entre los instrumentos como el Ciadi y la protección diplomática «*non può essere definito sulla base della prassi in termini di pura alternatività, ma piuttosto di intergrazione e coordinamento reciproco*».

[95] Condorelli, L. «*La protection diplomatique...*». *Loc. cit.*, pp. 17-18; reconociendo el papel fundamental que cumple la protección diplomática en el esquema del Convenio de Washington, dentro de su lógica propia de última *ratio*, Condorelli afirma que, «*cette logique d'ultima ratio est réalisée au moyen de la règle de droit international général relative à l'épuisement préalable des voies de recours internes, alors que dans le domaine couvert par la Convention de Washington cette règle est soumise* […] *à dérogation et se trouve remplacée par une règle spéciale établissant qu'une autre condition doit être réalisée pour que l'action de protection diplomatique soit légitime: ici ce n'est pas l'épuisement des recours interne qui est nécessaire, mais l'épuisement de la voie arbitrale internationale moyennant recours au CIRDI*». *Vide* Condorelli, L. «*L'évolution du champ d'application…*». *Loc. cit.*, pp. 15-18.

que deben aplicar los árbitros para resolver sus litigios. Según éste, el tribunal arbitral aplicará las normas de Derecho que hayan acordado las partes, dando primacía, por lo tanto, a la autonomía de la voluntad de las partes. Sin embargo, en ausencia de acuerdo, el tribunal debe aplicar «la legislación del Estado que sea parte en la diferencia, incluyendo sus normas de Derecho Internacional Privado, y aquellas normas de Derecho Internacional que pudieren ser aplicables». La aplicación conjunta del Derecho Interno y el Derecho Internacional deja entrever la funcionalidad de los tribunales del Ciadi, como instancias donde se resuelven controversias internas e internacionales.[96] Esto ha hecho que algún autor se haya referido a la función intersistémica de los tribunales del Ciadi, incluso, a referirse a los tribunales del Ciadi como tribunales intersistémicos.[97]

3. EL CONSENTIMIENTO: «PIEDRA ANGULAR» DEL ARBITRAJE CIADI

Para que un litigio pueda ser conocido por un tribunal Ciadi no basta que éste caiga dentro de los límites de su jurisdicción. El artículo 25 del Convenio exige, además, que las partes hayan consentido por escrito someterlo al Ciadi. Por su parte, la simple ratificación, aceptación o aprobación del Convenio de Washington no implica que el Estado contratante acepte someter cualquier diferencia futura a arbitraje.[98] Será

---

[96] VIVES CHILLIDA, J.A. *El Centro Internacional de Arreglo… Op. cit.*, p. 258, ha señalado esta misma idea: «En el arbitraje ante el Ciadi, con la aplicación del Derecho del Estado parte en la diferencia y el Derecho Internacional, se unifican en un único procedimiento de solución de diferencias aquellas dos fases de la protección diplomática en el Derecho Internacional general. […]. Desde este punto de vista, el tribunal arbitral del Ciadi actúa con un doble carácter: como tribunal interno del Estado parte en la diferencia que debe aplicar el Derecho de ese Estado y como un tribunal internacional que aplica el Derecho Internacional». Esta circunstancia también fue destacada por LAUTERPACHT, E. «*The World Bank* […]». *Loc. cit.*, p. 654.

[97] VIVES CHILLIDA, J.A. *El Centro Internacional de Arreglo… Op. cit.*, pp. 196 y 261.

[98] *Vide* el «Preámbulo» del Convenio. DELAUME, G.R. «*How to Draft…*». *Loc. cit.*, pp. 168-169; MIAJA DE LA MUELA, A. «Aspectos jurídicos de las diferencias entre

necesario el consentimiento posterior del Estado en cada caso concreto. La autonomía de la voluntad de las partes se erige como el principio fundamental del arbitraje en el sistema Ciadi —también reflejado en el Derecho aplicable por los árbitros— y el consentimiento de las partes como el factor clave de su jurisdicción y competencia.[99] Por todo ello, en el Informe de los Directores Ejecutivos se afirma que el consentimiento es la piedra angular de la jurisdicción del Centro.[100]

¿Cómo pueden las partes formalizar su consentimiento a favor del arbitraje del Ciadi? En la actualidad, uno de los rasgos más característicos del arbitraje de inversión, en general, y del arbitraje del Ciadi, en particular, hace referencia a la forma en la que habitualmente se presta este consentimiento. Alejándose de la práctica habitual en el arbitraje comercial internacional, en el arbitraje de inversión, el acuerdo arbitral se suele perfeccionar en la misma solicitud de arbitraje. Los tratados internacionales de inversión suelen prever la posibilidad de someter las diferencias a arbitraje entre uno de los Estados contratantes y los inversores del otro Estado contratante. Se trata de un consentimiento adelantado y unilateral, una oferta de arbitraje que el inversor extranjero activa cuando surge la controversia.[101]

Estados y…». *Loc. cit.,* p. 29. De conformidad con el artículo 25.4 del Convenio de Washington, los Estados contratantes pueden notificar los tipos de controversias que aceptan someter a la jurisdicción del Ciadi. Según el Informe de los Directores Ejecutivos del Convenio (párr. 31) una declaración de este tipo tiene por objeto no defraudar las expectativas que pudieran tener los inversores. En cualquier caso, la declaración relativa a las materias que aceptaría un Estado someter al Ciadi no implica el consentimiento de ese Estado respecto a las diferencias concretas en esas materias; y una declaración sobre materias que no sometería al Centro, tampoco puede entenderse como una reserva del Convenio. Estas declaraciones tendrán, en definitiva, carácter informativo. *Vide* Amerasinghe, C.F. «*The Jurisdiction of the*…». *Loc. cit.*, pp. 225-226.

99 Artuch Iriberri, E. «La jurisdicción del Ciadi de acuerdo al artículo 25 del Convenio de Washington». En *RCEA*, 1998, pp. 287-296.

100 Informe de los Directores Ejecutivos del Convenio, párr. 23.

101 Sobre el consentimiento unilateral del Estado vide, entre otros, Paulsson, J. «Arbitration Without Privity». En *Icsid Review-Foreign Investment Law Journal*,

El Informe de los Directores Ejecutivos había apuntado que no era necesario que el consentimiento de ambas partes constara en un mismo instrumento; también decía que un Estado podría «ofrecer en su legislación sobre promoción de inversiones, que se someterán a la jurisdicción del Centro las diferencias producidas con motivo de ciertas clases de inversiones», y que el inversor podría «prestar su consentimiento mediante aceptación por escrito de la oferta».[102]

La posibilidad de incorporar el consentimiento unilateral y adelantado del Estado en instrumentos jurídicos de alcance general ha sido ampliamente aceptada por la práctica arbitral y la doctrina.[103] Este

---

1995, vol. 10, n.° 2, pp. 232-257; pp. 232-257; PRUJINER, A. «*L'arbitrage unilateral: un coucou dans le nid de l'arbitrage conventionnel*». En *Revue de l'arbitrage*, 2005, n.° 1, pp. 63-99; LEBEN, C. «*L'évolution du droit international des investissements: un rapide…*». *Loc. cit.*, 16-21; FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. «Arbitraje internacional y sus dualidades». En *Anuario Argentino de Derecho Internacional*, 2006, vol. XV, pp. 17-20; Unctad, *Investor-State Disputes Arising from Investment Treaties: A Review. Unctad Series on International Investment Policies for Development*. United Nations, 2005; SORNARAJAH, M. «*Power and Justice…*». *Loc. cit.*, pp. 126-139; PARRA, A.R. «*Provisions on the Settlement of Investment Disputes in Modern Investment Laws, Bilateral Investment Treaties and Multilateral Instruments on Investment*». En *Icsid Review*, 1997, vol. 12, n.° 2, pp. 387-364; ARTUCH IRIBERRI, E. «La jurisdicción del Ciadi...». *Loc. cit.*, pp. 287-295; GAILLARD, E. «*L'arbitrage sur le fondement des traités de protection des investissements*». En *Rev. Arb.*, 2003, n.° 3, pp. 853-875; BURDEAU, G. «*Nouvelles perspectives pour l'arbitrage dans le contentieux économique intéressant les États*». En *Revue de l'arbitrage*, 1995, n.° 1, pp. 10-27; ALEXANDROV, S.A. «*The "Baby Boom" of Treaty-Based Arbitrations and the Jurisdiction of Icsid Tribunals: Shareholders as "Investors" and Jurisdiction Ratione Temporis*». En *Law and Practice of International Courts & Tribunals*, 2005, vol. 4, pp. 22 y ss.; STERN, B. «*Le consentement à l'arbitrage Cirdi en matière d'investissement international: que disent les travaux préparatoires*?». En *Mélanges Philippe Kahn*, *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du XX*ème siècle. París: Litec, 2000, pp. 223-244.

[102] Informe de los Directores Ejecutivos del Convenio, párr. 24. *Vide* MANCIAUX, S. *Investissements étrangers et arbitrage… Op. cit.*, pp. 188-190.

[103] Esta circunstancia fue puesta de relieve por el tribunal arbitral en el asunto *Eudoro Armando Olguín c/ Paraguay* (jurisdicción), párr. 26, quien sostuvo que «la celebración por parte de la República del Paraguay del CBI [Convenio Bilateral de

instrumento puede ser tanto una la ley interna —por ejemplo, en *Southern Pacific Properties c/ Egipto* y *Tradex Hellas c/ Albania*—, como un tratado internacional —la primera vez que un tribunal del Ciadi fundamentó su competencia en un tratado fue en el asunto *Asian Agricultural Products Ltd. (AAPL) c/ Sri Lanka*—. En la actualidad, la mayoría de las disputas que se someten al Ciadi se fundamentan en la oferta estatal contenida en un tratado internacional de inversiones,[104] constituyendo la razón que explica el extraordinario aumento del número de controversias que, actualmente, se someten al Ciadi.[105]

Con el consentimiento unilateral del Estado previsto en los tratados, ciertamente, el arbitraje del Ciadi se distancia del modelo del arbitraje comercial internacional.[106] La forma habitual de prestar el consentimiento ya no es la que se hace mediante la incorporación de una cláusula arbitral en el contrato,[107] siendo posible, incluso, llevar a

---

Inversiones] constituye el consentimiento escrito que exige el artículo 25, inciso 1 del Convenio que creó el Ciadi. Esta afirmación está fuertemente respaldada por la doctrina y muchos laudos dictados por tribunales de arbitraje del Ciadi».

[104] Prujiner, A. «*L'arbitrage unilateral: un coucou...*». *Loc. cit.*, p. 71.

[105] Alexandrov, S.A. «The "Baby Boom" of Treaty-Based Arbitrations…». *Loc. cit.*, pp. 19 y ss.; La importancia que ha adquirido el Ciadi, especialmente a partir de los años noventa, ha sido descrita gráficamente como el «despertar de una "bella durmiente" entrada en años», por Kundmüller Caminiti, F. «"Bella durmiente" despabilada ante la atronadora globalización y el fragor creciente de las controversias en materia de inversión extranjera». En <http://www.servilex.com.pe/arbitraje/colaboraciones/inversion.php>; la misma metáfora ha sido utilizada por Obadia, E. «Icsid, Investment Treaties and Arbitration: Current and Emerging Issues». En *News from Icsid*, 2002, vol. 18, n.° 2, disponible en <http://icsid.worldbank.org/ICSID/Index.jsp>, para quien «*bilateral and multilateral treaties are to Icsid what Prince Charming was to Sleeping Beauty, having stirred the activites of the Centre*»; Obadia, E. «*L'evolution de l'activité du Cirdi*». En *Rev. Arb.*, 2001, n.° 3, pp. 633-635.

[106] *Vide* Mauro, M.R. «*Nuove questioni...*». *Loc. cit.*, p. 69.

[107] Esta circunstancia ha llevado a Delaume, G.R. «*How to Draft…*». *Loc. cit.*, pp. 169-175, a distinguir entre el consentimiento prestado en contratos de inversión (*direct route*) y el prestado en leyes internas y tratados internacionales (*indirect*

arbitraje litigios que enfrentan a un inversor y un Estado no vinculados por contrato alguno.[108]

4. EL MECANISMO COMPLEMENTARIO DEL CIADI

Los límites de la jurisdicción del Ciadi resultaban ser un obstáculo para que algunas controversias pudieran acceder al sistema arbitral de solución de diferencias propuesto por el Banco Mundial. Para ampliar el abanico de disputas susceptibles de ser sometidas al arbitraje del sistema Ciadi, su Consejo Administrativo adoptó, el 27 de septiembre de 1978, el Reglamento del Mecanismo Complementario, facultando al secretariado del Ciadi a administrar cierta categoría de procedimientos que quedaban fuera del ámbito de aplicación del Convenio de Washington.[109]

El secretariado del Ciadi, de acuerdo con las reglas del mecanismo complementario, puede administrar los siguientes tipos de procedimiento: a) los procedimientos de conciliación y arbitraje que tengan por objeto diferencias jurídicas que surgen directamente de una inversión, pero que no entran en el ámbito de aplicación del Convenio de Washington porque el Estado parte en la diferencia o el Estado cuya nacionalidad ostenta el inversor, no son Estados contratantes; b) procedimientos de conciliación y arbitraje que tengan por objeto diferencias jurídicas que no surjan directamente de una inversión. Para que estos litigios puedan ser administrados por el secretariado del Ciadi, al menos

---

route). BLIESENER, D.H. «*La compétence du Cirdi*…». *Loc. cit.*, p. 129, por su parte, habla de consentimiento «bilateral» y consentimiento «automático».

[108] Por esta razón, PAULSSON, J. «*Arbitration Without Privity*». *Loc. cit.*, pp. 232-257, se ha referido a este arbitraje como un arbitraje *without privity* FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. «Arbitraje internacional y sus dualidades». *Loc. cit.*, p. 17, califica este tipo de arbitraje como «arbitraje sin vínculo contractual».

[109] *Vide* RAMBAUD, P. «*Note sur l'extension*…». *Loc. cit.*, pp. 296-299; BROCHES, A. «The "Additional Facility" of the International Centre for Settlement of Investment Disputes (Icsid)» (1978). *Selected Essays. World Bank, Icsid, and Other Subjects of Public and Private International Law*. Boston, 1995, pp. 249-256.

el Estado parte en la controversia o el Estado de la nacionalidad del inversor debe tener la condición de Estado contratante; c) por último, los procedimientos de comprobación de hechos; esto es, aquellas diferencias que no tengan naturaleza jurídica.[110]

Lo más relevante de los arbitrajes desarrollados conforme a las reglas del Mecanismo Complementario es que no les resulta de aplicación el Convenio de Washington. De este modo, los rasgos de autonomía y exclusividad derivados del Convenio de Washington anteriormente expuestos, no pueden predicarse respecto a estos procedimientos, siendo mayores las similitudes que presentan con los procedimientos que se desarrollan en otras instituciones arbitrales como el de la CCI o el de la Cámara de Comercio de Estocolmo. Por todo ello, los tribunales internos del Estado donde se desarrolla el arbitraje podrán llegar a desempeñar una función de apoyo o de asistencia mayor, podrán interponerse recursos de anulación ante los tribunales internos y el reconocimiento y la ejecución de los laudos se realizará siguiendo lo dispuesto en la normativa interna de los Estados y las normas convencionales —señaladamente, el Convenio de Nueva York de 1958— que resulten aplicables.[111]

5. Evolución y actualización del arbitraje Ciadi

Desde que en 1965 fuera creado el Ciadi, éste ha experimentado una evolución paulatina hacia la configuración de sus propios rasgos, alejándose

---

[110] *Vide* artículo 2 del Reglamento del Mecanismo Complementario.

[111] Reglamento del Mecanismo Complementario, artículo 3. *Vide* de forma particular, Leahy, E.R. y D.F. Orentlicher. «*Enforcement of Arbitral Awards Issued by the Additional Facility of the International Centre of Settlement of Investment Disputes (Icsid)*». En *J. Int'l. Arb.*, 1985, vol. 2, n.° 3, pp. 15-26; también, González de Cossío, F. «*The International Centre for Settlement of Investment Disputes: The Mexican Experience*». En *J. Int'l. Arb.*, 2002, vol. 19, n.° 3, p. 234. Así, por ejemplo, en el caso español, habrá de estarse a lo dispuesto en el artículo 46 de la Ley n.° 60/2003 de 23 de diciembre de 2003, de arbitraje.

así del modelo del arbitraje comercial internacional en el que se inspiró en su origen.[112] Los resultados de esta evolución se deben, principalmente, a dos factores: la celebración masiva de tratados internacionales de inversión y la presencia de intereses de carácter público en las disputas sometidas a arbitraje.

La celebración de tratados internacionales de inversión (especialmente, de carácter bilateral), incorporando el consentimiento unilateral del Estado, ha supuesto, en la práctica, la multiplicación de las disputas sometidas al Ciadi.[113] Estas controversias, lejos de limitarse a cuestiones de Derecho Privado o contractual, suelen referirse a reclamaciones relativas a violaciones del propio tratado que traen causa en actos *iure imperii* del Estado. Por lo tanto, la principal tarea de los tribunales arbitrales no suele girar en torno a la responsabilidad contractual de una de las partes, sino en torno a la determinación de la responsabilidad internacional del Estado parte en la diferencia.

---

[112] En este sentido, Unctad, *Investor-State Disputes… Op. cit.,* p. 22; Cremades, B.M. y D.J. Cairns. «The Brave New World of Global Arbitration». En *Journal of World Investment*, 2003, n.° 3, pp. 173-209; Cremades, B.M. y D.J. Cairns. «El arbitraje en la encrucijada entre la globalización y sus detractores». En *La Ley*, 2002, año xxiii, n.° 5538, pp. 1-13; Van Harten, G. y M. Loughlin. «*Investment Treaty Arbitration as a Species of Global Administrative Law*». En *EJIL*, 2006, vol. 17, n.° 1, p. 125. Iruretagoiena Agirrezabalaga, I. «Alejamiento del paradigma contractual del arbitraje de inversión». En *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, 2008, tomo viii, pp. 595-614.

[113] El Ciadi, por su parte, tuvo unos inicios difíciles. La poca actividad del Ciadi en sus primeros años de existencia da muestra de esas dificultades. Seis años después de su entrada en vigor en 1966 se sometió al Ciadi el primer caso de arbitraje (*Holiday Inns S.A. and others c/ Marruecos*), y no más de veinte casos fueron conocidos por el Ciadi en los primeros veinte años de vigencia del Convenio de Washington. La ausencia generalizada de cláusulas contractuales de sometimiento arbitraje en las relaciones entre Estados e inversores extranjeros —de forma evidente en aquellas relaciones no derivadas de contrato— y la dificultad de alcanzar un acuerdo de arbitraje una vez surgida la controversia, pueden explicar esta inactividad del Ciadi.

Esta circunstancia incide de forma directa en la tipología de los litigios sometidos actualmente al Ciadi. Los intereses generales o públicos tienen cada vez mayor presencia en las disputas de inversión. Los árbitros pueden llegar a juzgar los efectos negativos que producen sobre el inversor extranjero las medidas estatales destinadas a la consecución de intereses públicos que conciernen directamente a la vida de los ciudadanos y sus necesidades básicas, como pueden ser, entre otras, las medidas regulatorias medioambientales o las medidas destinadas a asegurar el derecho de acceso al agua de la población. Este hecho pone de manifiesto la trascendencia pública que adquieren muchas de las controversias sometidas al Ciadi.[114]

La tipología de las controversias sometidas al Ciadi ha llevado su arbitraje a adecuarse a las nuevas necesidades: la exigencia de una mayor transparencia y publicidad de los procedimientos y una mayor coherencia en los resultados.

El trasfondo público de las disputas exige avanzar en la transparencia y publicidad de los procedimientos.[115] Una mayor apertura de los arbitrajes permite a la sociedad civil controlar la actividad de los tribunales arbitrales y de los propios Estados en aquellos casos que afecten a intereses fundamentales de la sociedad. La exigencia de una mayor transparencia ha tenido reflejo en el arbitraje Ciadi. Algunos tribunales

---

[114] Iruretagoiena Agirrezabalaga, I. *El arbitraje en los litigios de expropiación de inversiones extranjeras*. Madrid: Editorial Bosch, 2010.

[115] OCDE (C. Yannaca-Small). «*Transparency and Third Party Participation in Investor-State Dispute Settlement Procedures. Statement by the OCDE Investment Committee*». En *Working Papers on International Investment*, 2005, n.º 2005/1, pp. 2, disponible en: <http://www.oecd.org/document/55/0,2340, en_2649_33783766_35076215_1_1_1_1,00.html>, p. 2. Cremades, B.M. y D.J. Cairns. «El arbitraje en la encrucijada...». *Loc. cit.*, p. 7. Brower, Ch. ii «*Structure, Legitimacy, and Nafta's Investment Chapter*». *En Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 2003, vol. 36-37, <http://law.vanderbilt.edu/journal/36-01/Brower3.pdf>, pp. 63-73; Blackaby, N. «*Public Interest and…*». *Loc. cit.* Legum, B. «*Trends and Challenges in Investor-State Arbitration*». En *Arb. Int'l*, 2003, vol. 19, n.º 2, pp. 143-147.

arbitrales del Ciadi se han mostrado receptivos a estas nuevas preocupaciones y han sabido aprovechar los márgenes permitidos por las reglas de arbitraje para avanzar en tal sentido, favoreciendo la participación de terceras personas en los procedimientos arbitrales. Por ejemplo, en las decisiones de los tribunales en los asuntos *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A.* y *Vivendi Universal, S.A. c/ Argentina* y *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A.* e *InterAguas Servicios Integrales del Agua S.A. c/ Argentina*, en respuesta a las solicitudes de *amicus curiae*, éstos han afirmado que,

> Una mayor apertura y un mayor conocimiento sobre la forma en que se conducen estos procedimientos reforzaría la aceptación de la opinión pública y la legitimidad del sistema arbitraje internacional, en particular cuando involucran a Estados y materias de interés público […].[116]

Estos dos tribunales arbitrales consideraron que, conforme al artículo 44 de las Reglas de Arbitraje, los tribunales del Ciadi estaban facultados para aceptar, en ciertos casos, las presentaciones escritas realizadas por personas que, no siendo parte en el litigio, se consideraban idóneas (*amicus curiae*).[117] Y ello porque constataron que, tanto en el Convenio de Washington como en las Reglas de Arbitraje del Ciadi, «no se autoriza ni se prohíbe específicamente la presentación de escritos *amicus curiae* u otros documentos por personas que no sean partes en el

---

[116] *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A.* y *Vivendi Universal, S.A. c/ Argentina*, párr. 22, y *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A.* y *InterAguas Servicios Integrales del Agua S.A. c/ Argentina*, párr. 21. *Vide* también la decisión de *Methanex c/ EE. UU.* (decisión del tribunal sobre las solicitudes de terceras personas para intervenir como *amicus curiae*) de 15 de enero de 2001, párr. 49.

[117] *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A.* y *Vivendi Universal, S.A. c/ Argentina*, párr. 16. Decidió en sentido contrario el tribunal del asunto *Aguas del Tunari c/ Bolivia* (carta del presidente del tribunal en respuesta a la petición de participación como *amici curiae*). *Vide* MOURRE, A. «Are *Amici Curiae the Proper Response to the Public's Concerns on Transparency in Investment Arbitration?*». En *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, vol. 5, 2006, pp. 259 y ss.

caso».[118] Ambos tribunales reconocieron que, para poder aceptar escritos *amicus curiae*, éstos debían cumplir tres requisitos: que el objeto del caso fuera pertinente; es decir, referente a materias de interés público, que la persona interesada en participar como amigo de la Corte fuera apto o idóneo, debiendo tener «conocimientos especializados, la experiencia y la independencia necesaria para contribuir a la solución del caso»;[119] y, en tercer lugar, que la participación de los *amicus curiae* no menoscabara los derechos de las partes.[120]

Los primeros pasos dados por la práctica arbitral del Ciadi hacia una mayor transparencia y publicidad de los procedimientos han tenido continuidad y han sido reforzados en la reforma de las Reglas de Arbitraje del Ciadi de 2006. En este sentido, una nueva disposición ha recogido expresamente la facultad de los tribunales arbitrales para permitir la presentación de escritos *amicus curiae*.[121] Esta reforma también

---

[118] *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. y Vivendi Universal, S.A. c/ Argentina,* párr. 9.

[119] *Ibid.,* párr. 24. Estas exigencias se deben al hecho de que según el tribunal «el objetivo de las presentaciones *amicus* es ayudar al tribunal a arribar a la decisión correcta, proporcionándole argumentos, conocimientos especializados y perspectivas que las partes puedan no haber presentado». Además, *vide Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A.* e *InterAguas Servicios Integrales del Agua S.A. c/ Argentina*, párr. 29 y ss. Mourre, A. «*Are Amici Curiae the Proper Response…*». *Loc. cit.*, p. 269, considera que la «independencia» de los *amigos de la corte* debe ser respecto a las estrategias procedimentales de las partes. Tal y como el propio autor afirma: «*the friend of the Court should not be the friend of one of the parties*».

[120] *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A.* y *Vivendi Universal, S.A. c/ Argentina,* párr. 29.

[121] El tribunal decidirá consultando, en la medida de lo posible, a las partes contendientes. *Vide* el artículo 37(2) de las Reglas de Arbitraje del Ciadi y artículo 41 de las Reglas de Arbitraje del Mecanismo Complementario. Con esta nueva previsión, el Secretariado del Centro ha pretendido dejar clara la autoridad de los tribunales para aceptar y considerar las presentaciones escritas de terceras personas, oficializando una práctica que ya tenía lugar. Gaillard, E. «*Centre international…*», 2006, *loc. cit.*, p. 236. Sobre los *amici curiae vide* Mourre, A. «Are Amici Curiae *the Proper Response…», loc. cit.,* pp. 257-271; Teyner, E. «L'*amicus curiae dans l'arbitrage Cirdi*». En *Gazette du Palais - Recueil nov-dic,* 2005; Fach Gómez, K.

ha pretendido impulsar la publicidad y transparencia de los procedimientos arbitrales mediante la práctica de la publicación del laudo y otros documentos del procedimiento.[122] No obstante, este objetivo, necesariamente, debía respetar los límites que marca el Convenio de Washington, especialmente en su artículo 48.5, donde se dice que «el Centro no publicará el laudo sin consentimiento de las partes»; la exigencia del consentimiento de las partes supone, por lo tanto, un obstáculo determinante para avanzar en el objetivo del acceso público a las

---

«*Rethinking the Role of Amicus Curiae in International Investment Arbitration: How to Draw the Line Favorably for the Public Interest*». En *Fordham International Law Journal*¸ vol. 35, 2012, pp. 510-564. MISTELIS, L. «*Confidentiality and Third Party Participation: UPS vs. Canada* and *Methanex Corp vs. USA*». En *International Investment Law and Arbitration; Leading Cases from the Icsid, Nafta, Bilateral Treaties and Customary International Law* (T. Weiler, ed.). Londres: Cameron May, 2005, pp. 183-195; PRUJINER, A. «*L'arbitrage unilateral: un coucou...*». *Loc. cit.,* pp. 85-88; KAUFMANN-KOHLER, G. «*Annulment of Icsid Awards in Contract and Treaty Arbitrations: Are There Differences?*». En *Annulment of Icsid Awards* (E. Gaillard y Y. Banifatemi, eds.). Nueva York: Juris Publishing, 2004, pp. 215-218; *KINNEAR, M. «Transparency and Third Party Participation in Investor-State Dispute Settlement*». En *Symposium on Making the Most of International Investment Agreements: A Common Agenda. París, 12 de diciembre de 2005, disponible en <http://www.oecd.org/dataoecd/6/25/36979626.pdf>,* pp. 5-7.

[122] Facilitar el acceso a la información relativa a los procedimientos arbitrales, especialmente mediante la publicación del laudo, permite a la sociedad civil ejercer un control sobre la actuación de los tribunales arbitrales, de forma particular en aquellos casos cuyas implicaciones transcienden de la esfera puramente privada y afectan a intereses de naturaleza pública. *Vide* MISTELIS, L. «*Confidentiality and Third…*». *Loc. cit.*, pp. 179-182. La cuestión del acceso a la información, de forma particular la publicación de las decisiones arbitrales, es una cuestión estrechamente relacionada con los principios de transparencia, coherencia, necesidad de predicción y legitimidad del sistema y, por tanto, un objetivo deseable. En este sentido, el Comité de Inversiones de la OCDE; *vide* OCDE, «*Transparency…*». *Loc. cit.;* FRANCK, S.D. *«The Nature and Enforcement of Investor Rights under Investment Treaties: Do Investment Treaties Have a Bright Future».* En *U.C. Davis J. Int'l L. & Pol'y,* 2005, pp. 47-99, disponible en <http://law.unl.edu/fac-franck.shtml>, pp. 87-89.

decisiones del Ciadi.[123] Otra fórmula para canalizar la participación de terceras personas, mejorando así la transparencia del arbitraje de inversión, y que ha sido trabajada en la reforma del 2006, hace referencia a la posibilidad de permitir a terceras personas no partes en el litigio, el acceso a las audiencias o a realizar exposiciones orales en éstas.[124] En el documento de debate, presentado por el secretariado del Centro el 22 de octubre de 2004, se señalaba la idoneidad de reformar el artículo 32(2) de las Reglas de Arbitraje del Ciadi, con el fin de que no fuera más exigible el consentimiento de las partes contendientes para que el tribunal pudiera autorizar dichas participaciones.[125] Sin embargo, la reforma, lejos de alcanzar este objetivo, no ha logrado cambiar en lo sustancial la redacción anterior. En la actualidad, basta la objeción de una de las partes para que el tribunal no tenga facultad para permitir a terceros interesados asistir o participar en las audiencias.[126]

El estado actual del Derecho de las Inversiones Extranjeras —con los numerosos tratados de inversión, los conceptos amplios y flexibles

---

[123] *Vide* Ciadi. *Possible improvements of the framework for Icsid arbitration*. *Icsid secretariat Discussion Paper*, 2004, disponible en <http://icsid.worldbank.org/ICSID/Index.jsp>, pp. 7-8 y Ciadi. *Suggested Changes to the Icsid Rules and Regulations*. *Working Paper of the Icsid Secretariat*, 12 de mayo de 2005, p. 9; Mann, H., A. Cosbey, L. Peterson y K. Von Moltke. (Instituto Internacional para el Desarrollo Sustentable (IIDS)). *Comments on Icsid Discussion Paper.* «Possible Improvements of the Framework for Icsid Arbitration», 2004, en <http://www.iisd.org>, p. 7. Debido a lo dispuesto en el artículo 48.5 del Convenio, finalmente, la reforma se ha materializado en la obligación del Centro de «incluir prontamente en sus publicaciones extractos del razonamiento jurídico del Tribunal». La redacción anterior de la regla disponía que «el Centro podrá incluir en sus publicaciones extractos de las normas jurídicas aplicadas por el Tribunal».

[124] Kinnear, M. «*Transparency and Third…*». *Loc. cit.*, p. 3. Mann, H., A. Cosbey, L. Peterson y K. Von Moltke. (IIDS). *Comments on... Op. cit.*, p. 9.

[125] Ciadi. *Possible improvements… Op. cit.*, p. 11.

[126] El malogrado objetivo ha quedado plasmado en la diferencia existente entre el artículo propuesto por el secretariado del Centro y el finalmente aprobado. *Vide* Ciadi. *Suggested Changes to the Icsid Rules...*». *Loc. cit.*, p. 10. Mourre, A. «*Are Amici Curiae the Proper Response…*». *Loc. cit.*, p. 270, considera decepcionante la reforma del Reglamento del Ciadi.

de inversión e inversor y la indeterminación de la protección sustantiva prevista en los tratados— propicia la multiplicación de los litigios de inversión. Unos mismos hechos pueden dar lugar a procedimientos paralelos, con el consiguiente riesgo de decisiones contradictorias. Estas decisiones contribuyen a la incoherencia e inseguridad de los resultados, lo que puede llevar a cuestionar, incluso, la propia legitimidad del sistema, especialmente cuando se trata de diferencias en las que están en juego intereses públicos de carácter general.[127] Por todo ello, uno de los principales retos del arbitraje de inversión en general, y del arbitraje del Ciadi en particular, es minimizar el riesgo de los procesos paralelos y de las decisiones contradictorias.

Al respecto, en el sistema Ciadi ha de tenerse en cuenta la siguiente circunstancia: las decisiones dictadas por los tribunales arbitrales no tienen valor de precedente para los tribunales sucesivos. El tribunal arbitral del caso *Enron c/ Argentina* ha reconocido que las decisiones de los tribunales del Ciadi no son precedentes obligatorios para los tribunales posteriores y que cada caso debe ser examinado a la luz de sus propias

[127] *Vide*, al respecto, Franck, S.D. «The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law Through Inconsistent Decisions». En *Fordham Law Review*, 2005, vol. 73, pp. 1521-1625; en la p. 1568, refiriéndose a las dos decisiones emitidas en los casos *Lauder*, considera que los resultados contradictorios de estas dos sugieren que, al menos uno de los laudos (o parte del mismo), es incorrecto. Afirma que «*the injustice of this logical conclusion undermines the legitimacy of investment arbitration, particularly where public international law rights are at stake and the legitimate expectations of investors and Sovereigns are mismanaged»; para S.D. Franck la coherencia es un elemento clave de la legitimidad del arbitraje de inversión (p. 1585). La misma autora, «The Nature and Enforcement…»*. *Loc. cit.*, pp. 47-99, considera que «*inconsistency tends to signal errors, lends itself to suggestions of unfairness, creates inefficiencies, and generates difficulties related to coherence, most notably a lack predictability, reliability, and clarity*» (p. 63). Sin embargo, también afirma que la contradicción, en ciertas circunstancias, puede ser beneficiosa al aumentar la credibilidad del procedimiento de solución de diferencias a largo plazo (p. 64).

circunstancias.[128] No obstante, también es cierto que, en muchos casos, los laudos han actuado y actúan como precedentes de facto,[129] siendo habitual que los árbitros recurran a la práctica arbitral anterior para fundamentar sus decisiones.

Partiendo de la teórica autonomía de cada tribunal arbitral respecto a la práctica precedente, se han planteado distintas soluciones como respuesta a los procedimientos paralelos y el riesgo de las decisiones contradictorias. Una de las soluciones que se propone es la acumulación de los procedimientos arbitrales.[130] La acumulación de los procedimientos actúa como un instrumento que impulsa la armonía internacional de decisiones y como una práctica que contribuye a la economía procesal

---

[128] *Enron c/ Argentina* (jurisdicción i), párr. 25. En la misma línea, el tribunal del asunto *Gas Natural c/ Argentina* subraya que su decisión es emitida de manera independiente, sin considerarse vinculado por ninguna otra decisión; *vide Gas Natural c/ Argentina* (jurisdicción), párr. 36.

[129] Wälde, T. W. «*Remedies and Compensation in International Investment Law*». En *Transnational Dispute Management*, 2005, p. 16; Franck, S.D. «*The Nature and Enforcement...*». *Loc. cit.*, p. 73.

[130] Sobre la acumulación de procedimientos arbitrales *vide* Crivellaro, A. «Consolidation of Arbitral and Court Proceedings in Investment Disputes». En *Law and Practice of International Courts & Tribunals*, 2005, vol. 4, n.° *3, pp. 371-420;* Fernández Masiá, E. «Presente y futuro de la acumulación de procedimientos arbitrales en materia de inversiones extranjeras». En *REEI*, 2006, vol. 11, en <www.reei.org>; González García, L.A. «Is Consolidation of Claims a Step to Improvement? The HFCS Case». En *Symposium on Making the Most of International Investment Agreements: A Common Agenda*. París, 12 de diciembre de 2005, disponible en <http://www.oecd.org/dataoecd/5/55/36055400.pdf>; OCDE. «*Improving the System of Investor-State Dispute Settlement: An Overview*». En *Working Papers on International Investment*, febrero 2006, n.° 2006/1, disponible en <www.oecd.org/dataoecd/3/59/36052284.pdf>, pp. 17-25; Suárez Anzorena, I. «Acumulación de arbitrajes bajo tratados bilaterales de inversión». En *Lima Arbritation,* 2006, n.° 1, pp. 113-120; Franck, S.D. *«The Nature and Enforcement…». Loc. cit.*, pp. 95 y ss.; Crépet, C. «*La concurrence des procédures de règlement des différends». En Gazette du Palais: Les cahiers de l'arbitrage*, n.° *2003/2, segunda parte, pp. 15-17.*

y, por lo tanto, al buen funcionamiento de la justicia.[131] Sin embargo, ni el Convenio de Washington ni las reglas de arbitraje prevén disposición alguna que permita la acumulación de los procedimientos.[132] De todos modos, en el Ciadi no resulta extraña la práctica de nombrar un mismo tribunal para varios procedimientos, como ha sido el caso, por una parte, en los asuntos de *Salini c/ Marruecos* y *Consortium R.F.C.C. c/ Marruecos* y, por otra, en los de *Sempra c/ Argentina* y *Camuzzi c/ Argentina*. Por último, algunas voces vienen sosteniendo la necesidad de instaurar una instancia de apelación como remedio al riesgo de la incoherencia de la «jurisprudencia» arbitral y salvar así la legitimidad del sistema.[133]

En el documento de debate presentado por el secretariado del Ciadi en el contexto de la reforma del 2006, se trató esta misma cuestión: la conveniencia de instaurar un mecanismo de apelación para asegurar la coherencia y la uniformidad en las decisiones emitidas por el Ciadi y otros arbitrajes entre inversores y Estados iniciados bajo los tratados de

---

[131] *Cf.* FERNÁNDEZ MASIÁ, E. «Presente y futuro de la acumulación...». *Loc. cit.*, p. 4; SUÁREZ ANZORENA, I. «Acumulación de arbitrajes…». *Loc. cit.*, p. 117, afirma que la finalidad de la cláusula de acumulación incluida en algunos tratados internacionales es «que las consecuencias de una acción u omisión del Estado en un determinado marco circunstancial sean objeto de una sola decisión, de forma tal de limitar la incertidumbre normativa que podría surgir de decisiones inconsistentes y de evitar que el Estado huésped tenga que duplicar innecesariamente sus esfuerzos de defensa»; por su parte, en la misma línea, GONZÁLEZ GARCÍA, L.A. «*Is Consolidation of Claims…*». *Loc. cit.*, p. 1, considera que «*consolidating multiple disputes into a single arbitration proceeding is crucial for the efficiency of the arbitration process. On its face it is clear that consolidation can serve the efficiency of justice by preventing inconsistency or contradictory judgments over the same set of issues*».

[132] No es caso del Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo, cuyas nuevas reglas de arbitraje, en vigor desde el 1 de enero de 2007, han introducido en su artículo 11 la previsión de la opción de la consolidación.

[133] GANTZ, D.A. «*An Appellate Mechanism for Review of Arbitral Decisions in Investor - State Disputes: Prospects and Challenges*». *Bepress Legal Series*, paper n.° 703, 2005, disponible en <http://law.bepress.com/expresso/eps/703>. *Vide* también, OCDE, «*Improving the System…*». *Loc. cit.*, pp. 8-14; FRANCK, S.D. «*The Legitimacy Crisis…*»: *Loc. cit.*, pp. 1606-1610 y 1617-1625.

inversión.[134] Si bien es cierto que el establecimiento de una instancia de apelación podría traer algunas ventajas en cuanto a la coherencia y uniformidad de la práctica arbitral, en el sistema del Ciadi una opción en tal sentido choca, entre otras dificultades, con las limitaciones impuestas por propio Convenio, al prever éste, en su artículo 53.1, que los laudos no podrán ser «objeto de apelación ni de cualquier otro recurso, excepto en los casos previstos» en el Convenio.[135] De todos modos, la opción de una instancia de apelación no está exenta de críticas, llegándose a cuestionar la necesidad real de ella, sobre todo por aquéllos que le reconocen una coherencia notable a la «jurisprudencia» arbitral actual.[136]

Desarrollar plenamente las exigencias de transparencia, publicidad y coherencia del arbitraje Ciadi exige algo más que modificaciones de su reglamento. Si lo que realmente está en juego es la legitimidad del propio sistema, ello exige la revisión del Convenio de Washington, lo que pone de manifiesto la dificultad y alcance de los cambios propuestos. La adecuación a la tipología de los litigios de inversión actuales, por tanto, necesita de un nuevo consenso de los Estados que compartan, en definitiva, una nueva concepción del mecanismo arbitral en materia de inversiones. Una posible futura revisión del Convenio de Washington debería servir, además, para dar respuesta a otras cuestiones o necesidades de menos trasfondo, podría decirse, que van surgiendo, como la apertura del Convenio a la firma de organizaciones internacionales; en este sentido, la «nueva» competencia exclusiva de la Unión Europea en

---

[134] Ciadi. *Possible improvements… Op. cit.*; *vide* C.J. Tams, «*An Appealing Option*? *The Debate about an Icsid Appellate Structure*». *Essays in Transnational Economic Law*, junio 2006, n.° 57, disponible en <http://www.wirtschaftsrecht.uni-halle.de/Heft57.pdf>.

[135] *Vide* Gaillard, E. «*Centre international…*», 2006. *Loc. cit.,* pp. 233-234; *vide*, también, Tams, C.J. «*An Appealing Option? The Debate…*». *Loc. cit.*, pp. 12-14.

[136] Esta opinión es defendida, por ejemplo, por Gaillard, E. «*Centre international…*», 2006. *Loc. cit.,* p. 235.

materia de inversiones internacionales es un hecho que no debería pasar desapercibido en esa futura negociación.[137]

[137] *Vide*, entre otros, Burgenberg, M. «The Division of Competences Between the EU and Its Member States in the Area of Investment Politics». En *International Investment Law and EU Law* (M. Bungenberg *et al.* eds.). Springer, Verlag, Berlin and Heidelberg, 2011, pp. 29-42; Burgstaller, M. «The Future of Bilateral Investment Treaties of EU Member States». En *International Investment Law and EU Law*, (M. Bungenberg *et al.,* eds.). Springer Verlag Berlin and Heidelberg, 2011, pp. 71-77; Díez-Hochleitner, J. «El incierto futuro de los acuerdos bilaterales sobre protección de inversiones celebrados por los Estados miembros de la Unión Europea». En *Revista española de Derecho europeo*, enero-marzo 2010; Iruretagoiena Agirrezabalaga, I. «Los Appri en la Unión Europea Post-Lisboa». En *Anuario español de Derecho Internacional Privado*, tomo x, 2010, pp. 759-791.

Las características de los laudos Ciadi

Domingo Bello Janeiro[*]

Comienzo mi colaboración con el especial agradecimiento, al margen de formalismos protocolarios, por su amable invitación a participar en este libro, felicitando dicha iniciativa. Esta exposición es para explicar básicamente las características de los laudos del Ciadi, en la que se aborda su ejecutabilidad, susceptibilidad de recursos, problemas que se han planteado en la práctica, etcétera, en el arbitraje internacional, con especial referencia al de inversión, al que me he dedicado en la práctica ya en diversas ocasiones, y con la lógica cautela y limitaciones que dicha condición me imponen.

La resolución de conflictos de todo tipo a través del arbitraje era algo inédito en los países que no tienen cultura anglosajona hace apenas unos años, a pesar de que éste agiliza los largos procesos judiciales y que es tan antiguo como el propio desarrollo de la justicia en el mundo moderno. Un sistema rápido y eficaz de resolver la mayoría de los conflictos que, sin embargo, no ha comenzado a aplicarse de forma habitual hasta hace poco, por lo que celebro mucho la oportunidad de hacer proselitismo de él en esta magnífica oportunidad.

[*] Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Coruña. Árbitro del Ciadi (Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones) del Banco Mundial. Académico de Número de la Academia Gallega de Jurisprudencia y Legislación.

El arbitraje consiste en la resolución de conflictos, en materias de su libre disposición conforme a Derecho, entre dos o más partes a través de la intervención de un tercero neutral e imparcial, habitualmente en número impar, denominado árbitro, que dicta un «laudo» de obligado cumplimiento para las partes y de efectos idénticos a la cosa juzgada, sin que pueda ser revisado en vía jurisdiccional, salvo motivos tasados y específicos.

Las razones por las que la cultura del arbitraje se está imponiendo con fuerza son básicamente dos: rapidez y economía. El arbitraje resulta infinitamente más rápido que la justicia ordinaria. Permite ajustar enormemente los plazos hasta el laudo o sentencia arbitral en función del tipo de controversia. Un tiempo mínimo en comparación con los largos procesos judiciales que llegan a dilatarse años. En contraste con la larga duración de los juicios, en el procedimiento arbitral los árbitros deberán dictar su laudo en un plazo mucho más breve. Reducción de tiempo y procedimiento que se traduce inmediatamente en ahorro.

Otra ventaja importante es el factor de flexibilidad, por cuanto el procedimiento arbitral puede adaptarse a las circunstancias de cada caso, teniendo el principio antiformalista un papel relevante, así como el factor de competencia y de especialización, ya que corresponde el enjuiciamiento de la controversia a un conjunto de expertos, distintos en cada caso y conocedores de las materias objeto de debate, siendo característica del arbitraje su voluntariedad en el sometimiento.

En el presente trabajo me parece intelectualmente más honesto comenzar por hacer estas previas precisiones conceptuales para delimitar el contenido concreto de los términos a que haremos referencia en las páginas posteriores, comenzando por el propio concepto que se va a utilizar del arbitraje, para analizar después el arbitraje internacional de inversión, en el cual se manifiesta en todo su contenido más específico el reconocimiento de los resultados por parte de los Estados, todo lo

cual someto, por supuesto, muy gustoso a cualquier otra opinión mejor fundada en derecho.

El arbitraje institucional, tan extendido en la práctica internacional, sobre todo anglosajona, se introdujo en España en la Ley de 1988, frente a la prohibición expresa de la Ley de Arbitraje de Derecho Privado de 1953, que consideraba inválido el pacto de deferir a una de las partes o a un tercero el nombramiento de los árbitros, consolidándose a partir de su inclusión en 1988 diferentes instituciones que administran eficazmente el arbitraje con mecanismos de selección de árbitros con alta cualificación profesional, ajustándose todo ello a lo dispuesto en las normas previamente incluidas en el respectivo reglamento, sin que nada de ello apareciera expresamente previsto en la Ley Modelo Uncitral, que lo da, por supuesto, sin ninguna limitación legal, precisamente, por la amplia tradición internacional del arbitraje institucional.

En el ámbito internacional tiene relevancia singular a partir de la Convención de Ginebra sobre arbitraje comercial internacional de 1961, donde se contempla el arbitraje institucional que se oferta mediante árbitros que las propias instituciones arbitrales proporcionan, siendo de destacar el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (Ciadi) dependiente del Banco Mundial, con sede en Washington, al que se refiere el presente libro, como único en el que se pueden residenciar demandas contra los Estados por parte de inversores extranjeros, precisamente.

Las instituciones arbitrales suelen contener en sus reglamentos, en ausencia de acuerdo de las partes, la regulación de diversos aspectos y así, a título ejemplificativo, en el Convenio del Ciadi se contempla la constitución del tribunal de arbitraje, con el procedimiento de elección, sustitución y recusación de árbitros, así como el lugar o las costas del procedimiento o las reglas de éste y hasta los honorarios de los árbitros.

No es ninguna novedad, en el escenario internacional, la reciente nacionalización del petróleo producida en Bolivia o Venezuela y tampoco el recurso a la invasión para proteger los derechos del inversor; así cuando se nacionaliza el petróleo iraní en 1950, una revuelta motivó la dimisión de su presidente en 1953 y ante la expropiación del Canal de Suez, Francia y Gran Bretaña acuerdan con Israel intervenir militarmente en 1956, puesto que no había ningún tribunal de justicia internacional en que una empresa —o un particular— pudiese demandar a un Estado. Por si acaso, Evo Morales y Hugo Chávez, presidentes de Bolivia y Venezuela, respectivamente, adelantan que si el vecino americano se atreve a usar la fuerza, no habrá petróleo para nadie.

Frente al recurso de uso de la fuerza, en la actualidad, la protección de la inversión extranjera en países en vía de desarrollo, se fundamenta en los Acuerdos de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (Appri), de los cuales España, al igual que Perú, han firmado más de medio centenar entre otros con Bolivia, Colombia, Venezuela y Argentina.

El contenido de dichos Appri de Perú o de España con esos países, al igual que los cerca de tres mil vigentes en todo el mundo, recoge que cada Estado garantiza a los ciudadanos y empresas del otro que las inversiones tendrán tratamiento justo, equitativo y no discriminatorio, con imposibilidad de nacionalización o expropiación, o medida similar, sin indemnización, equivalente al valor de mercado de la inversión expropiada antes de la medida.

La garantía de su cumplimiento estriba, en este caso y en todos los demás Appri, en la cláusula que permite la reclamación directa del inversor contra el Estado infractor ante el Tribunal Internacional de Arbitraje creado por el Banco Mundial en 1965 en el referido Ciadi, con sede en las oficinas centrales del Banco en Washington, a donde, finalmente, tendrán que acudir las empresas, por ejemplo petrolíferas, contra los Estados —al igual que ya lo hizo Repsol frente a Ecuador por

una diferencia con la empresa estatal petrolífera— si no llega antes a un acuerdo satisfactorio.

Es decir, si, por ejemplo, un inversor español cree sufrir un trato discriminatorio en Perú, o un inversor peruano en España, o el gobierno de dichos países del ejemplo, Perú o España, expropia su empresa, entonces, puede iniciar un arbitraje contra dicho Estado de referencia, Perú o España, pidiendo a los árbitros que condenen a dicho Estado, español o peruano según los casos, a indemnizar el perjuicio causado.

En concreto, aunque sometido a cláusula de confidencialidad en cuanto al contenido de las controversias, sí puedo decir que fui tres veces designado por el Banco Mundial árbitro del Ciadi en el arbitraje solicitado y presentado bajo el Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y Naciones de otros Estados con ocasión del conflicto entre la compañía alemana *Siemens* y la República de Argentina por la rescisión del contrato de DNI e información migratoria, así como también con ocasión del conflicto entre la compañía americana *AES Corporation* y la República de Argentina por la inversión de la mencionada empresa en ocho plantas generadoras y tres compañías distribuidoras de energía eléctrica ubicadas en territorio argentino; y, por último, en el presentado por *Daimler Chrysler Services AG Mercedes Benz* en contra de la República de Argentina por una diferencia en torno a vehículos industriales.

El demandante típico suele ser una empresa multinacional y el demandado un país en vías de desarrollo, aunque no siempre (hay también demandas contra los Estados Unidos de América, por ejemplo), y los árbitros elegidos por los Estados, que no tienen por qué ser necesariamente los que figuran en las listas del Banco Mundial, deben cumplir, en todo caso, las cualidades del convenio de creación del Ciadi: gozar de amplia consideración moral, tener reconocida competencia en el campo del Derecho, del comercio, de la industria o de las finanzas e inspirar plena confianza en su imparcialidad de juicio.

Los laudos del Ciadi equivalen a sentencias firmes dictadas por el más alto tribunal de justicia de los Estados, de cumplimiento obligatorio, sin apelación, que tendrán que ser ejecutados inmediatamente según consta en el Convenio de su constitución, ahora ya firmado por más de 150 Estados, entre ellos Colombia, Bolivia, Argentina, Venezuela y España.

El primer país condenado de la UE fue España, curiosamente por la reclamación de un ciudadano argentino, cuando ahora el país austral es el que, cuantitativamente, presenta el mayor número de reclamaciones pendientes ante el Ciadi, que tiene más de 100 casos en trámite con cantidades en disputa superiores a 40 mil millones de dólares y a los que, probablemente, se hubiera añadido la reclamación contra Bolivia por el decreto de nacionalización del gas y el petróleo, y contra Venezuela por la del petróleo.

Ahora bien, el presidente de Venezuela, Hugo Chávez, al día siguiente de la toma de control del yacimiento petrolífero del Orinoco —dice que— retira a Venezuela del FMI y del Banco Mundial, y lo mismo han hecho Bolivia, Cuba y Nicaragua, por lo que de nuevo en esos países si, finalmente, materializan dichas declaraciones, no hay ningún tribunal internacional ante el cual el inversor expoliado pueda ejercitar sus derechos. Es sabido que ante el Tribunal Internacional de Justicia, con sede en La Haya, sólo pueden demandar los Estados, nunca los particulares y las empresas, aparte de su interpretación muy restrictiva en cuanto a la legitimación y competencia. Y en cuanto al recurso a la invasión, por si acaso recuerdo que ya advirtieron los presidentes Chávez y Morales, que si el vecino americano usa la fuerza, no habrá petróleo para nadie.

Al quedarse los Appri de esos Estados sin la cláusula que permite acudir al arbitraje internacional del Ciadi, y quedar limitada la eficacia del Tribunal Internacional de Justicia de La Haya, en los términos vistos, por sus problemas estructurales y de que sólo pueden demandar

los Estados, ahora, frente a estos países, los inversores extranjeros sólo podrían reclamar ante los tribunales internos de justicia del país, con las limitaciones ya vistas que ello presenta.

Pues bien, por lo que se refiere a las Reglas Procesales Aplicables a los Procedimientos de Arbitraje (Reglas de Arbitraje) del Ciadi, fueron adoptadas por el Consejo Administrativo del Centro, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 6(1)(c) del Convenio del Ciadi.

Las Reglas de Arbitraje están complementadas por el Reglamento Administrativo y Financiero del Centro, en particular por las Reglas n.os 14-16, 22-31 y 34(1).

Las Reglas de Arbitraje cubren el período que comienza con el envío de la notificación del acto de registro de una solicitud de arbitraje y termina con el laudo, y el agotamiento de todos los recursos contra el laudo contemplados en el Convenio, rigiéndose las actuaciones anteriores a ese período por las Reglas de Iniciación.

Dichas reglas comienzan con las obligaciones generales impuestas a las partes, que, en cuanto se les notifique el acto de registro de la solicitud de arbitraje, procederán a constituir el tribunal con toda diligencia comunicando al secretario general lo antes posible, cualquier estipulación que hubieren convenido respecto al número de árbitros y al método de su nombramiento.

Sobre ello, la mayoría de los árbitros no podrá tener la nacionalidad del Estado contratante parte en la diferencia, ni la del Estado a que pertenezca el nacional del otro Estado contratante, salvo que el árbitro único o cada uno de los miembros del tribunal sean nombrados de común acuerdo por las partes.

Cuando el tribunal se integre de tres miembros, una parte no podrá nombrar como árbitro a un nacional de cualquiera de esos Estados,

salvo de común acuerdo con la otra parte en la diferencia. Cuando el tribunal se integre de cinco o más miembros, una parte no podrá nombrar árbitros que sean nacionales de cualquiera de esos Estados si el nombramiento del mismo número de árbitros por la otra parte de cualquiera de esas nacionalidades resultare en una mayoría de árbitros de esas nacionalidades, estableciéndose que no podrá ser nombrada miembro del tribunal ninguna persona que haya actuado previamente como conciliador o árbitro en cualquier procedimiento para el arreglo de la diferencia.

En cuanto al método de constitución del tribunal, a falta de acuerdo previo, en la regla 2, apartado 1, se especifica que si al momento del registro de la solicitud de arbitraje las partes no hubieren acordado el número de árbitros ni el método de su nombramiento —observarán, a menos que convengan en otra cosa— el procedimiento que allí se describe, que comienza porque el solicitante, a más tardar diez días después del registro de la solicitud, propondrá a la otra parte el nombramiento de un árbitro único o de un número cierto impar de árbitros y especificará el método que propone para su nombramiento, tras lo cual, a más tardar veinte días después del recibo de las propuestas hechas por el solicitante, la otra parte o bien aceptará tales propuestas o hará otras propuestas con respecto al número de árbitros y al método de su nombramiento y, posteriormente, a más tardar veinte días después del recibo de la respuesta que contenga tales propuestas, el solicitante notificará a la otra parte si acepta o rechaza tales propuestas.

Pues bien, dichas comunicaciones previstas se harán, o se confirmarán, prontamente, por escrito y se transmitirán, ya sea a través del secretario general o directamente entre las partes con una copia al secretario general, notificando las partes con prontitud al secretario general acerca del contenido de cualquier acuerdo alcanzado.

En cualquier momento después de sesenta días del registro de la solicitud, si no se llegare a un acuerdo acerca de otro procedimiento,

cualquiera de las partes podrá informar al secretario general que ella escoge la fórmula prevista en el artículo 37(2)(b) del Convenio, en cuya virtud serán tres árbitros, uno por cada parte y el tercero, presidente, de común acuerdo. El secretario general informará sin demora a la otra parte que el tribunal ha de constituirse de conformidad con lo dispuesto en ese artículo.

La Regla n.° 3 se ocupa de precisar el procedimiento de nombramiento de los árbitros en un tribunal constituido de conformidad con el artículo 37(2)(b) del Convenio, en cuya virtud cualquiera de las partes podrá, mediante una comunicación dirigida a la otra parte, designar dos personas identificando a una de ellas, que no tendrá la misma nacionalidad ni será nacional de ninguno de los Estados de las partes, como el árbitro designado por él, y a la otra, como el árbitro propuesto para presidente del tribunal e invitar a la otra parte a que convenga en el nombramiento del árbitro propuesto para presidente del tribunal y a que nombre otro árbitro, tras lo cual, prontamente después del recibo de esta comunicación, la otra parte en su respuesta deberá designar una persona como el árbitro nombrado por él, que no tendrá la misma nacionalidad ni será nacional de ninguno de los Estados de las partes y convenir en el nombramiento del árbitro propuesto para presidente del tribunal o designar otra persona como el árbitro propuesto para presidente.

Prontamente después de recibida la respuesta que contenga tal propuesta, la parte que haya tomado la iniciativa deberá notificar a la otra parte si conviene en el nombramiento del árbitro propuesto por esa parte para presidente del tribunal y, desde luego, las comunicaciones previstas en esta Regla se harán, o se confirmarán, prontamente por escrito y se transmitirán, ya sea a través del secretario general o directamente entre las partes con una copia dirigida al secretario general.

En cuanto al nombramiento de árbitros por el Presidente del Consejo Administrativo a que se refiere la siguiente Regla n.° 4, se señala

que si el tribunal no se constituyere, a más tardar noventa días después de que el secretario general haya enviado la notificación del registro, o dentro de otro plazo que las partes hubieren convenido, cualquiera de las partes podrá dirigir una solicitud escrita al presidente del Consejo Administrativo, a través del secretario general, para que nombre el árbitro o los árbitros que aún no hayan sido nombrados y para que designe a un árbitro para que actúe como presidente del tribunal, lo cual se aplicará *mutatis mutandis*, en caso de que las partes hayan convenido en que los árbitros elegirán al presidente del tribunal y no lo hubieren hecho.

El secretario general enviará sin dilación una copia de la solicitud a la otra parte y el presidente hará lo posible para cumplir con lo solicitado dentro de los treinta días siguientes a la fecha de la recepción de la solicitud. Antes de que proceda a efectuar un nombramiento o designación, presentando la debida atención a lo dispuesto en los artículos 38 y 40(1) del Convenio, deberá consultar a ambas partes en la medida de lo posible, notificando el secretario general sin dilación a las partes cualquier nombramiento o designación hecha por el presidente.

A continuación, de acuerdo con la Regla n.° 5, la parte o partes interesadas notificarán al secretario general el nombramiento de cada árbitro e indicarán el método de su nombramiento, y tan pronto el secretario general haya sido informado por una parte o por el presidente del Consejo Administrativo del nombramiento de un árbitro, solicitará la aceptación de la persona nombrada, estableciéndose que si un árbitro no acepta su nombramiento dentro de quince días, el secretario general notificará de ello con prontitud a las partes y, en caso de ser necesario, al presidente, y los invitará a que procedan a nombrar otro árbitro de conformidad con el método seguido para el nombramiento anterior.

Seguidamente se entenderá, según la Regla n.° 6, que se ha constituido el tribunal y que el procedimiento se ha iniciado en la fecha en que el secretario general notifique a las partes que todos los árbitros han aceptado su nombramiento, firmando cada árbitro, en la primera

sesión del tribunal o antes, una declaración de acuerdo con la cual, según su leal saber y entender, no hay razón alguna por la que no deba servir en el tribunal de arbitraje constituido por el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones con respecto a la diferencia, comprometiéndose a mantener con carácter confidencial toda la información que llegue a su conocimiento a consecuencia de su participación en el proceso, así como del contenido de cualquier laudo que el tribunal dicte.

En la referida declaración dicho árbitro también asume que juzgará con equidad, de acuerdo con la ley aplicable y no aceptará instrucción o compensación alguna de ninguna otra fuente con respecto al procedimiento, salvo según lo dispuesto en el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados y en los reglamentos y reglas adoptados de conformidad con éste.

Asimismo, tendrá que adjuntar una declaración sobre su experiencia profesional, de negocios y otras relaciones (de haberlas) con las partes, tanto anteriores como actuales y cualquier otra circunstancia por la que una parte pudiera cuestionar la confianza en su imparcialidad de juicio, reconociendo que al firmar esta declaración asume una obligación continua de notificar prontamente al secretario general del Centro cualquier relación o circunstancia de aquéllas mencionadas que surjan, posteriormente, durante el procedimiento, entendiéndose que ha renunciado el árbitro que no hubiere firmado tal declaración al finalizar la primera sesión del tribunal.

En cualquier momento antes de que se constituya el tribunal, cada parte, según la Regla n.° 7, podrá reemplazar a cualquier árbitro nombrado por ella, y las partes podrán convenir de común acuerdo en reemplazar a cualquier árbitro.

Un árbitro puede presentar su renuncia a los otros miembros del tribunal y al secretario general. Si el árbitro fue nombrado por una de las partes, el tribunal considerará sin dilación las razones de su renuncia y decidirá si la acepta. El tribunal notificará su decisión sin demora al secretario general.

En cuanto a la recusación de los árbitros, la Regla n.° 9, que se aplica también para la incapacitación o imposibilidad de desempeño del cargo, señala que la parte que proponga la recusación de un árbitro, presentará su propuesta al secretario general sin demora y, en todo caso, antes de que se cierre el procedimiento, dando a conocer las causales en que la funde, procediendo el secretario general sin dilación a transmitir la propuesta a los miembros del tribunal, y si se refiere a un árbitro único o a una mayoría de los miembros del tribunal, al presidente del Consejo Administrativo y a notificar la propuesta a la otra parte.

El árbitro a quien se refiera la propuesta podrá sin dilación, ofrecer explicaciones al tribunal o al presidente, según fuere el caso, especificándose que, salvo cuando la propuesta se refiera a la mayoría de los miembros del tribunal, los demás miembros la considerarán y votarán con prontitud en ausencia del árbitro cuya recusación se ha propuesto. Si su voto resultare en un empate, notificarán con prontitud al presidente la propuesta, la explicación presentada por el árbitro cuya recusación se ha propuesto, y el hecho de que no lograron tomar una decisión, a través del secretario general.

Siempre que el presidente deba decidir sobre una propuesta de recusación de un árbitro hará lo posible para tomar la decisión dentro de treinta días contados desde que haya recibido la propuesta y, desde luego, el procedimiento se suspenderá hasta que se haya tomado una decisión sobre la propuesta.

En caso de producirse una vacante en el tribunal, el secretario general notificará sin dilación a las partes y, si fuere necesario al presidente

del Consejo Administrativo, la recusación, fallecimiento, incapacidad o renuncia de un árbitro y, si lo hubiere, el asentimiento del tribunal a la renuncia, y luego de la notificación del secretario general sobre una vacante en el seno del tribunal, el procedimiento se suspenderá o continuará suspendido hasta que se llene la vacante.

Cualquier vacante que se produce por recusación, fallecimiento, incapacidad o renuncia de un árbitro, se llenará sin demora siguiendo el mismo método observado para su nombramiento, y además de llenar las vacantes en los casos de árbitros nombrados por él, el presidente del Consejo Administrativo nombrará una persona de entre la lista de árbitros para llenar una vacante producida por la renuncia, sin el consentimiento del tribunal, de un árbitro nombrado por una de las partes o a solicitud de cualquiera de las partes, para llenar cualquier otra vacante si, a más tardar, cuarenticinco días después de la notificación de la vacante hecha por el secretario general, no se hubiere hecho y aceptado un nuevo nombramiento.

Tan pronto como se haya llenado una vacante, el procedimiento se continuará desde el punto a que se había llegado en el momento en que se produjo la vacante. Sin embargo, el nuevo árbitro podrá requerir que se repitan las actuaciones orales, si es que ya habían comenzado.

En cuanto al laudo (incluyendo cualquier dictamen individual o disensión) deberá formularse y firmarse dentro de 120 días después del cierre del procedimiento. Sin embargo, el tribunal podrá ampliar este plazo por sesenta días más, si de lo contrario no pudiere formular el laudo.

El laudo será escrito y contendrá la identificación precisa de cada parte; una declaración de que el tribunal ha sido constituido de conformidad con lo dispuesto en el Convenio y una descripción del método de su constitución; los nombres de los miembros del tribunal y la identificación de la persona que designó a cada uno; los nombres de los

apoderados, consejeros y abogados de las partes; las fechas y lugares en que tuvieron lugar las reuniones del tribunal; un resumen del procedimiento; un resumen de los hechos, a juicio del tribunal; las pretensiones de las partes; la decisión del tribunal sobre cada cuestión que le haya sido sometida, junto con las razones en que funda su decisión; y la decisión del tribunal sobre las costas procesales.

El laudo será firmado por los miembros del tribunal que hayan votado en su favor y deberá indicarse la fecha de cada firma y, desde luego, cualquier miembro del tribunal podrá adjuntar al laudo su opinión individual, sea que disienta o no con la mayoría, o una declaración sobre su disensión, tal y como he hecho en una y otra hipótesis en los laudos de *Siemens* y *Daimler* contra *Argentina*.

En cuanto lo firme el último de los árbitros que lo deba firmar, el secretario general, sin demora autenticará el texto original del laudo y lo depositará en los archivos del Centro, junto con las opiniones individuales y declaraciones de disidencia, y enviará una copia certificada del laudo (incluyendo las opiniones individuales y las declaraciones de disidencia) a cada una de las partes, indicando la fecha del envío en el texto original y en todas las copias.

Se considerará que el laudo ha sido dictado en la fecha en que se hayan despachado las copias certificadas y el secretario general proporcionará a las partes, cuando le fueren solicitadas, copias certificadas adicionales del laudo, señalándose que el Centro no publicará el laudo sin el consentimiento de las partes. Sin embargo, el Centro deberá incluir prontamente en sus publicaciones extractos del razonamiento jurídico del tribunal.

Dentro de los cuarenticinco días después de la fecha en que se haya dictado un laudo, cualquiera de las partes podrá solicitar, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 49(2) del Convenio, una decisión

que suplemente o que rectifique el laudo. Dicha solicitud deberá ser presentada por escrito al secretario general.

La solicitud deberá identificar el laudo de que se trata; señalar la fecha de la solicitud; detallar toda cuestión que el tribunal, a juicio de la parte solicitante, hubiere omitido decidir en el laudo y todo error en el laudo que la parte solicitante pida que se rectifique; e ir acompañada del derecho de registro de la solicitud.

Al recibir la solicitud y el derecho de registro, el secretario general, sin dilación, registrará la solicitud; notificará a las partes el acto de registro; enviará a la otra parte una copia de la solicitud y de todos los documentos que se hayan acompañado; y enviará a cada uno de los miembros del tribunal una copia de la notificación del acto de registro, junto con una copia de la solicitud y de todos los documentos que la acompañan.

El presidente del tribunal consultará a los demás miembros acerca de la necesidad de que el tribunal se reúna para considerar la solicitud. El tribunal fijará un plazo para que las partes presenten sus observaciones sobre la solicitud y determinará qué procedimiento deberá seguirse para considerar lo pedido.

Las Reglas n.ºs 46 a 48 se aplicarán *mutatis mutandis* a toda decisión del tribunal tomada de conformidad con esta regla. Si el secretario general recibiere una solicitud después de cuarenticinco días contados desde la fecha en que se haya dictado un laudo, rechazará el registro de la solicitud e informará de inmediato de lo anterior a la parte que haya presentado tal solicitud.

Toda solicitud de aclaración, revisión o anulación de un laudo será presentada por escrito al secretario general, y en ella se debe identificar el laudo de que se trata; indicar la fecha de la solicitud; detallar en una solicitud de interpretación, los puntos precisos sobre los cuales hay

diferencia, mientras que en una solicitud de revisión, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 51(1) del Convenio, se especificarán los cambios que se pretenden del laudo y establecer que el conocimiento de algún hecho es de naturaleza tal que afectará decisivamente el laudo, y que cuando se dictó el laudo dicho hecho no era de conocimiento del tribunal ni del solicitante y que la ignorancia del solicitante sobre dicho hecho, no se debió a su negligencia.

Pues bien, en una solicitud de anulación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 52(1) del Convenio, hay que detallar las causales en que se funda, que estarán limitadas a que el tribunal no estuvo debidamente constituido; que el tribunal ha excedido manifiestamente sus atribuciones; que hubo corrupción de parte de un miembro del tribunal; que hubo una violación seria de una regla fundamental de procedimiento; que el laudo no ha dejado constancia de las razones en que se funda, debiendo ir acompañada del pago del derecho de registro de la solicitud.

Sin perjuicio de su posible denegación, en cuanto reciba la solicitud y el pago del derecho de registro, el secretario general inscribirá la solicitud, debiendo notificar a las partes del acto de inscripción; y enviar a la otra parte una copia de la solicitud y de cualquier documento que se haya acompañado.

El secretario general denegará el registro de una solicitud si, tratándose de una solicitud de revisión, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 51(2) del Convenio, no se la hubiere presentado dentro de los noventa días después de que se tome conocimiento del nuevo hecho y en cualquier caso dentro de los tres años siguientes a la fecha en que se hubiera dictado el laudo (o cualquier decisión o corrección posterior).

Si se trata de una solicitud de anulación, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 52(2) del Convenio, se denegará si no se la hubiere presentado dentro de 120 días después de la fecha en que se dictó el laudo

(o cualquier decisión o corrección posterior) o si la solicitud estuviere basada en cualquiera de las siguientes causales: que el tribunal no estuvo debidamente constituido; que el tribunal ha excedido manifiestamente sus atribuciones; que ha habido una violación seria de una regla fundamental de procedimiento o que el laudo no ha dejado constancia de las razones en que se funda.

Asimismo, se denegará en caso de corrupción de parte de un miembro del tribunal, dentro de 120 días después de que se tome conocimiento de los hechos; y en todo caso, dentro de los tres años siguientes a la fecha en que se hubiere dictado el laudo (o cualquier decisión o corrección posterior).

Si el secretario general deniega el registro de una solicitud de revisión o anulación, notificará inmediatamente a la parte solicitante su denegación. Al registrar una solicitud de aclaración o revisión de un laudo, el secretario general deberá inmediatamente enviar a cada miembro del tribunal original una copia de la notificación del acto de registro junto con una copia de la solicitud y de cualquier documento que la acompañe; y requerir a cada miembro del tribunal que le informe dentro de un plazo determinado si está dispuesto a participar en la consideración de la solicitud.

Si, como nos sucedió en el arbitraje entre *Siemens* y *Argentina*, todos los miembros del tribunal manifiestan su voluntad de participar en la consideración de la solicitud, el secretario general así lo notificará a los miembros del tribunal y a las partes. En cuanto se envíen estas notificaciones, se considerará que se ha reconstituido el tribunal.

Si el tribunal no pudiere reconstituirse de acuerdo con lo dispuesto en el párrafo anterior, el secretario general lo notificará a las partes y las instará a proceder, en cuanto sea posible, a constituir un nuevo tribunal, incluyendo la misma cantidad de árbitros, siguiendo el mismo método, como el tribunal original.

En cuanto se registre una solicitud de anulación de un laudo, el secretario general le solicitará de inmediato al presidente del Consejo Administrativo que nombre un comité *ad-hoc*, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 52(3) del Convenio.

El Comité se considerará constituido en la fecha en que el secretario general notifique a las partes que todos sus miembros han aceptado su nombramiento. Antes de la primera sesión del Comité, o en ella, cada miembro firmará una declaración de acuerdo con lo anteriormente descrito con carácter general.

Estas reglas se aplicarán *mutatis mutandis* a todo procedimiento relacionado con la aclaración, revisión o anulación de un laudo y a la decisión del tribunal o Comité.

La parte que solicite la aclaración, revisión o anulación de un laudo podrá, en su solicitud, y cualquiera de las partes podrá en cualquier momento antes que se decida, finalmente, sobre la solicitud, pedir que se suspenda la ejecución de una parte o de todo el laudo al que se refiere la solicitud. El tribunal o Comité considerarán de manera prioritaria dicha solicitud.

Si una solicitud de revisión o anulación de un laudo contiene un pedido de suspensión de su ejecución, el secretario general, al notificarle a ambas partes el acto de inscripción, lo hará también con la suspensión provisional del laudo. En cuanto se constituya, el tribunal o Comité, a petición de cualquiera de las partes, decidirá dentro de treinta días si debe mantenerse dicha suspensión; a menos que decida que la suspensión debe mantenerse, se la levantará automáticamente.

Si se ha otorgado la suspensión de la ejecución o si se la ha mantenido, el tribunal o Comité podrá, en cualquier momento, modificar o poner término a la suspensión, a pedido de cualquiera de las partes. Todas las suspensiones terminarán automáticamente en la fecha en que

se dicte una decisión final sobre la solicitud, con la excepción de que el Comité que declare la nulidad parcial de un laudo podrá ordenar la suspensión temporal de la ejecución de la parte no anulada, a fin de darle a ambas partes una oportunidad para que le pidan a cualquier nuevo tribunal, constituido de conformidad con el artículo 52(6) del Convenio, que otorgue una suspensión.

Toda solicitud hecha en tal sentido, especificará las circunstancias que requiere la suspensión o su modificación o terminación. Se otorgará lo solicitado sólo después de que el tribunal o Comité le haya dado a las partes una oportunidad para que hagan presente sus observaciones.

El secretario general notificará, sin demora, a ambas partes la suspensión de la ejecución del laudo y la modificación o terminación de tal suspensión, que entrará en vigencia en la fecha en que se envíe dicha notificación.

Si un Comité anulare parte o todo de un laudo, cada parte podrá requerir que se someta la diferencia a un nuevo tribunal. Dicha solicitud deberá serle presentada por escrito al secretario general, y en ella se deberá identificar el laudo de que se trata; indicar la fecha de la solicitud; explicar en detalle qué aspecto de la diferencia ha de someterse al tribunal; e ir acompañada del derecho de registro de la solicitud.

Inmediatamente después de que reciba la solicitud y el derecho de registro, el secretario general, de inmediato la registrará en el Registro de Arbitrajes; notificará el acto de registro a ambas partes; enviará a la otra parte una copia de la solicitud y de los documentos que la acompañen; e invitará a las partes a que procedan lo antes posible a constituir un nuevo tribunal, incluyendo la misma cantidad de árbitros y nombrados con el mismo método, como el tribunal original.

Si se hubiere anulado el laudo original sólo en parte, el nuevo tribunal no reconsiderará parte alguna del laudo que no hubiere sido anulada.

Sin embargo, podrá suspender o mantener la suspensión de la ejecución de la parte no anulada del laudo hasta la fecha en que dicte su propio laudo.

Pues bien, uno de los temas más controvertidos en la actualidad es la cuestión del trato de la nación más favorecida que, en particular, se ha plasmado en un primer momento en los casos *Maffezini*[1] y *Siemens* (decisión sobre jurisdicción), el segundo de éstos directamente inspirado en el primero y que tuvo demasiadas vicisitudes procedimentales.

No desconozco, desde luego, el planteamiento que se mantuvo en dicho caso *Siemens*,[2] en cuya decisión —incluida la referida a jurisdicción, desde luego— participé como árbitro y me manifesté, conforme a la opinión del resto del tribunal, precisamente, por el buen funcionamiento interno del tribunal centrando mi voto disidente sólo en los aspectos de mayor relevancia real, repercusión y contenido sustancial, habiendo discrepado en muchos otros aspectos esenciales sin éxito alguno, por la razón evidente de la minoría en que me encontraba en dicho arbitraje que, insisto, tuvo demasiadas vicisitudes procedimentales que si pudiese, y fuese el caso, estoy en disposición de revelar con más detalle por supuesto, ya que hay referencias a él, que no puedo ahora poner de relieve por no distraer la atención del presente trabajo y por cuestiones de compromiso de confidencialidad, y que terminó, nada menos que con la necesidad de su revisión, todo ello aparte de que la ineficacia de mi falta de discrepancia en las cuestiones formales del laudo de jurisdicción, fácilmente se puede comprender por la evidente inutilidad práctica de cualquier diferencia al respecto, ante el completo acuerdo del resto de miembros del tribunal también en dicha materia, como en su momento expliqué, razonando debidamente también mi puntualización del 30 de

---

1 *Maffezini vs. Spain.* Decisión 25 de enero de 2000, Icsid Case n.° ARB/97/7, Icsid Rep. 212 (2001).

2 *Siemens AG vs. Argentine Republic* (Decisión sobre jurisdicción, 3 de agosto de 2004) Icsid Case n.° ARB/02/8, 12 Icsid Rep 174.

enero que no fue debidamente tenida en cuenta en su momento anterior.[3]

En todo caso, por lo que se refiere a la posibilidad práctica para un árbitro de un tribunal del Ciadi de cambiar, puntualizar o alterar en

[3] En su momento, hice notar al resto de miembros del tribunal que de la lectura que hago del Convenio y Reglas de Arbitraje del Ciadi no aparece ningún condicionante temporal de la formulación del voto particular de los árbitros, estén o no de acuerdo con la mayoría; y, en mi caso concreto, puntualicé que no era nada nuevo, pues «se trata de una opinión manifestada reiteradamente, que, particularmente, se corresponde con mi parecer desde el primer momento y quiero que así figure como documento adjunto en el laudo, añadiéndose en el apartado 3 de la Regla n.° 47 que, precisamente, cualquiera puede adjuntar al laudo su opinión individual, de lo que se deduce fácilmente que dicho texto adjunto es siempre posterior al laudo —completo— firmado por la mayoría o por todos, sea que dicho voto disienta o no con la mayoría, o una declaración sobre su disensión, añadiéndose, en la Regla n.° 48/2, que el laudo sólo se considerará dictado en la fecha en que se hayan despachado —por la secretaría general— las copias certificadas», lo cual todavía no se había producido en el momento en que el resto de mis colegas en el tribunal tenían constancia de haber recibido mi voto particular, y que en dicho laudo se podrán incluir las opiniones individuales y las declaraciones de disidencia, por lo que tuve que insistir especialmente en que figurase mi voto particular adjunto al laudo y que así se lo trasladen a la secretaría general, para evitar que sea yo el que lo haga directamente, todo lo cual precisé que imaginaba que complicaría más todavía el tema, manifestando los problemas formales que pudieran impedir que constase exactamente mi voluntad que, en efecto, puede entenderse que matiza el sentido de mi firma del texto en su conjunto, pero, como bien sabía el resto del tribunal, pues tengo copia de las comunicaciones entre nosotros, se corresponde mejor con el sentido de mi voluntad, tras lo que precisaba que «siendo mi firma al texto global como manifestación general de asentimiento pero no en todos sus extremos, lo que, ahora, después de las últimas comunicaciones, que sólo me llegan, por cierto, por correo electrónico, al igual que al resto del tribunal, de una de las partes, me veo necesario precisar, porque, en efecto, no veo nada claro, y cada vez lo veo peor, el tema y quiero especificar mi voluntad detalladamente sobre el particular, para lo cual no veo ningún problema en incluir dicho texto», en un momento posterior, efectivamente, pero en todo caso anterior a que se hubiesen completado las formalidades administrativas y que viene a explicar el sentido de mi parecer con más precisión, que pedí en tal instante que se trasladase, junto con el laudo, a la Secretaría General, para evitar hacerlo yo mismo.

alguna medida su opinión o su posición, se puede invocar claramente la plena libertad de principio, basada, precisamente, sobre la consideración de la evolución de la materia y el advenimiento actual de más decisiones rechazando la aceptación del alargamiento o prolongación al máximo del alcance de la cláusula de la nación más favorecida al arreglo de diferencias.[4]

Esa libertad de un árbitro de modificar su posición fue, en particular, manifestada por el señor Albert van den Berg, el cual aceptó —en un caso en que participó justamente Argentina— el argumento de necesidad (caso *LG & E vs. Argentina*);[5] y en otro no lo aceptó (caso *Enron vs. Argentina*)[6] o, mejor dicho, no manifestó en el segundo supuesto la expresión de una opinión disidente.

También resulta al respecto muy interesante otro arbitraje que se refiere, precisamente, al rechazo del alargamiento o extensión del alcance de la cláusula de la nación más favorecida al arreglo de diferencias. En concreto, la profesora Gabrielle Kaufmann-Kohler juzgó en el caso *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. y Vivendi Universal*

---

4 Véanse, en particular, las decisiones en los casos siguientes: *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrada S.p.A. vs. The Hashmeite Kingdom of Jordan* (decisión sobre jurisdiccion, 15 de noviembre de 2004) Icsid Case n.° ARB/02/13, 14 Icsid Rep 306; *Plama Consortium Limited vs. Republic of Bulgaria* (decisión sobre jurisdicción 8 de febrero de 2005) Icsid Case n.° ARB/03/24, 13 Icsid Rep 272; *Telenor Mobile Communications A.A. vs. Republic of Hungary* (sentencia 13 de septiembre de 2006) Icsid Case n.° ARB/04/15; *Vladimir Berschader & Moïse Berscharder vs. Russian Federation* (sentencia 21 de abril de 2006) SCC Case n.° 080/2004; *Wintershall Aktiengesellschaft* (sentencia 8 de diciembre de 2008) Icsid Case n.° ARB/04/14; *Austrian Airlines vs. Slovak Republic* (sentencia 9 de octubre de 2009) Uncitral. Véase también el caso *Renta 4 S.V.S.A. et al. vs. Russian Federation* (sentencia sobre objeciones preliminares, 20 de marzo de 2009) SCC Case n.° 024/2007.

5 Icsid Case n.° ARB/02/1.

6 Icsid Case n.° ARB/01/3.

AG vs. Argentina[7] y después escribió un artículo[8] en favor de la posición de aceptar la cláusula de la nación más favorecida como aplicable al arreglo de diferencias; sin embargo, en un caso más reciente, en el cual ella era la presidenta del tribunal, la aludida profesora Gabrielle Kaufmann-Kohler tomó la posición opuesta y no aceptó la jurisdicción del tribunal basada sobre la invocación de la cláusula. Lo hizo, precisamente, después de la consideración de la voluntad manifiesta y comprobada de las dos partes a favor del acuerdo bilateral.

Justamente, es lo que se ha hecho en el voto mayoritario en el arbitraje *Daimler vs. Argentina* con referencia al acuerdo bilateral Alemania/Argentina, en modo sistemático, lo que no tenía equivalente en la decisión del tribunal en el caso *Siemens*, habiendo participado como árbitro yo mismo en ambos tribunales. La posición tomada por G. Kaufmann-Kohler en el caso *Austrian Airlines (Austrian Airlines vs. Slovakia, ad-hoc* under *Uncitral Arbitration Rules*, *Sentence* 9 October 2009), a mí me convence cada vez más, después de una nueva y profunda reexaminación y reevaluación de las pruebas, de la intención verdadera de las partes, por lo que se refiere al arreglo de diferencias.

Esos diversos elementos han acabado por contribuir a tener que puntualizar mi opinión en este último arbitraje entre *Daimler* y *Argentina* en el que he participado, contribuyendo de manera bien decisiva a matizar ésta, que ya había sido impresionada bien favorablemente, así como inicialmente influenciada en sentido positivo por la consideración de los argumentos usados por el tribunal en el citado caso *Wintershall*.

Así, pues, respecto del posible cambio de posición entre la decisión en el laudo arbitral motivado por la reclamación contra Argentina de *Siemens*, y en el caso de la reclamación de *Daimler*, bien podría partirse de estos aspectos relevantes que me ocupo de resumir a continuación,

---

7 Icsid Case n.° ARB/03/19 (decisión sobre jurisdicción 3 de agosto de 2006).

8 «*Arbitral Precedent, Dream, Necessity or Excuse? The 2006 Freshfields Lecture*». En *Arbitration International,* LCIA, 2002, vol. 23, n.° 3, pp. 357-378.

sin perjuicio, por supuesto, de cualquier otra opinión mejor fundada, pero que pueden resumirse perfectamente en el hecho indubitado de que cada arbitraje es autónomo.

En todo caso, en modo y manera más general, quiero, en particular, subrayar las observaciones siguientes que se concretan en que no hay precedentes en la materia de arbitrajes transnacionales ni tampoco en el caso de arbitrajes comerciales internacionales. Cada árbitro es libre de cambiar, puntualizar, precisar o matizar su análisis jurídico acerca de las cuestiones a debatir y de los problemas encontrados, incluso también, por supuesto, si se trata exactamente de la interpretación del mismo instrumento jurídico, como en el supuesto controvertido de los arbitrajes promovidos por *Daimler* y *Siemens*, motivado por el tratado bilateral entre Alemania y Argentina, celebrado en el año 1991.

Entre la época de la decisión *Siemens* y *Daimler*, la práctica internacional de los Estados y la jurisprudencia arbitral transnacional han demostrado, por lo menos, dos cosas: en primer lugar, diversos países, como en particular, los Estados Unidos de América, la Argentina, Suiza y otros, han declarado que para ellos el alcance de la cláusula no se podía alargar o extender al sistema de arreglo de diferencias. Han tomado explícitamente esa posición, precisamente, para reaccionar y protegerse contra las interpretaciones opuestas, dadas en las sentencias o decisiones directamente inspiradas del laudo en el caso *Maffezini* (2001), de las cuales *Siemens* (decisión sobre jurisdicción) ofrece la primera ilustración o consecuencia.

La jurisprudencia, por su parte, dentro del Ciadi y fuera del Ciadi (como, en particular, en el caso *Renta 4* ya referido) ha evidenciado que los tribunales no comparten una visión común sobre ese asunto. Actualmente, se trata de una división, prácticamente, igual entre los casos que siguen la posición definida por el caso *Maffezini*; y, al contrario, la definida por el caso Palma.

En los párrafos siguientes, sobre el caso *Daimler* me emplearé, en particular, en hacer una vez más precisiones acerca de algunos de los elementos de fondo que me parecieron determinantes, antes de subrayar en modo más breve las posibilidades procesales de la decisión final que merecen, a mi juicio, ser puestas de relieve como particularmente pertinentes.

Esos elementos de fondo se refieren por todos a la interpretación del tratado bilateral de protección de las inversiones, en relación al tema de la posible ampliación del alcance de la (o de las) cláusula(s) de la nación más favorecida contenida en dicho acuerdo.

La decisión sobre jurisdicción en el caso *Wintershall* merece una consideración particular, ya que se refiere al mismo tratado arbitral. Pone de relieve un aspecto fundamental consistente en la interpretación correcta de la voluntad de las partes al tratado. Es un principio fundamental de Derecho Internacional Público que esa voluntad no se puede elaborar sobre bases subjetivas más o menos creadas por la intuición de los árbitros, sino sobre la base del texto del tratado mismo, en particular, cuando ese texto tiene un sentido muy claro. El juez Torres-Bernardes, que tiene la experiencia directa de la Corte Internacional de La Haya, como bien sabemos, lo ha evidenciado en el caso *Wintershall* de modo bien palmario.

En el caso *Daimler*, también la voluntad de las partes, Alemania y Argentina, se tiene que interpretar sobre la base del Derecho Internacional vigente en el momento en el cual ese acuerdo fue celebrado en el año 1991 (principio de «contemporaneidad»). Estaba claro que en esa época, anterior en diez años al juicio dado por el tribunal en el caso *Maffezini*, todavía había una separación completa entre dos asuntos distintos: por una parte, el «tratamiento» de inversiones extranjeras y, por otra, la solución de controversias y los mecanismos elegidos para dicha tarea. En aplicación del principio *ejusdem generis*, la cláusula de la nación más favorecida sólo se puede aplicar a asuntos del mismo género, lo que no sucede si se extiende la cláusula al arreglo de diferencias.

Desde el tiempo de la celebración del tratado bilateral entre esos dos países, la práctica internacional, así como la jurisprudencia de alcance internacional han manifestado la división profunda de las opiniones, lo que no permite modificar la interpretación dada sobre la base del derecho vigente en el año 1991, ya que los Estados continúan por un lado, la mayor parte de ellos, a quedarse manteniéndose con una visión restrictiva del alcance de la cláusula. Y todos los países soberanos del mundo, incluso —por supuesto, Alemania y Argentina— se quedan con el deseo de ver su voluntad como expuesta en tratados, respetada por árbitros.

En el parágrafo 194 de la decisión en el caso *Daimler* se dice que todas las disposiciones relativas al arreglo de controversias, incluidas en los acuerdos bilaterales, son, por naturaleza propia, de carácter jurisdiccional. Eso es uno de los puntos más importantes de controversia con el juez Charles Brower. Eso es, particularmente, el caso contemplado en el artículo 10 de nuestro BIT estudiado en el presente laudo, considerando su terminología. Aquí, la referencia a *Wintershall* se revela de nuevo como muy importante.

Yo quiero insistir una vez más sobre el hecho de que ese punto está directamente vinculado con el respeto del consentimiento expuesto por las partes estatales al tratado bilateral bajo las exigencias del Derecho Internacional Público, en materia de elección de los modos de arreglo de las diferencias que nunca se pueden imponer a un Estado soberano sin respetar su propia voluntad, como otra vez ha sido recordado en la más reciente jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia en los casos *Djibouti c/ Francia*[9] o *Georgia c/ Russia*.[10]

---

[9] *Certain Questions of Mutual Assistance in Criminal Matters* (*Djibouti vs. France*) Jurisdiction and Admissibility. Fallo del 4 de junio de 2008, parágrafo 62.

[10] *Case Concerning Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Georgia vs. Russian Federation),* Preliminary Objection. Fallo del 1 de abril de 2011, paragráfos 133-135.

En consideración, en particular, de la posición unánime tomada por el tribunal en el caso *Wintershall*,[11] yo quiero subrayar el hecho de que comparto la posición tomada en el texto de *Daimler*, cuando dice:

> Todas las disposiciones sobre resolución de controversias basadas en TBI, por otro lado, revisten, por su naturaleza misma, carácter jurisdiccional. El simple hecho de que estén incorporadas a un tratado bilateral indica que son el reflejo del acuerdo soberano entre dos Estados, y ya no un simple acto administrativo de creación de los árbitros. Éstas establecen las condiciones bajo las cuales un tribunal que interviene en una controversia entre inversionistas y Estados, pueda ejercer su jurisdicción con el consentimiento de los Estados contratantes, casi del mismo modo en que los actos legislativos confieren jurisdicción a los tribunales domésticos. Esto se vuelve, particularmente, evidente en el caso del TBI Argentina-Alemania, el cual describe el proceso de resolución de controversias con lenguaje que implica obligatoriedad y necesariamente secuencialidad.

Los argumentos contrarios expuestos en la reciente decisión sobre jurisdicción en el caso *Hochtief vs. Argentina*[12] sobre el mismo asunto, no han cambiado para nada mi posición en la materia. Al contrario, quiero llamar la atención sobre la toma de posición muy pertinente del árbitro J. Christopher Thomas Q.C.,[13] en su opinión separada y disidente, precisamente, muy similar a la posición tomada en la decisión del arbitraje entre *Daimler* y *Argentina*.

---

[11] En el caso *Wintershall*, el tribunal afirmaba lo siguiente: «El que un inversionista pudiera elegir a su arbitrio omitir el segundo paso [el requisito del transcurso de 18 meses de iniciado el proceso ante tribunales domésticos] sencillamente no está contemplado, ni siquiera previsto, en el TBI Argentina-Alemania, porque el «consentimiento» (oferta permanente) del Estado receptor (Argentina) tiene como premisa haber sometido primero ante los tribunales competentes del Estado receptor toda la diferencia para su resolución por los tribunales locales».

[12] Icsid Case n.º ARB/07/31, Decisión sobre jurisdicción, 24 de octubre de 2011 y opinión separada y disidente del señor J. Christopher Thomas.

[13] Q.C. = *Queen's Counsel*.

El señor J. Christopher Thomas subraya, en particular, partiendo de una perspectiva no sólo inspirada por el Derecho Internacional Público, sino también por los principios generales del arbitraje (comercial, así como entre Estados e inversores extranjeros) que las condiciones establecidas en el tratado bilateral forman parte de la oferta de arbitraje que condiciona el acuerdo de los Estados parte al TBI. El mismo árbitro insiste con justa razón sobre la necesidad de respetar el acuerdo del Estado de recepción de la inversión como expresado en el TBI. El citado árbitro después recuerda que «el requisito de los 18 meses es, claramente, el fruto de una negociación entre los dos Estados parte» (para. 4), y que «[...] la existencia del acuerdo para someter las controversias a arbitraje se determinará examinando los dos consentimientos» (para. 18).

En apoyo de esa observación cita el señor J. Christopher Thomas la opinión de Campbell MacLachlan Q.C., otro experto eminente, según la cual «dado que el inversionista y el Estado receptor sostienen puntos de vista diferentes, el consentimiento al arbitraje debe interpretarse a partir del consentimiento prestado por el Estado a través del tratado».[14] De acuerdo con los principios fundamentales del Derecho Internacional en la materia, los dos expertos (Christopher Thomas y Campbell McLachlan) nombran así, explícitamente, el respeto del consentimiento estatal como piedra angular de la elección de un modo específico de arreglo de diferencias, así como lo hicieron los árbitros de manera unánime en el caso *Wintershall*.

Después de eso, siempre en su opinión separada bajo la decisión en el caso *Hochtief AG*, el árbitro Christopher Thomas sigue observando que «antes de que se emitiera el laudo del caso *Maffezini* era evidente que la oferta y la aceptación debían coincidir, como bien había sido indicado por el profesor Ch. Schreuer en su comentario del Convenio

[14] MCLACHLAN, Campbell Q.C., Laurence SHORE y Mathew WEINIGER. *International Investment Arbitration: Substantive Principles.* Oxford: Oxford University Press, 2007, p. 257.

de Washington».[15] Por fin, el mismo árbitro concluye con una formulación que puedo directamente hacer mía: «A mi juicio la necesidad de que existan consentimientos concurrentes, necesidad que no generaba controversias bajo el convenio del Ciadi, sigue vigente» (para. 21).

Todos esos elementos de fondo me han incitado a revaluar la posición que había aceptado, no sin duda y ante la inutilidad práctica de cualquier precisión en contrario dada la coincidencia unánime de los otros dos componentes del tribunal, en 2004 (*Siemens*), época en la cual todavía no existía la distancia suficiente para evaluar plenamente los fundamentos así como las consecuencias de una toma de posición en el caso *Maffezini* no de conformidad al Derecho Internacional Público en materia de consentimiento de arreglo de diferencias.

Quiero añadir que también en Derecho Internacional Público no se puede tratar de encontrar un apoyo a la tesis contraria, haciendo decir a los artículos 31 y 32 del Convenio de Viena sobre la interpretación de los tratados, básicamente, lo contrario de lo que significan, como lo hace, lamentablemente, la mayoría del tribunal en la decisión reciente en el caso *Hochtief AG*. La regla de interpretación detallada en ese Convenio no le da al intérprete plena libertad de reconstruir libremente la voluntad de los Estados sino, al contrario, de seguir el sentido ordinario de atribuir a los términos del tratado. En el caso del artículo x del tratado bilateral entre Alemania y Argentina, los términos empleados son claros y reflejan el consentimiento de las Partes sin ambigüedad.

Como muy bien ha sido dicho en el caso *Renta 4* por el tribunal presidido por Jan Paulson:

> Speculations relied upon as the basis of purposive readings of a text run the risk of encroachment upon fundamental policy determinations. The same is true when «confirmation» of a

[15] Schreuer, Christoph H. *The Icsid Convention: A Commentary.* Cambridge University Press, 2001, parágrafo 356, p. 238.

> hypothetical intention is said to be found in considerations external to the text. **The duty of the Tribunal is to discover and not to create meaning**.[16]

En particular, hay que recordar que *in claris non fit interpretatio*, puesto que ante términos claros y sentido evidente no les corresponde a los intérpretes y aplicadores del Derecho la necesidad de recurrir a medios complementarios de interpretación y no debe primar otro sentido que el literal de sus palabras, tal y como se consagró en el citado brocardo latino que, como se sabe, tiene su origen entre los siglos II y III (a.C.), época en que las escuelas jurídicas romanas (sabiniana y proculeyana) tuvieron destacada importancia, siendo posteriormente adaptado y asumido en los diferentes ordenamientos jurídicos a partir de alguna de las adaptaciones recogidas en el Digesto, manteniendo igual conclusión los similares aforismos jurídicos *verba simpliciter prolata debent intelligi secundum suam proopiam significactionem* y *quum in verbis nulla ambiguitas est, non debet admitti voluntatis quaestio*.

Así pues, como ha dicho la Corte Internacional de Justicia en igual dirección de modo excelente ya en el año 1950, en una época durante la cual se trataba de entender precisamente cuáles eran los derechos y la obligaciones de los Estados miembros de la todavía nueva Carta de las Naciones Unidas, tratando de las condiciones de fondo para la admisión de un nuevo Estado como miembro de la Organización: «*If*

---

[16] *Renta 4 S.V.S.A. vs. The Russian Federation*, *Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce, Award on Preliminary Objections to Jurisdiction (20 Mar 2009) [hereinafter* «*Renta 4*»], para 93 (*emphasis* added), donde, precisamente, se puntualiza que con especular o tomar las especulaciones como la base de las lecturas de propósito de un texto, corre el riesgo de intrusión en las determinaciones políticas fundamentales y lo mismo se aplica cuando «confirmación» de una hipotética intención se dice que se encuentra en consideraciones externas al texto, tras lo cual se concluye que el deber del tribunal es descubrir y no crear el significado nuevo del contenido de un texto de que se trate.

the relevant words [of a treaty] in their natural an ordinary meaning make sense in their context, that is the end of the matter».[17]

Resulta por fin muy relevante la mención en la sección d) «En su territorio» (artículo 2) que es un elemento muy importante que acaba de demostrar la limitación del alcance de la cláusula. Al suponer que la cláusula de la nación más favorecida, tal como aparece formulada en los artículos 3 y 4 del tratado Alemania/Argentina, pudiera extenderse también al arreglo de litigios, sólo lo podría hacer «en el territorio» argentino, al contrario de lo que se encontraría si un tribunal arbitral internacional fuese competente, como pretende ahora, de nuevo, el juez Charles Brower. Quiere decir que, una vez más, en caso de que la interpretación extensiva del alcance de la cláusula fuese justa (lo que nosotros no pensamos, como ha quedado bien demostrado antes), el consentimiento dado por los Estados al tratado bilateral todavía limitaría el alcance del tratamiento (incluso en lo que se refiere al arreglo de diferencias) al territorio del Estado que acoge la inversión. En tal hipótesis, sólo los tribunales nacionales, ubicados sobre el territorio nacional argentino, podrían entonces tratar de arreglar la controversia.

El artículo 10 sobre arreglo de diferencias prevé la posibilidad de recurrir a un tribunal arbitral internacional; eso demuestra que es incompatible con la limitación territorial de la cláusula de la nación más favorecida (limitada al tratamiento «sobre el territorio del Estado que acoge la inversión») y refuerza la presunción bajo la cual el arreglo de diferencias no formaba parte ya en 1991, y todavía no forma parte con más razón ahora, del tratamiento de referencia en los artículos 3 y 4.

---

[17] Corte Internacional de Justicia, Opinión consultiva en el Caso de la *Competencia de la Asamblea General para la admisión de un Estado a las Naciones Unidas,* ICJ Reports 1950, pp. 4-5, donde se dice justamente, como se reproduce en el inglés original en el texto, que si las palabras pertinentes [de un tratado] en su estado natural, es decir, *an ordinary* tienen sentido en su contexto, ése es, precisamente, el final de la materia o la finalidad y conclusión última de su contenido.

En el laudo *Daimler* y Argentina, por lo que se refiere a la decisión final y posibilidades procesales ofertadas a las partes aunque sometidas a la condición que se acuerden ambas partes elegir una o otra opción propuesta por el tribunal, en cuanto a la decisión final, para demostrar la amplitud de miras de nuestro tribunal, después de la comprobación del hecho de que nuestro tribunal no tiene jurisdicción porque la demandante no ha cumplido con la necesidad de plantear, en primer lugar, su litigio frente a las cortes judiciales argentinas durante el plazo de 18 meses, comparto la decisión que les ofrece a la demandante para permitirle interponer una acción judicial delante de las cortes judiciales argentinas para un procedimiento no superior a la duración de 18 meses, de conformidad con el artículo 10 (3) (b) del acuerdo bilateral de protección de inversiones entre Alemania y Argentina.

En el caso de que las citadas cortes judiciales argentinas no hubieran resuelto el caso al fin del plazo de 18 meses, queda en libertad de solicitar un arbitraje internacional, a partir de entonces, donde podría incluir los gastos de dicha reclamación, así como los costes de oportunidad sufridos por la demora en la plena satisfacción de sus pretensiones, pudiendo, pues, añadir a sus otras peticiones una reclamación adicional relativa a su tratamiento en los tribunales argentinos, que si se prueba, sería plenamente indemnizable, con intereses, de la misma manera como lo sería cualquier otra violación del tratado. Es decir, cualquier violación debida a un trato menos favorable o discriminatorio sería compensada de acuerdo con el principio general del Derecho Internacional de la reparación íntegra.

Desde luego, en el laudo dictado entre *Daimler* y Argentina la parte más importante es la que se refiere al alcance de la cláusula de la nación más favorecida con una importancia particular, dada a la interpretación de la voluntad de las partes al acuerdo bilateral, Alemania y Argentina, y cuál era esa voluntad en 1991, año de la celebración de dicho tratado bilateral, basándose en el derecho aplicable a esa época, como en particular revelado por la declaración de principios adoptada dentro del

Banco Mundial en el año 1992 sobre las inversiones internacionales. Esa declaración acaba de confirmar que en esa época el «tratamiento» de inversiones (al cual se refiere la cláusula de la nación más favorecida) y el arreglo de diferencias eran dos cosas completamente distintas para las cuales había, como en el tratado, dos tipos de cláusulas diferentes.

En todo caso, por las razones discutidas anteriormente, estimo que tanto los laudos de *Wintershall* cuanto éste a que estamos haciendo mención de *Daimler* pueden llegar a sus decisiones sobre la base de una falta de pruebas con el consentimiento de la Argentina para someterse a la jurisdicción de los tribunales arbitrales internacionales sobre la base de este tipo de uso de la cláusula NMF, justificando en concreto mi opinión ahora por varios motivos de los cuales recuerdo una vez más los tres siguientes: 1) la jurisprudencia se ha vuelto más dividida y más laudos se han pronunciado en contra de la posición mantenida en el arbitraje de *Siemens*; 2) varios Estados, entre ellos la Argentina, desde entonces han puntualizado el enfoque de los laudos *Maffezini/Siemens*, que me llevan a replantear mi conclusión original como el consentimiento de Argentina para este tipo de uso de nación más favorecida; y 3) el tribunal de *Siemens* no participó en el análisis de varios de los puntos cubiertos ahora ampliamente y con todo rigor por este laudo (por ejemplo, evidencia de la comprensión de la expresión «comunidad de tratamiento», la práctica de la Argentina, la limitación de la cláusula NMF, la falacia lógica del argumento *expressio unius*), siendo todos estos factores dichos razonablemente, los que pretenden justificar con creces mi adhesión a la opinión manifestada en el laudo entre *Daimler* y Argentina que, por supuesto, muy gustosamente, someto a cualquier otra mejor fundada.

El asunto Aguaytía Energy (Icsid Case n.º ARB/06/13)

Nicolás Zambrana[*]

Sumario: 1. Exposición del caso.— 2. La protección del Derecho elegido por las partes: las cláusulas de estabilización.— 2.1. Definición, utilidad y fines de las cláusulas de estabilización.— 2.2. Ámbito de aplicación y tipos de cláusulas de estabilización.— 2.3. Validez y Derecho aplicable a las cláusulas de estabilización.— 2.4. Efectos de las cláusulas de estabilización.— 2.5. Práctica arbitral del Ciadi en materia de cláusulas de estabilización.— 2.6. Conclusiones.

1. Exposición del caso

En el caso Aguaytía Energy, el demandante *Aguaytia Energy LLC* (de ahora en adelante, AEL) reclamaba 142 millones de dólares como compensación por lo que entendía que era una violación de un acuerdo de estabilidad (también llamado cláusula de estabilización)[1] por parte de la República del Perú, que actuaba como responsable de su propia conducta, a través de su Ministerio de Energía y Minas, así como de varios organismos administrativos. Sin embargo, el tribunal del Ciadi no le dio la razón y afirmó que el acuerdo de estabilidad no proporcionaba los derechos sustantivos que el inversor-demandante estaba reclamando. El acuerdo de estabilidad contenía una cláusula de sumisión a los tribunales

[*] Universidad de Navarra.

[1] Sobre la diferencia entre cláusula de estabilidad y de estabilización ver el siguiente epígrafe.

del Ciadi, conforme a la cual el tribunal que resolvió el caso asumió competencia y falló con acuerdo a Derecho.

A comienzos de los años noventa, al tiempo que Perú privatizaba sus sectores de hidrocarburos y eléctrico, se ofrecieron a los inversores acuerdos de estabilización legal, conforme a los cuales el Estado prometía conservar estables ciertas normas y marcos judiciales, tales como normas tributarias, durante un número determinado de años.

El demandante, a través de su filial peruana, invirtió en el Proyecto Aguaytía, un proyecto de desarrollo de gas natural en los campos de gas del este del Perú. Además de un acuerdo para explotar el yacimiento de gas, se acordaron concesiones de generación y transmisión de electricidad, Perú acordó garantizar la estabilidad de su sistema impositivo, el derecho a la repatriación de beneficios y el derecho a la no discriminación, entre otros.

Esta última garantía —la estabilidad del derecho a la no discriminación— estuvo en el centro del debate. Conforme al demandante, Perú había violado esta garantía cuando ofreció un modelo de inversión más ventajoso a otros inversores. En particular, AEL se refirió a una concesión del tipo *Build, Operate, Own and Transfer* (BOOT) que Perú había concedido a la compañía colombiana ISA en 2001.

Conforme a la concesión BOOT de ISA, ésta asumía obligaciones de resultado para construir líneas de alta tensión y a cambio recibía varios incentivos, incluyendo un sistema de remuneración estable, independiente del flujo real de electricidad. A la vista del acuerdo BOOT de ISA, AEL intentó que se reclasificaran sus líneas de alta tensión para así tener las ventajas del mismo tipo de sistema de remuneración. Esto se llevó a cabo, en primer lugar, a través de canales administrativos y luego mediante recurso a los tribunales nacionales de Perú.

La batalla legal de AEL tuvo éxito a medias, pero algunas cuestiones, incluyendo la clasificación de dos de sus líneas de alta tensión, no fueron resueltas satisfactoriamente para ella, lo que llevó a la demanda ante el Ciadi, iniciada en mayo de 2006. En su reclamación, AEL argumentaba que la garantía de la estabilidad del derecho a la no discriminación incluía una protección sustantiva contra la discriminación en el trato respecto a otros inversores tales como el inversor de la concesión BOOT.

Sin embargo, Perú sostenía que el acuerdo de estabilidad garantizaba la estabilidad del derecho a la no discriminación, conforme a lo previsto en el Derecho peruano, pero que no garantizaba un derecho sustantivo independiente de no discriminación.

Respecto al Derecho aplicable al fondo, la cláusula de sumisión preveía un arbitraje de Derecho, no de equidad. Interpretando el artículo 42 del Convenio Ciadi, el tribunal advirtió que, básicamente, aplicaría las normas del Derecho de Perú conjuntamente con aquellas normas de Derecho Internacional que fueran aplicables. Las partes trataron este tema en profundidad y también presentaron informes de expertos, especialmente sobre la cuestión de qué normas de Derecho Internacional serían aplicables. Sin embargo, el tribunal afirmó que ambas partes estaban de acuerdo en que el acuerdo de estabilidad era un contrato regido por el Código Civil de Perú y que el Derecho peruano, propiamente entendido, llegaba a las mismas conclusiones que el Derecho Internacional, por lo que el tribunal del Ciadi decidió no examinar más que el Derecho peruano.

Para el tribunal, ambas partes estaban de acuerdo en que el punto de partida de cualquier interpretación debía ser la literalidad del texto acordado por las partes en la cláusula de estabilidad. Después examinaría si el resultado requería alguna modificación después de tener en cuenta más reglas de interpretación conforme a Derecho peruano, especialmente la cuestión de si este resultado es consistente con los

requisitos de la buena fe y la intención común de las partes, tal como están expresados en el Código Civil del Perú.

El tribunal advirtió que el demandante, AEL, no había señalado ningún documento que reflejara su interpretación del acuerdo en el momento en que se llevó a cabo. El acuerdo de estabilidad contenía, en su artículo III, cinco áreas diferentes que estaban siendo estabilizadas. El demandante, según el tribunal, no había aportado ninguna documentación relativa a su evaluación de estos diferentes derechos. Especialmente, no había explicado por qué la estabilidad del derecho a la no discriminación habría sido de particular importancia para el acuerdo, ni por qué habría considerado, en el momento de alcanzar el acuerdo de estabilidad, que éste contenía un derecho sustantivo a no ser de ningún modo discriminado mediante acciones futuras de la República del Perú. El demandante tampoco identificó ninguna jurisprudencia peruana o arbitral a efectos de que un acuerdo de estabilidad, afianzando normas de no discriminación, constituiría, en efecto, una garantía o afirmación por parte del Estado de que no habría discriminación alguna contra la parte contratante.

Para el tribunal, estaba fuera de toda duda que los acuerdos de estabilidad son de gran importancia para los inversores. La estabilidad del derecho a no ser discriminado también era de importancia obvia para el inversor extranjero, dado que congelaba las leyes, normas y reglamentaciones aplicables a éste, tal como existían en el momento en el que el acuerdo de estabilidad fue concluido. Esto hubiera significado que ninguna ley nueva se habría podido aprobar, que expresara que ciertas normas relativas a la no discriminación ya no serían de aplicación al demandante. La cláusula, especialmente, garantizaba el Derecho Constitucional a la igualdad ante la ley. Por ejemplo, según el tribunal, un Estado peruano hostil a la inversión extranjera no habría podido, durante la duración del acuerdo de estabilidad, empeorado el estatus del demandante mediante la modificación de este derecho constitucional

a que la inversión extranjera no fuera tratada de modo diferente a la inversión nacional.

También estaba claro para el tribunal, conforme al clausulado del acuerdo de estabilidad, que las garantías que contiene relativas a la estabilidad jurídica no conceden un estatus de inversor más favorecido. Y en qué medida tal estatus era posible para el demandante, era una cuestión para ser resuelta únicamente por las autoridades peruanas al aplicar las normas constitucionales de proscripción de la discriminación y las normas específicas aplicables en este contexto. Sin embargo, el tribunal del Ciadi afirmó no tener competencia sobre la cuestión, ni en primera instancia o por medio de apelación contra decisiones de tribunales y órganos administrativos peruanos, dado que el acuerdo de estabilidad no concedía ningún derecho sustantivo.

Al final, como se ha dicho, el tribunal del Ciadi dio la razón a Perú y sostuvo que el acuerdo en cuestión sólo garantizaba que las normas peruanas específicas que protegían frente a la discriminación no serían modificadas en lo que respectaba al demandante, durante la duración del acuerdo de estabilidad, pero que no creaban un derecho sustantivo de protección frente a la discriminación.

Esta conclusión, según el tribunal, cerraba el debate, dado que el demandante no hacía ninguna reclamación basada en cambios legales y se aceptaba que eran los tribunales peruanos, y no el tribunal Ciadi, el competente para entender de cualquier violación del Perú de sus normas antidiscriminación.

El tribunal añadió que estaba claro que del clausulado del acuerdo de estabilidad no se desprende un estatus de inversor más favorecido.

Sobre las costas, el tribunal concluyó que cada parte debía pagar las suyas y su parte de las tasas arbitrales del Ciadi.

2. LA PROTECCIÓN DEL DERECHO ELEGIDO POR LAS PARTES: LAS CLÁUSULAS DE ESTABILIZACIÓN

2.1. Definición, utilidad y fines de las cláusulas de estabilización

Un principio general del Derecho Internacional Privado es que la norma aplicable a la relación contractual es entendida como la norma en vigor en cada momento.[2] Asimismo, uno de los motivos por los que un inversor toma la decisión de invertir es que las normas aplicables a la relación contractual que sea, o aplicables a la inversión en general, le aseguran la recuperación de la inversión y la obtención de un beneficio. Por tanto, al inversor le interesa sobremanera la estabilidad del marco regulatorio de la inversión.[3] No obstante, conforme al principio enunciado más arriba, es planteable que un cambio en la ley aplicable entorpezca dichas perspectivas. El peligro es mayor cuando la cláusula de elección del Derecho aplicable sólo hace referencia al Derecho interno.[4] El Estado receptor de la inversión puede, inclusive, modificar dicho Derecho aplicable con el único objetivo de perjudicar al inversor, como sucede en los casos de las expropiaciones realizadas mediante ley o decreto.[5] Dicha modificación legislativa puede ser conforme con los requisitos constitucionales internos del Estado en cuestión y, por lo tanto, ser válida a todos los efectos en el orden interno.

Los contratos de Estado, en especial los contratos para la explotación de recursos naturales, requieren una gran inversión en las primeras fases de exploración y extracción y suelen tener una larga duración,

---

2 *Cfr*. PÉREZ VERA, E. *Et. al*. *Derecho Internacional Privado*. UNED, 1997, 6.ª edición, p. 123.

3 *Vide* Laudo de 12 de mayo de 2005, dictado en el caso *CMS Gas Transmission Company vs. The Argentine Republic* (ARB/01/8) y publicado en <http://www.worldbank.org/icsid/cases/CMS_Award.pdf>, pp. 80 a 82.

4 *Cfr*. SCHREUER, Ch. *The Icsid Convention: A Commentary*. Cambridge University Press, 2001, p. 591.

5 *Cfr*. SORNARAJAH, M. *The international law on foreign investment*. Oxford, 2004, 2.ª edición, p. 407.

porque sólo así es posible recuperar la inversión.[6] Determinados cambios en el marco económico del contrato —equilibrio entre gastos e ingresos— pueden perjudicar al inversor o incluso hacer inviable el proyecto. Por eso, el inversor tiene un interés (en principio, legítimo) en proteger el *statu quo* de la inversión, pues ha sido sobre esa base sobre la que han realizado los cálculos de costes y beneficios presentes y futuros.

Las modificaciones administrativas de un contrato de Estado o del marco económico de la inversión pueden ser muy variadas: alteración de los precios o tarifas pactadas con el inversor al ofrecer el servicio público al que se había comprometido, redenominación de la moneda en que se había pactado pagar al inversor, modificación de normativa referente a la protección del medio ambiente, protección de los trabajadores, expropiación de la inversión por ley o por decreto, o sucesión de medidas de distinto orden (normativas o no) que lleven al inversor a considerar que, en la práctica, se le ha privado de su inversión o del beneficio que pensaba obtener con ella.

Por otro lado, como ya se ha comentado, Sornarajah y Bowett entienden que los contratos administrativos —categoría dentro de la que incluye a los contratos de Estado y los contratos de desarrollo (*economic development agreements*)— se concluyen para beneficiar el interés público y éste es mutable,[7] no estático, razón por la que la administración (el Estado, en definitiva) tiene potestad —no ilimitada— de modificación e incluso resolución de los contratos administrativos. En definitiva, el principio básico de la santidad de los contratos (*pacta sunt servanda*) no tendría plena aplicación en los contratos de Estado y el inversor debería buscar otro tipo de mecanismos que lo sustituyan. Por ello, como

---

6 *Cfr*. Wälde, T.W. *Stabilising international investment commitments: International Law versus contract interpretation*. CPLP Professional paper n.º PP13, Centre for Petroleum and Mineral Law and Policy, 1994, p. 5.

7 *Cfr*. Sornarajah, M. *The settlement of foreign investment disputes*. La Haya/Boston, Kluwer Law International, 2000, p. 407 *in fine*; Bowett, D. «*Claims between States and Private Entities: The Twilight Zone of International Law*». En *Catholic University Law Review*, vol. 35, 1985-1986, p. 930; *vide* caso *Aramco*, p. 935.

afirma Kulpa, habría que mirar con desconfianza el que un Estado pudiera autolimitar sus competencias soberanas (por ejemplo, mediante cláusulas de estabilización), como la de modificar contratos administrativos mediante normas internas.[8]

Uno de los mecanismos para evitar las consecuencias de los cambios en el marco regulatorio de la inversión son las cláusulas de estabilización o *freezing clauses*:[9] acuerdos entre un Estado y una persona o entidad extranjera por medio del cual el Estado se compromete a no anular, resolver o modificar los términos del contrato suscrito con dicha persona o entidad, y en el que se incluye dicha cláusula de estabilización. La cláusula también puede formularse como un compromiso del Estado de que cualquier cambio en el Derecho interno no afectará al inversor. Las cláusulas de estabilización no tienen por qué ser omnicomprensivas, sino que pueden estar dirigidas a estabilizar únicamente determinados aspectos de la legislación interna: tributos,[10] requisitos societarios, etc. El significado y eficacia de estas cláusulas es necesariamente controvertido, dada la tensión que provocan entre la soberanía legislativa y el

---

8 *Cfr*. KULPA, N.N. *Das anwendbare (materielle) Recht in internationalen Handelsschiedsgerichtsverfahren*. Frankfurt: Peter Lang, 2005, p. 129.

9 Kulpa diferencia entre cláusulas de estabilización y *freezing clauses*. Mediante las primeras el Estado se comprometería a no modificar el contrato mediante normas internas y mediante las segundas se comprometería a la aplicación de su Derecho interno, en futuras controversias con el inversor, en el modo en que estuviera dicho Derecho en el momento de concluir el contrato; *cfr*. KULPA, N.N. *Das anwendbare (materielle) Recht in internationalen Handelsschiedsgerichtsverfahren*. Frankfurt: Peter Lang, 2005, pp. 124 y 125.

10 Mediante las cláusulas *no further tax*, el Estado se compromete a no gravar la inversión con más impuestos de los que ya están previstos en el momento de la firma del contrato; *vide* laudo sobre jurisdicción, de 6 de julio de 1975, dictado en el caso *Alcoa Minerals of Jamaica, Inc. vs. Jamaica* (ARB/74/2); extractos del laudo publicados en Schmidt, J.T. «Arbitration Under the Auspices of the International Centre for Settlement of Investment Disputes (Icsid): Implications of the Decision on Jurisdiction in Alcoa Minerals of *Jamaica, Inc. vs. Government of Jamaica*». En *Harvard International Law Journal*, vol. 17, 1976, pp. 90-109.

interés público del Estado parte, por un lado, y los intereses a largo plazo del inversor, por otro.[11]

Las cláusulas de estabilización se deben distinguir de las cláusulas de estabilidad. Estas últimas se encuentran en normas internas de aplicación general (leyes, decretos) e inmunizan a los inversores extranjeros frente al impacto de los cambios en las políticas nacionales como impuestos, repatriación de beneficios y otras medidas estatales que se consideraban, tradicionalmente, como parte del riesgo político de la inversión.[12] En cambio, las cláusulas de estabilización, contenidas en los contratos de inversión singulares protegen únicamente al inversor parte del contrato.[13]

La utilidad de incorporar una cláusula de estabilización a un contrato de Estado no es sólo la cobertura del inversor frente al riesgo político (cambios normativos), sino también la obtención de certeza legal y la promoción de la inversión extranjera, mediante la admisión de tales cláusulas por parte del Estado o entidad pública contratante, dando así seguridad al inversor de que la planificación económica que ha hecho no se verá truncada.[14]

Sánchez Lorenzo entiende que la elección de un Derecho estatal «estabilizado» «no es una auténtica elección de un Derecho estatal, sino que resulta equivalente y tiene los mismos efectos que la elección de un Derecho no estatal, de un convenio internacional no vigente, de los

---

[11] *Cfr*. Brownlie, I. *Principles of Public International Law*. Oxford: Oxford University Press, 1998, 5.ª edición, p. 554.

[12] *Cfr*. Verhoosel, G. «Foreign direct investment and legal constraints on domestic environmental policies: striking a "reasonable" balance between stability and change». En *Law and Policy in International Business*, vol. 29, 1998 <http://findarticles.com/p/articles/mi_qa3791/is_199807/ai_n8788210>.

[13] *Cfr*. Faruque, A.A. «*Validity and Efficacy of Stabilisation Clauses. Legal Protection vs. Functional Value*» En *Journal of International Arbitration*, 2006, vol. 23, p. 318.

[14] *Cfr*. Faruque, A. *Op. cit.*, p. 318 y pp. 321 y 322.

Principios Unidroit o de una Ley Modelo».[15] Sea como sea, el Derecho estabilizado tiene que ser aplicado con su jurisprudencia (la emitida hasta el momento de la estabilización) correspondiente y con los métodos de interpretación y llenado de lagunas que él mismo prevea.

En ausencia de una cláusula de estabilización no hay una solución sencilla para el problema de los efectos de la modificación subsiguiente de la legislación estatal sobre la inversión. Durante la redacción del Convenio Ciadi se discutió este problema, sugiriéndose que las modificaciones no deberían afectar negativamente al inversor.[16] Broches señaló que las partes eran libres de decidir si el Derecho aplicable sería el que estuviera en vigor en cada momento o si el inversor debía recibir garantías en este sentido.[17] Los cambios necesarios para adaptar la ley a los cambios de circunstancias sociales, económicos y tecnológicos, afectarán a los acuerdos de inversión y a las inversiones en general, pero se han de aplicar de modo no discriminatorio. La situación es diferente si los cambios normativos tienen, en efecto, una finalidad discriminatoria o si sus efectos son los de privar al inversor de su inversión o perjudicarla enormemente. En estos casos, el *international minimum standard* de protección de los extranjeros limitaría la libertad del Estado para modificar su propia ley, incumpliendo sus compromisos con los inversores.[18]

2.2. Ámbito de aplicación y tipos de cláusulas de estabilización

El ámbito de aplicación de las cláusulas de estabilización puede ser omnicomprensivo o limitado. En el primero de los casos, la cláusula impediría al Estado, teóricamente, cualquier modificación de la relación jurídica contractual, de los derechos y obligaciones de las partes.

---

15 *Cfr*. SÁNCHEZ LORENZO, S. «Derecho aplicable al fondo de la controversia en el arbitraje comercial internacional». En *Revista Española de Derecho Internacional*, 2009, vol. 61, p. 49.

16 *Cfr*. History of the Convention, vol. 2, pp. 405, 406, 419, 803, 985.

17 *Ibidem* p. 502.

18 *Cfr*. SCHREUER, C. *The Icsid Convention: A Commentary*. Cambridge University Press, 2001, pp. 595 y 596.

En el caso de una cláusula de estabilización limitada, se señalarían los ámbitos jurídicos y económicos que el Estado se obliga a respetar: legislación fiscal, laboral, repatriación de beneficios, etcétera.

Una de las varias clasificaciones posibles de las cláusulas las divide en cláusulas de estabilización *stricto sensu*, cláusulas de intangibilidad y cláusulas de estabilización económicas.[19] Las primeras tratarían de asegurar que el Derecho aplicable al contrato inversor-Estado no se modificará durante la vida de dicho contrato. Podría afirmarse que este tipo de cláusulas son las que más afectan a la soberanía legislativa de los Estados. Sin embargo, en puridad esto no es así. El Estado puede legislar en materia de contratos de Estado e inversiones, pero se entiende que, implícitamente, el Estado excluye al contrato, en particular, del ámbito de aplicación de dicha legislación, posterior a la entrada en vigor del contrato. Otro tipo de estabilización *stricto sensu* es la que prevería que, en caso de conflicto entre la nueva regulación y el contrato, éste prevalecerá.

Las cláusulas de intangibilidad se limitan a establecer que el contenido del contrato de Estado no será modificado ni el contrato resuelto, excepto mediante acuerdo mutuo de las partes. Un ejemplo de este tipo de cláusulas sería el siguiente:

> El Estado garantiza a los inversores y a la Compañía receptora que este Acuerdo de Inversión, el Acuerdo-Proyecto y las Autorizaciones Estatales Institucionales en relación con las Inversiones y el Proyecto gozarán de absoluta estabilidad legal, de acuerdo con el Marco Regulatorio en vigor. De este modo, ni el Acuerdo de Inversión, ni el Acuerdo-Proyecto, ni las Autorizaciones Estatales Institucionales podrán ser modificadas unilateralmente por leyes u otras disposiciones estatales de cualquier tipo que les afecten o por cambios en la interpretación o aplicación de las mismas y cada una de las mismas en las que el Estado sea parte

[19] Faruque, A. *Op. cit*. pp. 318-320.

> sólo podrá ser modificada por mutuo acuerdo de las Partes que expresamente haga referencia a dichas modificaciones.[20]

Estas cláusulas no contienen una renuncia explícita a la soberanía legislativa —a la que los Estados, por otro lado, no podrían renunciar válidamente—,[21] sino que buscan impedir modificaciones unilaterales del contrato por el Estado receptor de las inversiones. La mayor diferencia con las cláusulas de estabilización *stricto sensu*, es que las de intangibilidad tratan de proteger el contrato frente a las modificaciones llevadas a cabo por la administración (resolución, renegociación forzosa, etcétera), aunque también puede entenderse que el consentimiento para iniciar negociaciones tendentes a la modificación del contrato estaría implícito en el propio contrato, o en el principio de la buena fe, cuando dicha modificación es absolutamente necesaria, por existir un cambio radical de las circunstancias en que fue suscrito el contrato.[22] En estos casos, puede entenderse que el consentimiento de una de las partes se ha concedido por una conducta subsiguiente, aquiescente con las acciones unilaterales de la otra parte, que tienen el efecto de alterar los

---

[20] *Vide* «Latin American infrastructure model agreement 2000»: *The State guarantees the Investors and the Recipient Company that this Investment Contract, the Project Agreements and the State Institution Authorizations, in each case in relation to the Investments and the Project, shall enjoy absolute legal stability in accordance with the Legal Framework in Effect. Accordingly, neither the Investment Contract, nor the Project Agreements nor the State Institution Authorizations may be modified unilaterally by laws or other dispositions from the State of any type that affect them or by changes in the interpretation or application thereof and each thereof in which the State is a party may only be modified by the mutual written agreement of the Parties that expressly evidences such modifications* (traducción del autor). En *Stabilization Clauses and Human Rights*: *A research project conducted for IFC and the United Nations Special Representative to the Secretary General on Business and Human Rights*, 11 de marzo de 2008 <http://www.ila-hq.org/download.cfm/docid/2C3489A0-B4CE-4A66-B1474D3609616CFB>.

[21] *Cfr*. MAYER, P. «*La Neutralisation du Pouvoir Normatif de l'Etat en matière de Contrats d'Etat*». En *Journal du Droit International*, n.° 1, 1986, p. 7.

[22] *Vide* n.° IV.6.7 (Duty to renegotiate de los Trans-Lex Principles <http://www.tldb.net/>.

términos del contrato. De todos modos, este tipo de cláusulas provoca menos oposición que las cláusulas de estabilización *stricto sensu,* porque su efecto puede ser únicamente el de conducir a una renegociación del contrato, para adaptarlo razonablemente a las nuevas circunstancias.[23]

Las cláusulas de estabilización económicas exigen del Estado receptor de la inversión el no aprobar legislación o tomar medida alguna que agrave los costes del proyecto o, en caso contrario, iniciar consultas para determinar los perjuicios del inversor y reparar por las pérdidas sufridas. Como se ve, la incidencia en la capacidad legislativa del Estado es nula, porque el Estado puede alterar el equilibrio del contrato si lo juzga necesario —en teoría, en bien del interés general—, pero comprometiéndose a que no disminuyan las rentas o beneficios que se fueran a derivar del contrato.

Chueca Sancho menciona otra técnica de estabilización consistente en la incorporación al contrato de las normas positivas que se van a aplicar. Como ya se ha comentado más arriba, de este modo las normas son estabilizadas y no se aplican las modificaciones subsiguientes a éstas.[24] Este método también se conoce como la incorporación de un Derecho al contrato, «congelándolo» como si fuera un elenco de normas privadas, que ya no deben ser interpretadas por la jurisprudencia emanada de los jueces del Estado que dicta dicho ordenamiento.

2.3. Validez y Derecho aplicable a las cláusulas de estabilización

La validez, interpretación y efectos de las cláusulas de estabilización están delimitados por el Derecho que se les aplique. Dicho Derecho

---

[23] *Cfr*. Sornarajah, M. *The settlement of foreign investment disputes*. La Haya/Boston, Kluwer Law International, 2000, p. 409.

[24] *Cfr*. Chueca Sancho, A.G. *Contratos de Estado y Empresas Extranjeras y Derecho Internacional Público*. Curso de Verano de Vitoria-Gasteiz, 1989, p. 331.

puede ser el nacional del Estado receptor, el internacional[25] o distintas combinaciones de ordenamientos, entre las que destaca la de la aplicación del Derecho del Estado y el internacional, como corrector del primero y para llenar lagunas (función supletoria).[26]

Mann afirma que será el Derecho aplicable al contrato de Estado el que decida si una cláusula de estabilización tiene el efecto de no considerar aplicables los cambios efectuados en el Derecho aplicable.[27] También hay que recordar que la validez de estas cláusulas ha sido admitida por la Resolución I, de 1979, hecha en Atenas, sobre contratos de Estado, del *Institut de Droit International*, en su artículo 3.[28]

También se puede presumir que la cláusula de estabilización deviene inatacable cuando el Derecho aplicable a ella es el Derecho Internacional, de por sí no modificable por el Derecho del Estado parte. En el caso de determinarse que se aplica el Derecho Internacional a la cláusula de estabilización, además de dicha aplicación siempre tiene que estar presente en el texto del contrato (cláusula de estabilización) la obligación del Estado de respetar el marco de la relación jurídica (obligación de estabilidad) o en la legislación interna del estado receptor (cláusula de estabilidad).[29] Es decir, no bastaría que el Derecho Internacional fuera aplicable al contrato, sino que el Estado tendría que

---

[25] *Cfr*. Schreuer, C. *The Icsid Convention: A Commentary*. Cambridge University Press, 2001, p. 591.

[26] *Cfr*. Wälde, T.W. *Stabilising international investment commitments: international law versus contract interpretation*. CPLP Professional paper n.° PP13, Centre for Petroleum and Mineral Law and Policy, 1994, p. 42 <http://www.dundee.ac.uk/cepmlp/infoserv/Downloads_Free/PP13.pdf>.

[27] *Cfr*. Mann, F.A. «State Contracts and State Responsibility». En *American journal of international law*, vol. 54, 1960, p. 581.

[28] «*Les parties peuvent convenir que des dispositions d'un droit interne auxquelles elles se réfèrent dans un contrat doivent être entendues dans leur teneur au moment de la conclusion de ce contrat*», en <http://www.idi—iil.org/idiF/resolutionsF/1979_ath_01_fr.PDF>.

[29] *Cfr*. Cameron, P.D. *Stabilisation in investment contracts and changes in the rules of host countries: tools for oil & gas investors*. Final Report of 5 July 2006, Asso-

haberse comprometido a respetar el contrato mismo. Normalmente, este compromiso del Estado se entiende comprendido en determinadas obligaciones asumidas, por ejemplo, en los Appri (obligación de trato justo y equitativo).

En definitiva, se podría afirmar que cuando se ha incluido una cláusula de estabilización en el contrato y además se determina la aplicación de un Appri los dos requisitos consistentes en la existencia de una cláusula de estabilización y la aplicación del Derecho Internacional se habrían cumplido y la cláusula sería válida, surtiendo los efectos necesarios.

Una excepción a la necesidad de acordar la aplicación del Derecho Internacional se daría en los casos en los que el tribunal arbitral decide «internacionalizar» el contrato, es decir, aplicar el Derecho Internacional incluso si dicha aplicación no fue prevista expresamente por las partes.[30] En este sentido, se razona, la inclusión de una cláusula de estabilización indicaría que la voluntad de las partes no era someter el contrato —ni la propia cláusula— al Derecho doméstico, pues al hacerlo el mismo Derecho doméstico podía dejar sin efecto la cláusula. La voluntad de las partes sería más bien elegir como Derecho aplicable un ordenamiento superior al doméstico, es decir, el Derecho Internacional (o transnacional).[31]

Por último, para que la mera aplicación del Derecho Internacional tuviera efecto estabilizador habría que entender que la asunción por parte del Estado de una obligación de respetar el contrato estaría implícita,

---

ciation of International Petroleum Negociators <http://lba.legis.state.ak.us/sga/doc_log/2006-07-05_aipn_stabilization-cameron_final.pdf>.

30 *Vide* Laudo de 19 de enero de 1977, dictado en el caso *Texaco Overseas Petroleum Company/California Asiatic Oil Company vs. Government of the Lybian Arab Republic* y publicado en ILM, vol. 17, 1, 1978.

31 *Cfr*. Sornarajah, M. *The settlement of foreign investment disputes*. La Haya/Boston, Kluwer Law International, 2000, p. 408.

por ejemplo, en el principio general de la buena fe, que formaría también parte del Derecho Internacional.[32]

La teoría de la internacionalización de los contratos también implicaría, para algunos autores y parte de la jurisprudencia arbitral, que la presencia de las cláusulas de estabilización en un contrato de Estado, modifica su naturaleza, lo aísla implícitamente del Derecho interno o lo convierte en un cuasi tratado internacional al que se aplica el Derecho Internacional.[33] Como se ha visto en otros apartados, los críticos de esta teoría oponen diversos argumentos: el neocolonialismo jurídico que implicaría, la presunción a favor de la ley del Estado, la tendencia más actual a la «relocalización» de los contratos de Estado, la natural aplicación del Derecho Administrativo nacional a cuestiones concernientes al bienestar público, etcétera.

La aplicación del Derecho Internacional sin que se haya pactado una cláusula de estabilización, puede tener el efecto de inmunizar el contrato contra cambios legislativos subsiguientes, en particular cuando tales cambios tienen el efecto de anular o resolver el contrato o, de alguna manera, son análogos a una expropiación. En estos casos, principios como la buena fe o el estándar mínimo de trato a los extranjeros —en tanto que normas imperativas de Derecho Internacional, inderogables— serían aplicados por el tribunal arbitral de cualquier manera. En ausencia de cláusula de estabilización, si la modificación legislativa es perfectamente razonable y no arbitraria ni discriminatoria, la nueva normativa será completamente aplicable al contrato y a la inversión.[34]

---

[32] *Cfr*. CHENG, B. *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*. Londres: Stevens & Sons Ltd, 1953, pp. 105 *et seq*.

[33] *Vide* Laudo *ad-hoc* de 15 de marzo de 1963, dictado en el caso *Sapphire International Petroleums Ltd. vs. National Iranian Oil Company* y publicado en ILR, vol. 35, 1967, p. 136.

[34] *Cfr*. BEGIC, T. *Applicable in international investment disputes*. Utrecht: Eleven International Publishing, 2006, p. 98.

Desde el punto de vista del Derecho de Obligaciones y Contratos, el principio *pacta sunt servanda* es el que, de una forma u otra, está presente en todos los argumentos a favor de la eficacia de las cláusulas de estabilización. En este sentido, se dice, la intención de las partes de un contrato que incluye una cláusula de estabilización tiene que haber sido, por fuerza, la de que dicha cláusula tenga validez. Además, los principios del *estoppel* y del *non venire contra factum proprium* impedirían a un Estado repudiar una obligación que ha asumido voluntariamente y conforme a la cual ha actuado el inversor extranjero.

Otros argumentos a favor de la validez de estas cláusulas es que son conformes con el principio general de la seguridad jurídica, la santidad de los contratos, en su vertiente de que la ley no puede alterar los pactos entre particulares,[35] y el hecho de que los Estados continúan incluyéndolas en los contratos con inversores extranjeros o en sus propias legislaciones internas.

Los argumentos que con más frecuencia se esgrimen en contra de la validez de las cláusulas de estabilización pivotan alrededor de, por un lado, la capacidad de los representantes de un Estado para vincular a éste mediante la cláusula y, por otro, la propia soberanía de los Estados: soberanía legislativa y la soberanía permanente sobre los recursos naturales.[36] Por su parte, David entiende que una cláusula de estabilización tan sólo puede subrayar la obligación de actuar de buena fe si está sometida al Derecho Internacional, no si está regida por el Derecho del Estado parte.[37] En el caso *Aminoil* se mantuvo que la cláusula de

---

[35] *Vide* Laudo del 12 de abril de 1977, dictado en el *caso Lybian American Oil Company (Liamco) vs. Government of the Lybian Arab Republic* y publicado en ILM, 1981, vol. 20, pp. 105 *et seq*.

[36] *Vide* Resolución n.° 1803 (xvii) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 14 de diciembre de 1962, titulada «Soberanía permanente sobre los recursos naturales» <http://www.ohchr.org/spanish/law/recursos.htm>.

[37] David, N. «*Les clauses de stabilité dans les contrats pétroliers. Questions d´un praticien*». En *Journal du Droit International*, 1986, p. 94.

estabilización no impedía la nacionalización llevada a cabo, pudiendo tan sólo reafirmar el requisito de la justa compensación.[38]

En cuanto a la primera crítica, los funcionarios o representantes del Estado o entidad pública que sean parte en un contrato de Estado —se dice— pueden estar actuando *ultra vires* en caso no tengan poderes suficientes para vincular al Estado con la cláusula de estabilización y, ciertamente, porque no tienen poderes suficientes para vincular al Parlamento en su futura labor legislativa.[39] En contra de esta crítica, el juez Cavin, en el laudo Sapphire, afirmó que a un inversor extranjero no puede exigírsele que conozca toda la legislación de un Estado, lo que, sin embargo, contradice el principio de que la ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento.[40] Además, una multinacional experimentada sí cuenta con los recursos necesarios para conocer, en gran medida, toda la legislación doméstica que puede afectar a su inversión, así como determinar si los funcionarios firmantes del contrato de Estado —y de la cláusula de estabilización— tenían poderes suficientes.

En lo concerniente a las críticas que se basan en el principio de la soberanía estatal, se afirma que mediante un contrato no se puede aherrojar los poderes legislativos de un Estado, sobre todo cuando dichos poderes están dirigidos a la consecución del bien común. Esta crítica podría ser contestada con la teoría de la internacionalización de los contratos de Estado por medio de la cual el contrato de Estado estaría sujeto al Derecho Internacional o sería análogo a un tratado internacional, siendo el inversor, a estos efectos, sujeto del Derecho Internacional. De este modo, un incumplimiento del contrato por parte del Estado —como legislar en violación de la cláusula de estabilización— sería un

---

38 *Vide* Laudo final del 24 de marzo de 1982, dictado en el caso *Government of the State of Kuwait vs. The American Independent Oil Co. (Aminoil)*, y publicado en ILM, 1982, vol. 21, p. 976.

39 *Vide* Sentencia francesa dictada en el caso *SPP Ltd vs. Egipto* y publicada en ILM, 1983, vol. 22.

40 *Vide* artículo 1(6) del Código Civil español.

incumplimiento de una obligación de Derecho Internacional. Sin embargo, puede ser contradictorio que las multinacionales se amparen en su falta de personalidad internacional cuando se intenta regular sus actuaciones mediante instrumentos internacionales, como los códigos de conducta propuestos por algunos organismos intergubernamentales,[41] y a la vez pretendan tener personalidad internacional para evitar modificaciones de los contratos que pueden ser perfectamente razonables y necesarias para la población de un país, en un momento determinado.

Sin embargo, no se puede afirmar que una cláusula de estabilización choque contra la soberanía de los Estados porque recorte su libertad de actuación, de una u otra manera. Si se afirmara eso habría que afirmar también que cualquier contrato recorta la libertad de sus partes, cuando lo que en realidad sucede es que dicha libertad se pone en acto, se concreta y produce resultados. Por otro lado, si se argumentara que un Estado soberano no puede autolimitarse en su función legislativa o ejecutiva, en la práctica se le estaría considerando un incapaz tanto en el plano interno como en el internacional.[42]

En cuanto a la soberanía permanente sobre los recursos naturales, este principio podría considerarse de *ius cogens* —emanando del principio de la libre determinación de los pueblos—, una norma internacional consuetudinaria que no es posible derogar en ningún caso y a la

---

41 *Cfr*. *UN Code of Conduct for Transnational Corporations*, *UN Commission on Transnational Corporations: A Code of Conduct, Formulations by the Chairman*, UN Doc. E/C.10/AC.2/8 (1978).

42 *Cfr*. Peter, W. *Arbitration and renegotiation of international investment agreements*. Kluwer Law International, 1995, p. 222; Curtis, C.T. «The legal security of economic development agreements». En *Harvard International Law Journal*, 1988, vol. 29, pp. 317 y 361; *vide* artículo 9 de la Resolución del *Institut de Droit International*, adoptada en la Sesión de 1989 en Santiago de Compostela; *vide International Law Association's Seoul Declaration on the Progressive Development of Principles of Public International Law Relating to a New International Economic Order*, adoptada por la 62.ª Conferencia de la International Law Association, Seoul, 1986, y publicada en 62 *International Law Associations's Reports of Conferences*, 1986, pp. 6-7 (principio 5.2).

que el Estado no podría renunciar por medio de una norma interna y, mucho menos, por medio de un contrato con un inversor particular[43]. Incluso si así fuera —y hay que tener en cuenta la distinta aceptación que dicho principio ha tenido en el seno de las instituciones internacionales— la soberanía permanente sobre los recursos naturales no está por encima de otros principios como el de la buena fe, la obligación de respetar los derechos de otros estados conforme a Derecho Internacional, la obligación de no contaminar a otros Estados y la obligación de usar los recursos naturales para el bien de la población. Estas obligaciones están en la base de la sociedad internacional y limitarían, por ejemplo, el derecho de un Estado a nacionalizar una explotación concreta de recursos naturales cuando se hiciera de modo discriminatorio para beneficiar únicamente a los propios gobernantes o sólo a una parte de la población, etcétera.

2.4. Efectos de las cláusulas de estabilización

a) Efectos de las cláusulas de estabilización stricto sensu

Los tres efectos básicos de este tipo de cláusulas pueden ser la prohibición de nacionalización o expropiación, la internacionalización del contrato y la obligación del pago de indemnización por incumplimiento del compromiso de no alterar los términos del contrato o no alterar el marco regulatorio de la inversión.[44] En el laudo Topco[45] se puso de manifiesto la teoría extrema de que la cláusula de estabilización prohibía la nacionalización —salvo en caso de alteración fundamental de las circunstancias— y convertía a ésta en un acto ilícito conforme a Derecho

---

[43] *Vide ibidem*, *International Law Association's Seoul Declaration*, pp. 6-7 (principio 5.1).

[44] *Cfr*. FARUQUE, A.A. «*Validity and Efficacy of Stabilisation Clauses. Legal Protection vs. Functional Value*». En *Journal of International Arbitration*, vol. 23, n.° 4, pp. 325 *et seq*.

[45] *Vide* Laudo del 19 de enero de 1977, dictado en el caso *Texaco Overseas Petroleum Company/California Asiatic Oil Company vs. Government of the Lybian Arab Republic* y publicado en ILM, vol. 17, 1978.

Internacional. Esta interpretación se abandonó subsiguientemente y en el laudo Liamco[46] el Tribunal afirmó que si la nacionalización no es discriminatoria y no va acompañada de otros actos ilícitos (por ejemplo, violencia sobre el inversor), no existe incumplimiento de la cláusula de estabilización.

En el caso Aminoil,[47] el tribunal concluyó que la cláusula de estabilización sólo puede limitar el derecho del Estado a nacionalizar si así se dice expresa y razonablemente en el contrato. Las cláusulas de estabilización, por lo tanto, se deberían interpretar restrictivamente y sólo protegerían contra medidas de carácter confiscatorio. La nacionalización es una facultad del Estado conforme a Derecho Internacional y una obligación contractual no puede prevalecer frente a éste. Del arbitraje Aminoil también se desprende que las cláusulas de estabilización pueden limitar la soberanía del Estado, pero sólo durante un período razonable. Este matiz es importante, pues los contratos de Estado (sobre todo, los de explotación de recursos naturales) tienen un período de vida muy largo, en el cual pueden sobrevenir cambios sociales y económicos profundos que no tienen lugar normalmente en contratos comerciales.

Incluso si no consiguen su fin de inmunizar el acuerdo de inversión frente a cambios promovidos por el Estado, las cláusulas de estabilización pueden ser útiles a la hora de decidir el monto de la condena. Se puede entender que la modificación del marco regulatorio de una inversión formalizada mediante un contrato en el que se hubiera incluido una cláusula de estabilización sería un incumplimiento de contrato necesariamente doloso, lo que se valoraría en la condena y en el cálculo de la indemnización. Sin embargo, no hay unanimidad en esta

---

46 *Vide* Laudo de 12 de abril de 1977, dictado en el *caso Lybian American Oil Company (Liamco) vs. Government of the Lybian Arab Republic* y publicado en ILM, 1981, vol. 20.

47 *Vide* Laudo de 24 de marzo de 1982, dictado en el arbitraje entre *Government of the State of Kuwait y The American Independent Oil Company (Aminoil)* y publicado en 21 ILM, 1982, vol. 21, p. 976.

afirmación.[48] En el caso Topco, se condenó a *restitutio in integrum* por incumplimiento de la cláusula; en Liamco, se condenó a una indemnización equitativa; y en Aminoil se tuvieron en cuenta las legítimas expectativas del inversor en vez del valor en libros, propuesto como indemnización por el Estado.

En ausencia de cláusula de estabilización se podría decir que si la expropiación no es discriminatoria ni arbitraria, sino que se ha llevado a cabo en función del interés público y conforme a derecho, la indemnización sería menor (se utilizaría el método DCF, *Discounted Cash Flow*) que si la expropiación es ilícita (discriminatoria, arbitraria, violenta, etcétera), en cuyo caso se condenaría al pago del daño emergente y el lucro cesante, como medida punitiva.

b) Efectos de las cláusulas de intangibilidad

El efecto del incumplimiento de este tipo de cláusulas —que obligan al Estado a no modificar el contrato salvo mutuo acuerdo— también sería el pago de una indemnización, calculada por el tribunal teniendo en cuenta la intención de las partes, los términos del contrato y las circunstancias del caso.

c) Efectos de las cláusulas de estabilización económicas

Estas cláusulas se centran en la compensación que se debe dar al inversor en caso de modificación del marco del contrato, pero no prohíben dicha modificación. Su propósito es mantener el equilibrio del contrato a fecha de su conclusión. La compensación aludida puede tomar la forma de una indemnización económica u otro tipo de medidas que favorezcan al inversor. Cada vez tienen más aceptación, reflejando las incertidumbres de los distintos métodos de cálculo de indemnización por incumplimiento. En la cláusula de estabilización económica, la

[48] *Cfr*. KULPA, N.N. *Das anwendbare (materielle) Recht in internationalen Handelsschiedsgerichtsverfahren*. Frankfurt: Peter Lang, 2005, p. 130.

incertidumbre reside en el cálculo del impacto de la nueva normativa estatal en el equilibrio del contrato.

2.5. Práctica arbitral del Ciadi en materia de cláusulas de estabilización

Los tribunales arbitrales del Ciadi se han mostrado favorables a las cláusulas de estabilización.[49] En *AGIP vs. Congo*, el Tribunal afirmó que las cláusulas de estabilización, libremente concluidas por el Gobierno de Congo, no afectaban a su soberanía legislativa y regulatoria, ya que Congo continuaba pudiendo regular y legislar respecto a los nacionales y extranjeros a los que no afectaba dicha cláusula. Frente al inversor que sí se beneficiaba de la cláusula de estabilización, el efecto consistía en que el Estado no podía utilizar contra él las modificaciones realizadas en el Derecho aplicable.[50] Asimismo, el laudo da a entender una voluntad por parte del tribunal arbitral de considerar las cláusulas de estabilización como parte del Derecho Internacional; y, por lo tanto, protegiendo al inversor frente a modificaciones de la legislación estatal.

En *Letco vs. Liberia* el tribunal determinó que se había elegido el Derecho Interno del Estado parte y que no había habido cambio alguno en dicho ordenamiento. *Obiter dicta*, el tribunal advirtió que las cláusulas de estabilización deben respetarse.[51] En *MINE vs. Guinea* las partes acordaron que el Derecho aplicable sería el que estuviera en vigor en Guinea en la fecha de la firma del contrato y que el acuerdo sería vinculante, a pesar de todas las disposiciones de Derecho Interno público o privado que pudiera haber en Guinea. El Comité de Nulidad

---

[49] *Cfr*. Schreuer, C. *The Icsid Convention: A Commentary*. Cambridge University Press, 2001, p. 592.

[50] *Vide* Laudo Ciadi de 30 de noviembre de 1979, dictado en el *caso AGIP Company vs. Popular Republic of the Congo* (ARB/77/1) y publicado en ILM, vol. 21, 1982, paras. 86 et seq.

[51] *Vide* Laudo Ciadi de 31 de marzo de 1986, dictado en el *caso Liberian Eastern Timber Corporation (Letco) vs. The Government of the Republic of Liberia* y publicado en ILM, vol. 26, 1987, pp. 35 y 36.

observó que ninguna disposición de Derecho guineano podía afectar al acuerdo.[52]

2.6. Conclusiones

Como conclusión sobre lo dicho respecto a las cláusulas de estabilización, se puede afirmar que los contratos de Estado, en particular, los que giran alrededor de la explotación de recursos naturales o de algún servicio público, tienen una vida muy larga y su supervivencia implica reconciliar la tensión entre la soberanía legislativa del Estado y el deber de éste de procurar el bien común, junto con el respeto a la santidad de los contratos. Las cláusulas de estabilización pueden ser un mecanismo útil en este sentido. Puede que no consigan, en casi ningún caso, el objetivo literal de su redacción —impedir la modificación del contrato y, en caso de que ésta se produzca, que el tribunal condene al Estado a volver al *statu quo ante*—, pero poseen efecto disuasorio y se tendrán en cuenta como manifestación de la voluntad de las partes, para interpretar sus derechos y obligaciones, así como para el cálculo de la indemnización.

Las cláusulas de estabilización han sufrido una transformación substancial tanto en su redacción —de cláusulas *stricto sensu* a cláusulas económicas— como en su interpretación —de prohibir la modificación del contrato a servir para el cálculo de la indemnización—, de acuerdo con los cambios en el clima mundial de inversiones. Las cláusulas ya no tienen, por lo general, el objetivo de «congelar» el contrato, sino de mantener el equilibrio pactado entre derechos y obligaciones, guiando las necesarias renegociaciones de éste.

Por último, se puede mencionar que una alternativa realista a las cláusulas de estabilización son las cláusulas de renegociación, que establecen las circunstancias sociales, económicas y políticas en las cuales

---

[52] *Vide* Decisión sobre nulidad del 22 de diciembre de 1989, publicada en *Icsid Reports*, 1997, vol. 4, p. 79.

las partes pueden exigir que se vuelvan a renegociar los términos del contrato.[53] Chukwumerije entiende que no existe una obligación de renegociar, si ésta no se ha previsto en el contrato,[54] aunque la *Transnational Law Database* del profesor Berger sí cita el principio de la renegociación como uno de los principios propios del Derecho del Comercio Internacional.[55]

---

53 *Cfr*. Kulpa, N.N. *Das anwendbare (materielle) Recht in internationalen Handelsschiedsgerichtsverfahren*. Frankfurt: Peter Lang, 2005, p. 131.

54 *Cfr*. Chukwumerije, O. *Choice of Law in International Commercial Arbitration*. Wesport: Quorum Books, 1994, p. 168.

55 *Vide* Principio iv.6.7 de los *Trans-lex Principles - Duty ro renegotiate* <http://www.tldb.net/>.

Juez o árbitro en la adopción de medidas cautelares en el arbitraje comercial internacional: autonomía de la voluntad de las partes

*Rosa Lapiedra Alcamí**

Sumario: 1. Introducción.— 2. La autonomía de la voluntad de las partes en la determinación de la competencia o incompetencia de los árbitros en materia cautelar.— 2.1. La teoría de los poderes implícitos. 2.2.- La teoría intermedia. 2.3.- La teoría de los poderes inherentes. 2.4. Conclusión. 3. La autonomía de la voluntad de las partes en la determinación de la competencia de los jueces en materia cautelar: las cláusulas de exclusión de la intervención judicial en materia cautelar.— 3.1. Argumentos a favor y en contra de la posibilidad de excluir la colaboración de los jueces en la adopción de medidas cautelares.— 3.2. El silencio de los Convenios internacionales respecto de la cláusula de exclusión de los jueces.— 4. Límites impuestos a la autonomía de la voluntad de las partes. 4.1. Límites impuestos por la *Lex arbitri*.— 4.2. Límites impuestos por la *Lex loci celebrationis*.

1. Introducción

El arbitraje se configura desde su comienzo como una institución basada en la voluntad de las partes. Son ellas quienes pueden decidir sobre casi todos los extremos del mismo: desde el lugar de celebración, al idioma en el que se va a desarrollar el procedimiento, pasando por las normas aplicables o el número de árbitros, etc. No en vano, el acuerdo

* Profesora Contratada Doctora de Derecho Internacional Privado. Universitat de València, España.

de arbitraje constituye la principal fuente del poder de los árbitros. Es por ello que, en principio, nada impide que las partes puedan también hacer uso de esta autonomía de la voluntad en la determinación del órgano competente para ordenar este tipo de medidas.[1]

Para el caso que las partes opten por un arbitraje institucional —que suele ser lo habitual—, será el Reglamento de la institución el que decida sobre todas las cuestiones que se planteen en el desarrollo del procedimiento arbitral. Queda a salvo el supuesto en que las partes se hayan manifestado expresamente sobre algún aspecto concreto o hayan optado por alguna normativa en concreto, en cuyo caso prevalecerá su voluntad frente a lo previsto en el Reglamento del centro.[2] Obviamente, con el único límite de las normas imperativas de la sede del arbitraje y las del lugar de ejecución de las medidas.

Como consecuencia lógica de este fundamento contractual se impone, en primer lugar, acudir a la cláusula arbitral a efectos de poder conocer cuál es la voluntad de las partes respecto de la tutela cautelar, esto es, si se han pronunciado expresamente sobre el órgano competente en la materia.[3] Si las partes atribuyen poder a los árbitros de forma explícita, en principio, no se planteará ningún problema por cuanto que se estará a lo que las partes hayan dispuesto, siempre que la ley rectora del procedimiento arbitral no se oponga. Sin embargo, en la mayoría de las ocasiones las partes no hacen una referencia expresa a este asunto, sino que se limitan a elegir la institución que se encargará de administrar el

---

1 DRAHOZAL, C.R. «Party autonomy and interim measures in international commercial arbitration». En *International Commercial Arbitration*. Jan Van Den Berg, ed., 2003, p. 108.
ORTEGO PÉREZ, F. «Las medidas cautelares en el arbitraje (reflexiones sobre la potestad cautelar de los árbitros». *RCEA*, vol. XX, 2005, pp. 210 y ss.

2 GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J. *El régimen de las medidas cautelares en el comercio internacional*. Madrid: McGraw/Hill, 1996, p. 189.

3 BESSON, S. *Arbitrage international et mesures provisoires. Étude de droit comparé*. Zurich: Études suisses de droit international, 1999, p. 82; GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J. *El régimen de ... Op. cit.*, p. 188.

arbitraje. De modo que, a falta de elección de las partes, se estará, por un lado, a lo previsto en el reglamento propio del centro arbitral el que determine todos los aspectos del arbitraje entre ellos, el órgano competente en materia cautelar. Y, por otro, a la ley aplicable al procedimiento arbitral.

Como decimos, aunque en la práctica las partes no suelen pronunciarse acerca de esta cuestión, lo cierto es que no siempre guardan silencio. La realidad arbitral se hace eco de ello, así por ejemplo, en un arbitraje llevado a cabo en el marco de la CCI de París en el asunto n.º 9301,[4] las partes atribuyeron expresamente poder a los árbitros para ordenar medidas cautelares en el Acta de Misión —*Termes de Reference*—, tal y como se prevé en el artículo 18 del Reglamento de esta Institución.

El tribunal arbitral afirmó que «era generalmente admitido que un árbitro que actuara de conformidad con las Reglas de la CCI tuviera poder para ordenar medidas cautelares, a falta de una disposición imperativa que se lo prohibiese en la ley de procedimiento aplicable»;[5] y, en este sentido, declaraba «no haber norma imperativa que se lo impidiera».[6] En consecuencia, el tribunal arbitral decidió ordenar la medida cautelar solicitada.

En definitiva, cuando exista una manifestación expresa de las partes atribuyendo competencia a los órganos arbitrales en materia cautelar, generalmente, éstos se declararán competentes y la dictarán, salvo que la ley aplicable al procedimiento se lo impida.

---

4 Laudo parcial n.° 9301/2004, de la CCI*, inédito*.

5 Laudo n.° 3540/1980, de la CCI, *J.D.I.*, 1981, p. 914; Laudo n.° 4126/1983 de la CCI, *J.D.I.*, 1984, p. 934, y la nota de Jarvin.

6 Laudo parcial n.° 9301/2004, *inédito*; Schwartz, E.: «*The Practices and Experience of the ICC Court*», en *Conservatory and Provisional Measures in international Arbitration, Bull. CCI, Special Supplement,* 1993, p. 45.

2. LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD DE LA PARTES EN LA DETERMINACIÓN DE LA COMPETENCIA O INCOMPETENCIA DE LOS ÁRBITROS EN MATERIA CAUTELAR

La autonomía de la voluntad de las partes es el principio rector, tanto en materia contractual[7] como en materia arbitral. Debemos plantearnos cuál es realmente la virtualidad de esta autonomía de la voluntad en la determinación de la competencia de los árbitros en materia cautelar,[8] esto es, ¿pueden las partes, efectivamente, decidir sobre la competencia o incompetencia de los árbitros o de los jueces en materia de medidas cautelares? o lo que es lo mismo, ¿pueden éstas realmente atribuir, o por el contrario, privar a los árbitros o a los jueces de competencia para adoptar medidas cautelares en función de un arbitraje?

Para saber si, efectivamente, las partes están legitimadas para acordar la competencia o incompetencia de los árbitros en materia cautelar hay que hacer referencia, necesariamente, a las distintas teorías existentes sobre la naturaleza del poder de los árbitros. Dependiendo de la naturaleza jurídica que le atribuyamos al poder de los árbitros, la respuesta variará en uno u otro sentido. Básicamente, son tres las teorías que se han formulado al respecto, a saber, (A) la de los poderes implícitos,[9] (B) la teoría intermedia y, (C) la de los poderes inherentes. La adopción de una u otra implicará la admisión o rechazo de la posibilidad de que las partes puedan decidir sobre esta cuestión.

2.1. La teoría de los poderes implícitos

La teoría de los poderes implícitos es defendida, sobre todo, por la doctrina alemana y tiene su origen en el fundamento convencional del arbitraje. De conformidad con esta teoría, se presume la competencia

---

7 REIG FABADO, I.: *El contrato internacional de ingeniería*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008, pp. 254 y ss.

8 FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. «Arbitraje y justicia cautelar». *RCEA*, 2007, p. 28.

9 S. Besson hace referencia a la teoría de los poderes implícitos de los árbitros.

del tribunal arbitral en materia cautelar, puesto que deriva de la propia cláusula arbitral, salvo que las partes dispongan lo contrario.[10]

Precisamente, ésta fue una cuestión muy debatida durante la redacción del nuevo artículo 17 de la Ley Modelo Uncitral de arbitraje.[11] El grupo de trabajo que la estaba llevando a cabo llegó a la conclusión de que el poder del tribunal arbitral para ordenar medidas cautelares debe considerarse implícito en el convenio arbitral, salvo pacto en contrario de las partes.[12] De ahí que, en el nuevo artículo 17 reconozca expresamente el poder de los árbitros en materia cautelar, salvo que las partes dispongan lo contrario.[13] Por tanto, si éstas atribuyen tal competencia de forma expresa en la cláusula arbitral, no cabe la menor duda de que están perfectamente legitimados para ello.[14] De ahí que, todos los sistemas que han adoptado esta Ley modelo se entiende, en principio, que optan por esta misma solución.

Sin embargo, *a contrario sensu*, si las partes la negaran expresamente, los árbitros carecerían de cualquier potestad para su adopción,[15] puesto

---

[10] Besson, S. *Arbitrage International et mesures provisoires. Étude de droit comparé.* Zurich: Schulthess Polygraphischer Verlag, 1998, p. 82. El fundamento convencional del arbitraje ha sido puesto de relieve en varias ocasiones por el propio Tribunal Constitucional en algunas sentencias como la Sentencia TC de 11 de noviembre de 1996, n.° 176/1996 (B.O.E. 17-12-96 n.° 303, suplemento). Ramos Méndez, F. «*L´arbitrage international et mesures conservatoires*». *Rev. Arb.*, 1985, vol. 1, p. 56; Lorca Navarrete, A.M. «Problemas prácticos y teóricos que plantea la adopción de medidas cautelares en el modelo de arbitraje Uncitral/Cnudmi». *Diario La Ley,* 22 de enero de 2007, p. 3. Fernández Rozas, J.C. «Arbitraje y justicia cautelar». *RCEA*, 2007, pp. 28 y 29.

[11] *Vid*. Siqueiros, J.L. «La Cnudmi modifica su Ley modelo sobre arbitraje comercial internacional». *Rev. Der. Pr.,* n.os 21-22, sept. 2008-abril 2009, pp. 126 y ss.

[12] Informe del 4.º Grupo de Trabajo, A/CN.9/245, párr. 71, p. 259.

[13] Matos Martins, A.P. «*A Tutela cautelar na Lei-Modelo da Cnudci e a revisao da Lei de Arbitragenm Voluntária*». *Thémis*, 2009, pp. 66 y ss.

[14] Garcimartín Alférez, F.J. *El régimen de... Op. cit.*, p. 189.

[15] Besson, S. *Arbitrage International et... Op. cit.*, p. 145; Garcimartín Alférez, F.J. *El régimen de... Op. cit.*, p. 189.

que el punto de partida es, fundamentalmente, el carácter contractual del arbitraje. En definitiva, de existir una manifestación expresa de las partes se estará a lo que ellas dispongan.[16]

El problema surge porque en la práctica, los acuerdos de arbitraje no suelen hacer una mención expresa a esta cuestión limitándose, bien a introducir una cláusula estándar en su contrato, sin especificar más, bien, lo hacen de forma indirecta a través de una incorporación por referencia.[17] De modo que cuando las partes elijan un determinado Reglamento o Ley estatal de arbitraje que atribuya poder a los árbitros en materia cautelar se entiende que le han atribuido este poder de forma implícita con sujeción, por supuesto, a las normas imperativas del lugar de celebración del arbitraje.[18]

A falta de manifestación expresa de las partes se estará subsidiariamente a lo que disponga la ley designada por ellas que, generalmente, se conoce como *lex arbitri*. Esto es, la competencia se atribuirá al órgano que establezca dicha Ley. En cierto modo, cuando esta norma considera competente al árbitro se interpreta que las partes han atribuido tal competencia de forma implícita, claro está. Como se verá a continuación, la mayoría de los textos —aunque no todos—, resuelven expresamente esta cuestión, por lo que no se plantearán mayores problemas.

Los inconvenientes pueden surgir cuando la *lex arbitri* elegida guarda silencio sobre el tema. Aun cuando —como decimos— son muy escasos los textos que no se pronuncian sobre el órgano competente en materia cautelar, lo cierto es que existen. Cuatro ejemplos de ello pueden mencionarse entre Reglamentos y Convenios internacionales. A saber, el Reglamento del Instituto de Arbitraje de la Cámara de

---

16 GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J. *El régimen de... Op. cit.*, p. 189.

17 BERNARDINI, P. «The Powers of the Arbitrator». *Conservatory and Provisional Measures in International Arbitration, Bull. CCI, Spécial Supplement*, 1993, p. 29.

18 LEW, J.D.M. «*Commentary on Interim and conservatory measures in ICC Arbitration Cases*». *Bull. CCI*, vol. 11, n.º 1, 2000, p. 25.

Comercio de Estocolmo y las normas de arbitraje de la Cámara Federal de Comercio de Viena por lo que se refiere a los Reglamentos. Y en cuanto a los Convenios figuran, el antiguo Protocolo de Ginebra sobre cláusulas de arbitraje de 1923 y el Convenio Europeo de Ginebra sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1961.

En estos casos, para los defensores de esta teoría, la competencia de los árbitros se mantiene a pesar de que, ni de la voluntad de las partes, ni de la ley que regula el estatuto arbitral se deduzca una respuesta clara al respecto, precisamente, por el poder implícito de que disponen los árbitros. En esta línea se pronuncian autores como Schwarth o Garcimartín que apuestan por la competencia del árbitro, también en estas circunstancias.[19]

2.2. La teoría intermedia

De conformidad con este segundo planteamiento teórico, la competencia de los árbitros para resolver el fondo de la controversia no incluye el poder para ordenar medidas cautelares.[20] En este sentido, la función de estas medidas no está conectada con la resolución de la controversia. El objeto de la tutela cautelar puede consistir, por un lado, en estabilizar las relaciones entre las partes, por ejemplo, a través de una orden de paralización o de continuación de unas obras, impedir la competencia desleal, etc. Y, por otro lado, puede tratar de asegurar la ejecución del laudo arbitral. Por ejemplo, mediante una orden dirigida al demandado para que presente una garantía bancaria a favor del demandante, o un embargo de los bienes del demandado, etc. Estas últimas, de alguna manera, suponen una anticipación de la resolución de la controversia.

---

[19] Schwartz, E. «The practices and ...», art. cit., p. 60; Garcimartín Alférez, F.J. *El régimen de ...*, *op. cit*., p. 192.

[20] Lalive, P. - J.F. Poudret - C. Reymond. *Le droit de l´arbitrage interne et international en Suisse*. Lausanne, 1989, p. 145.

El tribunal arbitral requiere de una fuente de poder adicional, a efectos de poder ordenar medidas de protección. Esta fuente de poder puede derivar tanto de la ley, como de un acuerdo de las partes a tal efecto.[21] Salvo que la ley de forma expresa les legitime o sean las partes quienes pacten su atribución de forma expresa, se entiende que los árbitros carecen de poder para ordenar las medidas cautelares.

Algunos autores como Besson niegan la competencia de los árbitros ante el silencio de las partes o de la ley, por entender que se requiere, necesariamente, una manifestación expresa en el sentido que sea.[22] Este autor parte, al igual que en la teoría anterior, del fundamento convencional del arbitraje. La diferencia entre una y otra estriba en que él niega la existencia de un poder implícito de los árbitros para la adopción de medidas cautelares. O lo que es lo mismo, rechaza la presunción de competencia. Es por ello que no cabe deducir la competencia del tribunal arbitral cuando la cláusula arbitral guarda silencio sobre el particular.[23] Esta última será la que, en definitiva, decida sobre la cuestión.

Esta teoría se plasma perfectamente en la Ley de Arbitraje inglesa de 1996, donde, en virtud de los párrafos 1 y 4 del artículo 39, la competencia de los árbitros en materia cautelar depende, exclusivamente, de la voluntad de las partes.[24] Tanto es así que, si éstas no atribuyen, de forma expresa, la competencia a los árbitros, se entiende que éstos no la tienen. Por tanto, si las partes no hacen uso de esta facultad que les

---

21 STALEV, Z. «*Interim Measures of Protection in the Context of Arbitration*». En *International Arbitration in a Changing World*. J. Van den Berg, ed. Netherlands: Kluwer, 1994, p. 105; LAIDISA, L. «*Arbitrato internazionale e tutela cautelare*». *Riv. Dell´Arb.,* vol. 15, 2005, p. 467.

22 BESSON, S. *Arbitrage international et... Op. cit.*, p. 145.

23 BESSON, S. *Arbitrage international et... Op. cit.*, p. 100.

24 El artículo 39, párrafos 1 y 4 de la Ley de Arbitraje inglesa de 1996 dice: 1.- «Las partes pueden acordar que el tribunal tendrá poder para ordenar con carácter provisional cualquier medida que pueda garantizar en un laudo final […]. 4.- Salvo que las partes le hayan conferido este poder, el tribunal carece del mismo».

confiere la Ley, la competencia para adoptar estas medidas cautelares recaerá, subsidiariamente, en manos de los jueces.

En estos casos existe, sin duda alguna, un poder preferente en favor de los jueces, en caso las partes guarden silencio sobre la cuestión, la competencia se les atribuye a ellos. En la práctica, lo cierto es que las partes no suelen pronunciarse sobre esta materia. Generalmente, se limitan a insertar en el contrato una cláusula estándar de arbitraje escogiendo entre alguna de las previstas en cualquiera de los reglamentos institucionales de arbitraje.

En la misma línea se muestra el sistema holandés de arbitraje, que solamente atribuye competencia a los árbitros cuando las partes lo han previsto expresamente. Así lo dispone el artículo 1051 de su Código de Procedimiento Civil: «las partes podrán acordar atribuir poder al tribunal arbitral o a su presidente para dictar un laudo en procedimientos sumarios». De este modo, dependerá en exclusiva de la voluntad de las partes que los árbitros estén legitimados para ordenar medidas de protección. Si las partes guardan silencio, se entenderá que carecen del mismo. En ambos casos, pues, el silencio de las partes equivale a la incompetencia de los árbitros. Con anterioridad a la Ley n.° 60/2003, de Arbitraje española también existía silencio al respecto. Silencio que se interpretaba en este mismo sentido por parte de la doctrina española.[25]

Sin embargo, nada impide, de conformidad con esta teoría intermedia, que las partes atribuyan esta facultad expresamente a los árbitros, en cuyo caso deberá respetarse dicha voluntad.

---

[25] Lorca Navarrete, A.M. y J. Silguero Estagnan. *Derecho de Arbitraje español. Manual teórico-práctico de jurisprudencia arbitral española.* Madrid: Dykinson, 1994, p. 372; Ortells Ramos, M. «Comentario al artículo 50 L.A.». En *Comentario breve a la Ley de Arbuitraje*. Montero Aroca, J. (dir.). Madrid: Civitas, 1990, p. 258; Iturriagagoitia, P. *Provisional... Op. cit.*, p. 656.

La teoría de los poderes implícitos y la teoría intermedia tienen algún punto en común. De hecho, coinciden en que si hay una voluntad manifiesta de las partes, hay que estar a lo que ellas hayan dispuesto. La divergencia se produce cuando hay una laguna, bien porque las partes no se han pronunciado, bien porque la ley reguladora del arbitraje o la ley rectora del procedimiento arbitral guarda silencio. Mientras que la teoría de los poderes implícitos lo interpreta positivamente estimando competentes a los árbitros, en la intermedia se interpreta de forma negativa considerándolos, por tanto, incompetentes. En la primera, hay una presunción de competencia de los árbitros, mientras que en la segunda se presume su incompetencia.

Parece que la teoría de los poderes implícitos resulta más acorde, tanto con la voluntad de las partes como con la naturaleza propia del arbitraje. En este sentido, si las partes no se pronuncian sobre la competencia de los árbitros en materia cautelar debe entenderse que son competentes para ello. Resultaría un tanto paradójico interpretar que las partes los han elegido para decidir sobre el fondo del asunto y, sin embargo, pretenden excluir su competencia en materia cautelar. Esta idea se confirma, fundamentalmente, a la vista de la tendencia seguida por los distintos sistemas de arbitraje, donde en casi todos ellos se atribuye competencia a los árbitros en este punto, salvo que las partes dispongan lo contrario.[26]

2.3. La teoría de los poderes inherentes

La tercera de las tesis manejadas por la doctrina es la denominada teoría de los poderes inherentes, de origen anglo-americano. Se trata de una posición defendida por autores como Hoellering o Donovan, y en España por Ramos Méndez.[27] De acuerdo con la misma, el poder de

---

[26] *Vid*. el epígrafe 2.1.1 del Capítulo III de este trabajo, pp. 198 y ss.

[27] Hoellering, M.F. «*Interim Measures and Arbitration: the situation in the United States*». *Arb. Jour.,* 1992, vols. 46-47, p. 22; Ramos Méndez, F. «*Arbitrage international et mesures conservatoires*». *Rev. Arb.,* 1985, p. 56; Donovan, F.D. «*Powers*

los árbitros para dictar medidas cautelares, que emana del convenio arbitral, se considera un accesorio natural a la competencia para conocer del fondo del asunto. Esto es, la competencia del árbitro engloba todas aquellas cuestiones que son necesarias para resolver la controversia.[28]

Este poder que, sin duda alguna, actúa en el ámbito de la jurisdicción estatal ha sido, precisamente, el argumento esgrimido por algunos tribunales arbitrales para fundar su legitimidad en materia cautelar.[29] De acuerdo con esta teoría, el principio general en virtud del cual los tribunales estatales gozan de poder para ordenar medidas de protección respecto de un litigio se aplica con la misma intensidad para el caso de los tribunales arbitrales. Así lo han afirmado expresamente los propios tribunales arbitrales en algunas ocasiones. Un buen ejemplo lo encontramos en el asunto *E-systems, Inc. c/ Republique Islamique d´Iran*. El Tribunal de Resolución de Conflictos irano-americano afirmaba disponer de un poder inherente, ya fuera para ordenar cualquier medida necesaria dirigida a la protección de los derechos respectivos de las partes, ya fuera para asegurar la plena eficacia de su autoridad y de su competencia.

---

of the Arbitrators to issue procedural orders, including interim measures of protection and the obligation of the parties to abide by such orders». *Bull. CCI, Spécial Supplement*, 1999, vol. 10, n.º 1, p. 65; Craig, L., W. Park y J. Paulsson. *International Chamber of Commerce* Arbitration. Londres: Sweet & Maxwell, 1990, 2.ª edición, p. 2605; Schwartz, E. «The Practices and...», art. cit., pp. 57 y 58.

[28] El tribunal arbitral de la CCI en el laudo n.° 6632/1993, alegó que son los árbitros quienes tienen que decidir en todas las cuestiones procesales y fácticas necesarias para resolver el fondo del asunto. De ahí que, sin duda alguna, tienen también poder para conocer de una demanda de tutela cautelar; en el Laudo n.° 7307/1993, de la CCI, *inédito*, el tribunal arbitral dictó una orden cautelar basándose en términos casi idénticos. Caron, D.D. *Interim Measures of Protection: Theory and Practice in Light of the Iran-United States Claims Tribunal*, 1986, p. 465; Besson, S. *Arbitrage international et... Op. cit.*, p. 100; Broggini: «*I provvedimenti cautelari nell´arbitrato internazionale: analogie e differenze delle soluzioni italiana e svizzera*». *Riv. dell´Arb.*, 1991, p. 156.

[29] Por ejemplo, el Tribunal Iran-United States Claims, en el asunto *E-Systems, Inc. vs. Islamic Replublic of Iran*; Donovan, F.D. «*Powers of the*...», art. cit., p. 65.

Este pretendido poder inherente de los árbitros para ordenar medidas cautelares se proclama únicamente respecto de las partes en el arbitraje y no respecto a terceros ajenos al acuerdo arbitral.[30] Lo cual es lógico, en relación a que el acuerdo de arbitraje es la fuente de poder de los árbitros. De ahí que, obviamente, no va a vincular a terceros que no hayan prestado su consentimiento.

Esta competencia emana directamente de la cláusula arbitral, pero no de la voluntad de las partes, pues lo consideran un poder intrínseco de la función arbitral. Los árbitros estarán legitimados y tendrán competencia para adoptar medidas cautelares, con independencia de la voluntad posterior de las partes, pues se entiende que éstas han consentido en atribuirles este poder cuando concluyen el convenio de arbitraje. Por el mero hecho de acordar su competencia para entrar a conocer del fondo del asunto, los árbitros disponen de poder en materia cautelar, pero no significa que éstas se lo hayan concedido indirectamente.

Desde el momento en que las partes pactan la cláusula arbitral y encomiendan a los árbitros la resolución de un determinado litigio, se interpreta que este compromiso les dota de poder para llevar a cabo todas las actuaciones procesales necesarias para resolver la controversia; incluida, por tanto, la adopción de medidas cautelares.[31] De hecho, algunos autores estiman incompatible la función arbitral o judicial de resolver la controversia con la ausencia de poder para ordenar medidas cautelares.[32.]

---

[30] Laudo n.° 6998/1992, de la CCI, *inédito*, donde reconoce el poder inherente de los árbitros para ordenar medidas que impliquen una ejecución respecto de las partes.

[31] DONOVAN, F.D. «*Powers of the...*», art. cit., p. 60; *Vid*. laudo n.° 6632/1993 de la CCI; VAN HOUTTE, H. «Provisional Measures in Arbitration». En VOSKUIL, C.C.A. y J.A. WADE (ed.). *Essays on the Law of International Trade. International Obligations. Choice of Law. Provisional Measures in Arbitration*. Netherlands: Maklu Publishers, 1991, p. 134.

[32] COLLINS. «*Provisional and Protective measures in International Litigation*». *R. des C.,* 1992-III, vol. 234, p. 169.

En este caso, el poder inherente de los árbitros deriva de la función c*uasi* jurisdiccional que desempeñan para resolver el fondo del asunto. Esta legitimidad de los árbitros será una consecuencia necesaria de su poder para resolver de forma eficiente una disputa, al igual que ocurre con los jueces. Es decir, que será una parte integrante del contenido de su poder. Sin embargo, esta teoría no es defendida de forma unánime y, de hecho, puede ser objeto de algunas críticas:

1.ª En primer lugar, no debemos olvidar que sistemas como el italiano[33] son un buen ejemplo de ellos, por cuanto que niegan expresamente el poder de los árbitros en materia cautelar. Si realmente los árbitros tuvieran un poder inherente, no habría sistema alguno que pudiera privarles de esta potestad.

2.ª En segundo lugar, esta teoría de los poderes inherentes, a pesar de basarse, aparentemente, en el fundamento convencional del arbitraje resulta un tanto inconciliable con él,[34] en cuanto que priva a las partes de cualquier posibilidad de decisión al respecto. Son ellas quienes, de forma libre y voluntaria, deciden resolver sus diferencias a través de la vía arbitral. Sin embargo, no cabe la menor duda de que su voluntad carece de cualquier virtualidad cuando nos encontramos ante un «poder inherente». Es más, de conformidad con esta teoría, los árbitros tendrían poder para ordenar las medidas cautelares aun cuando las partes hubieran manifestado su voluntad en contrario. No deja de ser sorprendente que nos encontremos ante una institución que tiene su origen en la autonomía de la voluntad de las partes y, sin embargo, éstas no puedan disponer.

3.ª En tercer lugar, esta posición teórica toma como punto de partida la relación indisoluble entre el poder para dictar medidas

---

[33] El artículo 818 del *Codice de Procedure Civile* italiano prohíbe a los árbitros que adopten cualquier tipo de medida cautelar en un procedimiento arbitral. Se trata de una norma de carácter imperativo, por tanto, las partes no pueden disponer al respecto; Bernardini, P. «*L'Arbitrage en Italia après la récente réforme*». *Rev. Arb.,* 1994, p. 493.

[34] Besson, S. *Arbitrage international et... Op. cit.*, p. 102.

> cautelares y el poder para resolver el fondo del asunto. Pues bien, estas dos cuestiones son perfectamente separables. No debemos olvidar que el procedimiento cautelar tiene su propio objeto y, por consiguiente, distinto del procedimiento para poder para conocer del fondo del asunto[35] pudiendo ser, por ende, resuelto incluso por órganos distintos.

Efectivamente, las medidas cautelares no pueden darse al margen de un proceso, sino que van necesariamente unidas a un procedimiento principal, pues son consideradas instrumentales del mismo. Sin embargo, nada impide que éstas sean acordadas por un órgano distinto del que está conociendo del asunto principal. Así se recoge expresamente en nuestro sistema cuando el artículo 22.5 de la L.O.P.J. atribuye competencia a los juzgados y tribunales españoles para «[…] adoptar medidas provisionales o de aseguramiento respecto de personas o bienes que se hallen en territorio español y deban cumplirse en España». Del tenor de este precepto cabe deducir que el legislador está pensando en aquellos litigios que están siendo resueltos por una jurisdicción extranjera.

En esta misma línea se muestra el Reglamento n.º 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil donde, en su artículo 31, se permite la solicitud de medidas cautelares a la autoridad judicial de un Estado, incluso si, de conformidad con las normas del Reglamento, fueran competentes los tribunales de otro Estado para conocer del fondo del asunto.[36] Como es

---

[35] BERNARDINI, P. «*The Powers of...*», art. cit., p. 21; DIKA, M. «The Taking of Provisional Measures in Arbitration According to Yugoslaw Law». En *Essays on the Law of International Trade*. *International obligations*. *Choice of Law. Provisional measures in arbitration*. VOSKUIL, C.C.A. y J.A. WADE (ed.) Netherlands: Maklu Publishers, 1991, p. 168; YESILIRMAK, A. «*Provisional and protective measures under Austrian Arbitration Law*». *Arbitration International*, 2007, vol. 23, n.º 4, pp. 596 y ss.

[36] El artículo 31 del Reglamento 44/2001 sobre competencia judicial internacional, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, disponen en términos idénticos que: *"Podrán solicitarse medidas provisionales*

bien sabido el Reglamento n.° 44/2001 excluye de su ámbito de aplicación el arbitraje. No obstante, sirve como ejemplo a efectos de probar la independencia entre el procedimiento cautelar y el principal. Todo ello, sin perjuicio de la reciente propuesta de la Comisión Europea existente de incluir el arbitraje en el ámbito de aplicación del citado Reglamento.[37] Igualmente, el artículo 10.2 del Convenio entre España y Francia sobre reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales de 28 de mayo de 1969, prevé la adopción de medidas cautelares por los tribunales de cualquiera de los dos Estados, con independencia del órgano que esté resolviendo del fondo del asunto.[38]

Admitir que la tutela cautelar va inseparablemente unida a la resolución del fondo del asunto, o lo que es lo mismo, que las medidas cautelares no pueden ser adoptadas por un órgano distinto del que está conociendo del litigio principal, nos lleva a un absurdo en materia arbitral. Ello implicaría que los árbitros serían los únicos órganos legitimados para adoptar medidas cautelares en el arbitraje. Esto plantea problemas por varias razones.

A) Por un lado, porque es de sobra conocido que la mayor parte de los sistemas que atribuyen la competencia al árbitro para su

---

o cautelares previstas por la ley de un Estado contratante a las autoridades judiciales de dicho Estado incluso si, en virtud del presente Convenio/Reglamento, un tribunal de otro Estado contratante fuere competente para conocer sobre el fondo". Si bien es cierto que el artículo 1º del Reglamento 44/2001, excluyen de su ámbito material de aplicación el arbitraje nada impide que se utilice en este caso a efectos de determinar que el proceso cautelar y el principal tienen objetos diferentes y, por tanto, pueden ser conocidos también por órganos diferentes.

37 Sobre esta cuestión vid. ESPINOSA CALABUIG, R.: «Verso un nuovo rapporto tra i Tribunali statali e i Tribunali arbitrali nell´Unione europea», *Riv. Dir. Priv*., aprile /giugno, 2010, pp. 88 y ss; REQUEJO ISIDRO M.: West tankers: otra vez no a las antisuit injuctions", *Rev. Arb. Com. Inv.,* 2009, pp. 429 y ss.

38 El artículo 10.2 del Convenio Hispano-Francés de 1969 establece lo siguiente: «*(...), los tribunales de cada parte contratante podrán, en caso de urgencia, decretar las medidas provisionales o cautelares, cualquiera que sea el tribunal que entiende del fondo del litigio*».

adopción, admiten de forma paralela la posibilidad de que las partes se dirijan a los tribunales estatales para solicitarlas.

B) Y, por otro lado, porque teniendo en cuenta los límites inherentes a la institución arbitral se hace imprescindible, en ocasiones, acudir a la jurisdicción estatal para que tal tutela cautelar sea efectiva.

Vistos todos estos inconvenientes, parecería que deberíamos descartar la teoría de los poderes inherentes de los árbitros y, consecuentemente, adoptar la de los poderes implícitos, en virtud de la cual la voluntad de las partes puede jugar un papel importante, dado el fundamento convencional de esta institución.

2.4. Conclusión

Cabría afirmar que las partes sí que pueden decidir sobre la competencia o incompetencia de los árbitros en materia cautelar. De todos modos, teniendo en cuenta las divergencias que derivan de la interpretación del silencio de las partes, sería recomendable que éstas otorgaran expresamente poder a los árbitros en la cláusula arbitral, si realmente quieren asegurarse su competencia. No obstante, su libertad a la hora de atribuirla no es absoluta, sino que está sometida a una serie de límites, como veremos a continuación. De hecho, ésta es la tendencia seguida en la mayor parte de los sistemas estatales de arbitraje, así como en los Reglamentos Internacionales. Estos límites a que se ha hecho referencia, vienen impuestos por los distintos ordenamientos jurídicos que pueden afectar al arbitraje. Tales normas pueden ser esencialmente: 1) la *Lex arbitri*, 2) la Ley reguladora del procedimiento arbitral y 3) la Ley del lugar donde deba hacerse efectiva la medida cautelar.

3. La autonomía de la voluntad de las partes en la determinación de la competencia de los jueces en materia cautelar: las cláusulas de exclusión de la intervención judicial en materia cautelar

Hasta ahora hemos venido señalando cómo la voluntad de las partes puede jugar un papel importante en la determinación de la competencia o incompetencia de los árbitros en materia cautelar. Veremos ahora si ocurre lo mismo respecto de la competencia de la jurisdicción estatal. La cuestión que se plantea es, en definitiva, si la voluntad de las partes puede derogar el poder de los jueces para adoptar medidas cautelares en apoyo de un procedimiento arbitral.

La cuestión relativa a la posibilidad de excluir la competencia de los jueces en materia cautelar es bastante controvertida. Puede que las partes hayan previsto expresamente este asunto, pero es de señalar que, en la práctica, no es frecuente que se manifiesten sobre el particular. De hecho, guardan silencio en la mayoría de los casos. La doctrina, por su parte, se halla dividida al respecto, así, mientras algunos autores se inclinan por admitir la posibilidad de que se produzca tal derogación,[39] afirmando su virtualidad, incluso desde comienzos del siglo xx.[40] Otro sector de la doctrina, sin embargo, la niegan rotundamente.[41] Pero, incluso aquéllos que opinan que es admisible desde el punto de vista

---

[39] Reiner, A. «*Les mesures provisoires et conservatoires et l´arbitrage international, notamment l´arbitrage CCI*». *J.D.I.*, 1998, n.º 4, p. 884; Bernardini, P. «*The Powers of...*», art. cit., p. 27; Ancel, J.P. «Comments and conclussions». En *Mesures conservatoires et provisoires en matière d´arbitrage international*. CCI Publicaciones, 1993, p. 116; Fouchard, Ph., E. Gaillard y B. Goldman. *Traité de l´arbitrage commercial international.* París: Litec, 1996, p. 730; garcimartín alférez, F.J. *El régimen de... Op. cit.*, p. 202.

[40] Bernard, A. *L´arbitrage volontaire de droit privé: L'arbitrage en droit interne belge et français, étude critique comparée, l'arbitrage en droit international privé, droit comparé.* Bruselas: Bruylant, 1937, p. 199.

[41] Hausmaninger, H. «The ICC Rules for a Pre-Arbitral Référée Procedure: A Step Towards Solving the Problem of Provisional Relief in International Commercial Arbitration?». *Icsid Rev.-For. Inv. Law Jour.*, 1992, p. 87; Iturriagagoitia, P.

teórico, lo desaconsejan totalmente desde el punto de vista práctico, por cuanto que la colaboración judicial puede ser determinante para la eficacia de una medida de protección.[42]

En teoría, nada impide que las partes realicen tal pacto, puesto que, en principio, tan sólo disponen del límite de la arbitrabilidad de la controversia. En este sentido, la posibilidad de eliminar la competencia de los jueces podría estimarse aceptable con la condición de que tal renuncia no se hubiera hecho de mala fe.[43] Cosa bien distinta es que tal acuerdo tenga validez.

De todos modos, esta solución no está exenta de problemas, puesto que se plantea una importante tarea de prueba y, además, muy difícil de resolver. Cómo llegar a tener la certeza absoluta de que ambas partes, o sólo una de ellas, pactó la exclusión con intención fraudulenta. O, por el contrario, lo hicieron, simplemente, para que el conflicto se resolviera en la vía arbitral con objeto de mantener la más estricta confidencialidad. A pesar de estas dificultades, sistemas como el francés o el suizo permiten que las partes pacten la exclusión de la competencia concurrente de los jueces en el arbitraje. De hecho, la jurisprudencia francesa ha admitido como válida en varias ocasiones una cláusula de arbitraje en la que las partes acordaban que no acudirían a los tribunales estatales para la adopción de medidas cautelares.[44]

Provisional... Op. cit., p. 666; CALVO CARAVACA, A.L. «Medidas cautelares y Arbitraje Privado Internacional». Diario *La Ley,* n.º 6128, 16 de noviembre de 2004, p. 16.

42 REINER, A. «*Les mesures provisoires...*», art. cit., p. 884; BERNARDINI, P. «*The Powers of...*», art. cit., p. 29.

43 DE LEVAL, G. «*Les mesures provisoires et conservatoires en matière d'arbitrage*». *Colloquium International Arbitration*. Liège, 9 de diciembre de 1988, pp. 7 y 8.

44 *Cour de Cassation*, (1.ª Ch. Civ) de 18 de noviembre de 1986, en el asunto *Atlantic Triton vs. República de Guinea*, *J.D.I.*, 1987, p. 125, en *Rev. Crit. Dr. Int. Pr.,* 1987, pp. 760-764, nota de B. Audit, en *Rev. Arb*. 1987, p. 315; *Cour de Cassation*, (1.ª Ch. Civ) de 20 de marzo de 1989, *Rev. Arb.*, 1989, p. 494.

3.1. Argumentos a favor y en contra de la posibilidad de excluir la colaboración de los jueces en la adopción de medidas cautelares

Varios y diversos son los argumentos que conducen a algunos autores a admitir tal derogación de la competencia judicial. Entre ellos figuran, en primer lugar, el hecho de que tratándose de una justicia privada, la posibilidad de adoptar medidas cautelares se ha creado, exclusivamente, en beneficio de las partes. De ahí que cabe que renuncien a este privilegio asumiendo, por supuesto, los riesgos que comporta dicha renuncia. En segundo lugar, si hay un interés legítimo en la no intromisión debe respetarse. Y, finalmente, se conseguiría de este modo una reducción de los costes procesales.

a) El primero de los argumentos no es convincente, puesto que, desde el momento que el procedimiento arbitral y el judicial se consideran equivalentes, se ha de admitir la tutela cautelar como elemento integrante y necesario de aquél. Esto es, el hecho de que se trate de una justicia privada no debe implicar una renuncia al derecho a la tutela judicial efectiva.[45] La tutela cautelar forma parte del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías. De ahí que no se permita privar a cualquier persona de este derecho, aun cuando sea por su propia voluntad. Estamos, pues, ante derechos irrenunciables y, por tanto, fuera de la capacidad de disposición de las partes. Todo ello, unido al hecho de que el poder de los árbitros, en ocasiones, es insuficiente para ordenar medidas cautelares o para hacerlas efectivas, nos lleva a rechazar la posibilidad de que las partes excluyan la intervención de los jueces en materia cautelar. De

[45] *Vid*. la Exposición de motivos de la Ley de Arbitraje española de 1988, en *AA.VV. Legislación básica de arbitraje interno e internacional*. Madrid: Tecnos, 2002, p. 42; *Vid*. el fundamento jurídico primero del Auto del Juzgado de Primera Instancia n.º 69 de Madrid de 20 de junio de 1999, *(inédito),* en Artuch Iriberri, E. «La adopción de medidas cautelares español en relación con el procedimiento arbitral: un conflicto se diluye (Comentario al Auto del Juzgado de Primera Instancia n.º 69 de Madrid de 28 de junio de 1999)». *R.C.E.A.,* p. 150.

hecho, esta renuncia al poder de los jueces podría conducir a una ineficacia del arbitraje, con lo cual, el derecho a la tutela judicial efectiva de las partes podría verse menoscabado.

Así, aunque algunos autores opinan que sí es factible un pacto de este tipo, lo cierto es que será la ley reguladora del procedimiento arbitral la que, en definitiva, decida sobre la cuestión.[46] No obstante, su admisión puede entrañar un gran número de riesgos. Puede ocurrir, por ejemplo, que se dé una situación de extrema urgencia en que se requiera la adopción de una medida de protección y el tribunal arbitral no esté todavía en condiciones de actuar por no estar constituido. En tal caso, no habrá forma de evitar el daño que, de no haberse pactado la exclusión de la intervención judicial, se habría podido evitar.

Es por ello que, en los pocos sistemas que permiten a las partes pactar la no intervención judicial, su admisión está condicionada a que exista algún mecanismo sustitutivo, como puede ser el *référé prearbitral* de la CCI. Esto es, que se haya previsto algún mecanismo complementario al arbitraje que permita nombrar unos árbitros de emergencia para que actúen en este tipo de situaciones. Ahora bien, debemos señalar que, el hecho de que las partes hayan pactado en la cláusula arbitral el recurso al *référé* o cualquier otro instrumento similar no debe interpretarse, en ningún caso, como una cláusula de exclusión de la intervención judicial.[47]

Sin embargo, tampoco de este modo se solventa el problema, pues los mecanismos complementarios del arbitraje no son suficientes para garantizar la efectividad del procedimiento sin una intervención judicial. Desde el momento en que los tribunales

[46] BÖSCH, A. *Provisional Remedies in International Commercial Arbitration. A practitioner handbook.* Berlín: Walter de Gruyter, p. 8.

[47] REINER, A. «Les mesures provisoires...», art. cit., p. 885.

arbitrales no pueden sustituir completamente a los jueces, sobre todo, a la hora de imponer sus órdenes, no se puede permitir que se elimine el poder de los jueces para intervenir.[48] Los árbitros no son una alternativa válida cuando se trata de adoptar medidas que conllevan una ejecución. En esas circunstancias, los jueces deben mantener su competencia para actuar.[49]

En consecuencia, si las partes hubieran pactado una de las vías complementarias al arbitraje se habría solucionado sólo parte del problema. En efecto, sí existiría un órgano en condiciones de actuar a falta del tribunal arbitral, pero ya hemos visto que estos árbitros de emergencia adolecen de los mismos límites que la propia institución arbitral. De ahí que, en el supuesto de requerirse una medida cautelar ejecutiva y, de negarse la parte a cumplirla, no habría forma alguna de hacerla efectiva.

b) El segundo de los argumentos utilizados es perfectamente válido y convincente, pero tan sólo en determinadas situaciones muy concretas. Hay casos en los que se desaconseja el recurso a la autoridad estatal para evitar un posible desequilibrio entre las partes. En este sentido, puede resultar especialmente útil en contratos concluidos por particulares con un Estado o un ente público para prevenir de un uso abusivo del recurso a los tribunales estatales por parte de éstos últimos. Es por ello precisamente que, el Reglamento de la Cirdi, en su artículo 39, párrafos 1, 2, 3 y 4, establece, como regla general, la competencia del tribunal arbitral en materia cautelar. La posibilidad de recurso a las autoridades estatales a tal efecto, queda limitada al supuesto en que las partes lo hayan previsto expresamente en el

---

[48] Varady, T. «*Provisional Measures in international commercial arbitration*». En Voskuil, C.C.A. y J.A. Wade (ed.). *Essays on the law of international trade. International obligations. Choice of law. Provisional measures in arbitration*. Netherlands: Maklu Publishers, 1991, p. 154.

[49] Hausmaninger, H. «*The ICC Rules...*», art. cit., p. 82.

convenio arbitral. Si las partes no lo acuerdan, se entiende que los jueces carecen de esta competencia.[50] Fuera de los supuestos en que interviene un Estado como parte en el arbitraje no resulta viable la exclusión de la intervención judicial.

El tercero de los argumentos hace referencia a la reducción de los costes procesales y no plantea problema alguno, por cuanto que, sin lugar a dudas, el hecho de que conozcan de todo el desarrollo del procedimiento los árbitros, en lugar de intervenir también los jueces, supone necesariamente una disminución de gastos para las partes.

3.2. El silencio de los Convenios internacionales respecto de la cláusula de exclusión de los jueces

La importancia práctica de esta cuestión contrasta con el escaso interés que se le presta en el ámbito convencional. De hecho, prácticamente, ningún convenio internacional se ocupa expresamente de regular la posibilidad de pactar la exclusión de los jueces en el arbitraje. El Convenio de Nueva York de 1958 se limita a admitir el efecto negativo de la cláusula arbitral, esto es, a declarar la incompetencia judicial cuando existe una cláusula arbitral válida. Pero, esta incompetencia judicial no afecta, en absoluto, a la cuestión de las medidas cautelares, sino a la resolución del fondo del asunto.

Tampoco el Convenio de Ginebra de 1961 aborda este aspecto siquiera indirectamente. Por tanto, ¿cómo se determina el efecto que produce una cláusula de exclusión de la intervención judicial? En este caso

[50] El artículo 39.5 del Reglamento Cirdi dispone: «Nada en esta Regla impedirá que las partes, siempre que lo hayan estipulado en el convenio que registre su consentimiento, soliciten a cualquier autoridad o de otra naturaleza que dicte medidas provisionales, antes de la iniciación del procedimiento, o durante la sustanciación del mismo, para la preservación de sus respectivos derechos e intereses».

se estará a lo que disponga la ley rectora del procedimiento arbitral.[51] Esta norma será la que, en definitiva, declare la validez o la nulidad de las mismas. Ya hemos adelantado con anterioridad que son muy pocos los sistemas que admiten una cláusula de este tipo.

Fuera del ámbito convencional, concretamente, por lo que se refiere a los Estados Unidos de América, tampoco en esta ocasión hay unanimidad. Mientras las normas parecen apoyar la posibilidad de que se pacte esta exclusión,[52] hay sentencias que la rechazan.[53]

En definitiva, si bien es cierto que estamos ante una institución basada en la autonomía de la voluntad de las partes, lo cierto es que no cabe pactar la exclusión de la intervención judicial en función del arbitraje, por cuanto implicaría una renuncia al derecho a la tutela judicial efectiva. Podría pensarse que, de conformidad con el nuevo artículo 17 de la Ley Modelo Uncitral, donde se atribuye el valor de título ejecutivo a las decisiones de los árbitros en materia cautelar, cabría esta exclusión judicial. Pero, incluso en este supuesto sería necesaria la intervención judicial para proceder a su ejecución, pues ya se ha apuntado que el poder para hacer ejecutar lo juzgado recae de forma exclusiva en manos de los jueces y tribunales. De modo que, podría evitarse su intervención en el procedimiento de adopción de la medida cautelar, pero no en el de ejecución de la misma.

---

[51] Varady, T. «*Provisional Measures in*…», art. cit., p. 155; Malhiero, G. «*Os poderes concorrenciais dos tribunais arbitrais e dos tribunais comuns para o decretamento de providencias cautelares*». Portugal: Grupo Editorial Vida Económica, abril 2008.

[52] En los Estados Unidos de América también se permite a las partes que excluyan la intervención de los jueces, ver al respecto, Mills: «*State International Arbitration Statutes and the US Arbitration Act: Unifying the Availability of Interim Relief*», 13 *For. Inter. Law Jour.*, 604 (1989-1990).

[53] Ver el asunto *Anaconda vs. American Sugar Refining Co.*, 322 US, 42, 1944 donde el tribunal sostiene que las partes no pueden excluir la jurisdicción de los tribunales estatales.

4. LÍMITES IMPUESTOS A LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD DE LAS PARTES

4.1. Límites impuestos por la Lex arbitri

Las partes pueden, en principio, decidir sobre la competencia o incompetencia de los árbitros en materia cautelar, en virtud de la autonomía de la voluntad de que disponen. De modo que, el poder de los árbitros para ordenar medidas cautelares puede venir dado por el acuerdo de las partes o por imperio de la ley. También cabe que se le atribuya por ambas vías conjuntamente. Del mismo modo que pueden pactar la atribución de poderes especiales a los árbitros, también es posible acordar su restricción.[54] Todo ello, respetando, por supuesto, los límites inherentes a la institución arbitral, al igual que los impuestos por la *lex arbitri*, entre otras.

Ya hemos visto el supuesto en que las partes guardan silencio sobre esta cuestión y la *lex arbitri* también. Sin embargo, ahora estaríamos ante la situación inversa. Esto es, aquel supuesto en que las partes se han pronunciado sobre la competencia o incompetencia de los árbitros y, paralelamente, la *lex arbitri* regula la cuestión. Esta nueva situación puede dar lugar a diferentes hipótesis:

1.ª Que las partes y la *lex arbitri* se pronuncien en el mismo sentido;
2.ª Que el acuerdo de las partes y la solución prevista en dicha Ley sean contradictorios.

Desde el punto de vista teórico, ambas hipótesis son perfectamente viables. Sin embargo, desde el punto de vista práctico no será frecuente encontrarse ante una situación de este tipo porque las partes,

[54] Esto fue precisamente lo que ocurrió en el asunto entre *el gobierno de Kuwait vs. American International Oil Company*. Las partes acordaron un arbitraje *ad-hoc* e incluyeron una cláusula en la que eliminaban el poder de los árbitros para ordenar medidas cautelares (y otras propiedades que había tomado posesión el gobierno de Kuwait).

generalmente, suelen guardar silencio al respecto, como ya se ha apuntado con anterioridad.

1.ª La primera hipótesis anunciada no plantea problema alguno ya que las soluciones son coincidentes. De este modo, cuando las partes expresamente atribuyan poder a los árbitros en la cláusula arbitral y la *lex arbitri* legitime, asimismo, a estos mismos órganos para la adopción de medidas cautelares, no cabe la menor duda de que éstos dispondrán de tal poder. A la inversa, si las partes pactan la exclusión del poder de los árbitros en materia cautelar y la *lex arbitri* no les concede tal poder, tampoco dará lugar a problema alguno, pues carecerán del mismo.

2.ª Respecto de la segunda hipótesis pueden darse, a su vez, dos situaciones. En primer lugar, se cuestiona qué ocurre si las partes han atribuido esta facultad a los árbitros y la ley reguladora del procedimiento arbitral los declara incompetentes. Y, en segundo lugar, cuando las partes hayan privado de este poder a los árbitros y la ley rectora del procedimiento se lo atribuya. ¿Qué prevalecería en ese caso, la voluntad de las partes o lo previsto en la citada norma?

Para poder responder a esta cuestión se hace necesario determinar ante qué tipo de normas nos encontramos. Las disposiciones que regulan la tutela cautelar en materia de arbitraje pueden ser, como en cualquier otra materia, imperativas o dispositivas.

De este modo, la posibilidad para las partes de poder decidir sobre la competencia de unos órganos u otros, dependerá del tipo de norma ante el que nos encontremos.[55] Si la previsión de la *lex arbitri* está

[55] McDonell, N.E. «*The Availability of provisional relief in international commercial arbitration*». *Colum. Jour. Trans. Law*, 1983-1984, vol. 22, p. 290; Yesilirmak, A. *Provisional measures in international commercial arbitration*. La Haya: Kluwer Law International, 2005, p. 208.

contenida en una norma imperativa, la autonomía de la voluntad no tendrá ninguna posibilidad de modificar lo dispuesto por la misma. De ahí que, si es una norma imperativa la que excluye el poder de los árbitros en materia cautelar, la voluntad de las partes carecerá de cualquier virtualidad. Pero, si por el contrario, esta prohibición se contiene en normas dispositivas, prevalecerá la voluntad de las partes sobre lo dispuesto en la norma aplicable.

Esto es, precisamente, lo que se prevé en el artículo 1.2 del Reglamento Uncitral al señalar que: «Este Reglamento regirá el arbitraje, excepto cuando una de sus normas esté en conflicto con una disposición del Derecho aplicable al arbitraje que las partes no puedan derogar, en cuyo caso prevalecerá esa disposición».[56] Esto significa, en definitiva que, cuando la norma reguladora del procedimiento arbitral atribuya —mediante una norma imperativa— un poder exclusivo a los jueces para ordenar medidas de protección, los árbitros no dispondrán de tal poder, incluso en el supuesto de que las partes se lo atribuyeran mediante un pacto expreso.

El problema surge porque la mayoría de los sistemas estatales, convenios internacionales no indican el tipo de disposición ante el que nos encontramos. Tan sólo hay alguna excepción, como por ejemplo, los sistemas alemán o el inglés donde sí que se especifica qué normas son imperativas y cuáles dispositivas. De hecho en este último, el propio texto anexa un listado de todas las disposiciones imperativas, y que, por tanto, deberán ser observadas necesariamente. No figuran en la lista los artículos 38, 39, 41, 42 ni el 44 que son los que establecen el poder de los árbitros y de los jueces, en materia cautelar.

Esto significa, por un lado, que las partes podrán pactar, en virtud del principio de autonomía de la voluntad, el órgano al que le atribuyen

---

[56] Artículo 1.2 del Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional —Uncitral—, del 15 de diciembre de 1976.

tal poder. Y, por otro, que cuando las partes celebren el arbitraje en Inglaterra, pero hayan elegido un Reglamento de Arbitraje o una Ley de Procedimiento distinta que atribuya poderes amplios a los árbitros en materia cautelar, se aplicará esta última, en tanto que no existen normas imperativas que obedecer.

Por lo que refiere a Alemania, siempre que las partes hayan elegido este país como lugar de celebración del arbitraje —dado que rige el principio de territorialidad de las leyes en materia procesal—.[57] Las partes no podrán excluir el poder de los jueces alemanes en materia cautelar cuando la ley así lo disponga, por cuanto que se trata de normas imperativas. Por el contrario, las partes sí podrán pactar la exclusión del poder de los árbitros para dictar medidas provisionales, por encontrarnos ante una norma dispositiva.[58]

En la práctica, a falta de certeza sobre el tipo de norma de que se trata, es recomendable para las partes que inserten una cláusula en el acuerdo de arbitraje, pronunciándose acerca de la competencia o incompetencia de los árbitros. Esto es, actuando como si se tratara de normas dispositivas. Pues, aunque seguramente, los árbitros harán prevalecer lo dispuesto en la *lex arbitri*, nada impide que ante el silencio de la ley, el tribunal que tiene que aplicarlas las interprete también en ese mismo sentido y, consecuentemente, dé validez a la cláusula de las partes.[59]

Sin embargo, cuando la ley reguladora del arbitraje o *lex arbitri* excluya o atribuya competencia a los árbitros, a través de normas imperativas, éstas prevalecerán sobre la voluntad de las partes con independencia

---

[57] Lapiedra Alcamí, R. «Comentario a la Ley Alemana de Arbitraje de 1 de enero de 1998», *R.E.D.I.,* 1998, vol. 2, p. 313.

[58] Schaefer, J.K. «*New Solutions for interim measures of protection in internacional comercial arbitration: English, German and Hong Kong law compared*». *Elec. Jour. Comp. Law*, 1998, p. 23.

[59] McDonell, N.E. «*The Availability of*...», art. cit. p. 290.

de los términos del acuerdo. De manera que, cualquier acuerdo en contrario a la misma será nulo ineficaz.[60] Esto significa, en definitiva, que, a pesar de encontrarnos ante una institución basada, fundamentalmente, en la autonomía de la voluntad de las partes, ésta no es ilimitada, sino que, como ya apuntamos en su momento, está sujeta a ciertas restricciones que vienen impuestas por el estatuto arbitral.[61]

En este mismo orden de cosas añadir que el profesor Goldman[62] ha expresado que si las partes eligen para regular el procedimiento arbitral una ley que no permite la solicitud de tales medidas ante la jurisdicción estatal durante la celebración del arbitraje. Si algún tribunal estatal es requerido para hacerlo, aun cuando su *lex fori* se lo permita debería, de conformidad con la ley elegida por las partes oponerse, esto es, negarse a adoptarlas. He aquí una prueba más de la relevancia de la *lex arbitri* en el desarrollo del procedimiento arbitral.

4.2. Límites impuestos por la lex loci celebrationis

Conviene determinar hasta qué punto el arbitraje se ve sometido o limitado por la ley del lugar de celebración del arbitraje, también denominada *lex loci celebrationis*. La influencia que ejerce en el arbitraje la ley del lugar de su celebración es una cuestión muy debatida por la doctrina. Tanto es así que, tradicionalmente, han existido dos teorías al respecto. De esta forma, junto a (A) la teoría de la deslocalización del arbitraje, aparecen los defensores acérrimos de la llamada (B) teoría de la sede del arbitraje.[63]

---

60 BERNARDINI, P. «*The Powers of...*», art. cit., p. 26.

61 BESSON, S. *Arbitrage international et... Op. cit.*, p. 82; DRAHOZAL, C.R. «*Party autonomy and interim…*». *Op. cit.*, p. 114.

62 GOLDMAN, B. *J.-Cl. Dr. Int.*, fasc. 586-5-1, n.º 98; BRODY, K. «An Argument for Pre-Award Attachment in International Arbitration under the New York Convention«, 18 *Cornell Int. Law Jour.* 1985, pp. 122 y 123; RAMOS MÉNDEZ, F. «*Arbitrage International et Mesures Conservatoires*». *Rev. Arb.*, 1985, pp. 63-67.

63 PARK, W. «The Lex Loci Arbitri and International Commercial Arbitration», 1983, *Int. Com. Law. Quar.*, p. 21. *Vid.*, asimismo, sobre esta teoría REDFERN,

A) Según la primera, el arbitraje aparece totalmente desvinculado de la *lex loci celebrationis*, puesto que se trata de un lugar elegido, únicamente, para asegurar la neutralidad del proceso arbitral. Y, en ningún caso, podría interpretarse como una voluntad implícita de las partes de someterse a la misma.[64] El sistema que, por excelencia, opta por esta postura es el francés.[65]

B) De acuerdo con la segunda teoría, existe una necesaria vinculación entre ambos. Hasta el punto de que el arbitraje estará limitado por las disposiciones previstas en la ley del lugar de su celebración. Así se preveía expresamente en el artículo 2 del Protocolo de Ginebra de 1923, sobre cláusulas de arbitraje al señalar que, «El procedimiento de arbitraje, incluso la constitución del tribunal arbitral, se regirá por la voluntad de las partes y por la ley del país en cuyo territorio tenga lugar el arbitraje».[66]

Lógicamente, en función de la teoría que adoptemos la respuesta a esta hipótesis planteada será diferente. Esto es, según procedamos a estimar una u otra, el procedimiento arbitral estará vinculado por estas disposiciones o, por el contrario, no le afectarán.

La problemática surgida en torno a la localización o deslocalización del arbitraje todavía hoy está lejos de ser resuelta. Sin embargo, actualmente existe una tendencia favorable a la teoría de la sede del arbitraje.[67]

A. y M. Hunter. *Droit et pratique de l'arbitrage commercial international.* París, LGDJ, 1994, 2.ª edición, pp. 67 y ss.; Mann, H. «*England Rejects Delocalised Contracts and International Commercial Arbitration*», 1984, *Int. Com. Law. Quar*., p. 193. Panchaud, A. «*Le siège de l´arbitrage international de droit privé*». *Rev. Arb*., 1966, pp. 2 y ss.

64 *Rev. Arb.*, 1980, p. 524 y *Rev. Arb*., 1985, p. 415.

65 Fouchard, Ph. - E. Gaillard - B. Goldman. *Traité de l´arbitrage... Op. cit.*, p. 110.

66 Artículo 2 del Protocolo de Ginebra sobre cláusulas de arbitraje, de 24 de septiembre de 1923.

67 Besson, S. *Arbitrage international et... Op. cit.,* p. 92.

De hecho, la mayoría de los autores estiman que, salvo que se disponga otra cosa, la ley que regula el procedimiento arbitral suele ser la de la sede del arbitraje. Por lo que se refiere al arbitraje institucional, las partes eligen los diferentes centros de arbitraje, tales como la CCI o la LCIA por tratarse de entes privados que no dependen de ninguna organización estatal. La falta de vinculación con el Estado donde radican evita, al menos en teoría, el riesgo de favoritismo hacia los intereses de un determinado país. Es por ello que, en principio, no tendrían por qué verse afectados por la ley del lugar de su celebración.

En cuanto al arbitraje *ad-hoc* ocurre, prácticamente, lo mismo. Las partes eligen un determinado lugar como sede del arbitraje por su neutralidad, no por su normativa. Aunque la regulación existente en un determinado país, puede ser motivo suficiente para que se evite como sede del arbitraje.

Esto que parece indubitado en la teoría, en la práctica no es del todo cierto. En realidad, sí que influye la normativa de un país a la hora de elegirlo como sede del arbitraje. Buena prueba de ello la tenemos en el seno de la CCI, donde es una práctica constante y generalizada que la secretaría general de la misma evite proponer determinados lugares para desarrollar el procedimiento arbitral por contener una normativa excesivamente estricta en algunas cuestiones. Así, por ejemplo, se evita litigar en lugares donde se exigen demasiados requisitos para la homologación de los laudos arbitrales.

En realidad, resulta lógico que cualquier actividad que se lleva a cabo dentro de las fronteras de un determinado Estado, sea controlada de alguna manera. En este sentido, el arbitraje deberá estar sujeto, necesariamente, a las normas imperativas de la sede del arbitraje. En realidad, la ley del lugar de celebración tampoco afectará en exceso a esta cuestión, en cuanto que el arbitraje queda sometido únicamente a las normas imperativas o de orden público del foro. Por tanto, cuando un tribunal estatal sea requerido para cooperar en un proceso arbitral,

su respuesta dependerá no sólo de su *lex fori* sino también de la ley aplicable al procedimiento arbitral.

La importancia del respeto a las normas imperativas del foro es indudable. Su incumplimiento puede llevar consigo la falta de eficacia del laudo arbitral o la denegación de su reconocimiento y ejecución, en virtud de lo dispuesto en el artículo v.1.d) del Convenio de Nueva York de 1958, esto es, por la falta de adecuación del procedimiento a las normas imperativas del lugar de celebración del arbitraje.

Este riesgo implica que los árbitros respetarán siempre y, en todo caso, estas normas, pues, en realidad, uno de los principales objetivos de los árbitros, es obtener un laudo arbitral que sea ejecutable, amén de justo para las partes. No se debe olvidar que, además, está en juego su prestigio, así como la posibilidad de ser nombrado en futuros arbitrajes.

De este modo, cuando el Reglamento de la institución elegida por las partes esté en clara contradicción con lo dispuesto en la ley del lugar de celebración del arbitraje en materia cautelar, prevalecerá esta última, aun cuando sea contraria a la voluntad de las partes. Esta hipótesis raramente se dará en la práctica, al menos en el caso del arbitraje institucional, ya que estos centros a la hora de elegir la sede del arbitraje, analizan minuciosamente el contenido de las normas de cada país antes de decidirse por uno de ellos como sede del arbitraje. Y, difícilmente, optarán por un país cuya normativa resulte incompatible con las disposiciones de su propio Reglamento. Si bien es cierto que estamos ante una institución basada, fundamentalmente, en la autonomía de la voluntad de las partes, se justificaría en este caso en la necesidad de asegurar la efectividad del laudo. ¿De qué serviría realizar todo el procedimiento arbitral a sabiendas que, de no respetar las normas imperativas del lugar de celebración del arbitraje, el laudo nunca podría ejecutarse?

Por todos estos motivos, en la práctica, la elección de un determinado lugar de celebración del arbitraje no suele ser fruto de la casualidad,

sino que éste se elige, precisamente, porque su normativa imperativa es más permisiva que otras. Así, por ejemplo, se evitará la elección de países como Italia, Argentina o Grecia como sede de arbitrajes internacionales, precisamente, porque prohíben expresamente el poder de los árbitros en materia cautelar.

En la práctica, el lugar de celebración del arbitraje no suele coincidir con el lugar donde deben adoptarse las medidas cautelares. Piénsese que las partes eligen la sede del arbitraje por su falta de vinculación con cualquiera de las partes en el arbitraje, de ahí que lo normal será que no exista ningún vínculo entre ellas y el lugar de celebración del procedimiento arbitral. Lógicamente, el patrimonio sobre el que pueda recaer la medida estará situado en un lugar diferente, que será donde ésta se adopte por razones de eficacia y rapidez. Se exige, pues, un triple respeto, por un lado, a las leyes del lugar de celebración en cuanto que, de lo contrario, se podrá anular o recurrir el laudo y no se haría efectivo. Y, por otro, la del lugar donde la medida deba adoptarse, pues, de ello depende su efectividad.

Así, de nada serviría que un tribunal arbitral dictara una medida cautelar si, de conformidad con la ley del lugar donde están situados los bienes sobre los que ésta recaerá o con la ley del lugar de celebración del procedimiento, no se permite la adopción de este tipo de decisiones por dichos órganos. Y, finalmente, con el fin de asegurarse un laudo susceptible de ser ejecutado, sería conveniente que los árbitros respetaran igualmente las normas imperativas del lugar donde se prevea que va a surtir efectos.[68]

[68] Bösch, A. *Provisional Remedies... Op. cit.*, p. 7.

Análisis comparativo de la prueba en el arbitraje internacional: ¿*disclosure* o *discovery*?

Elisa Vicente Maravall[*]

Sumario: I. Introducción.— II. La prueba en el arbitraje international: *civil law vs. common law*.— 2.1. Rasgos distintivos de los sistemas de tradición continental y anglosajona.— 2.2 El principio de flexibilidad en la selección, valoración y práctica de la prueba.— 2.3. Clasificación de los principales medios de prueba en el arbitraje internacional III. El requerimiento de aportación de pruebas: *disclosure vs. discovery*.— 3.1. El requerimiento de aportación de pruebas (*request to produce*).— 3.2. El proceso de requerimiento de aportación de pruebas (*evidence taking*).— 3.2.1. Potestad de requerimiento de aportación de pruebas de tribunal arbitral.— 3.2.2. Ámbito del requerimiento de aportación de pruebas.— 3.2.3. Tipos de requerimientos de aportación de pruebas.— 3.2.4. Inferencias adversas en caso de incumplimiento.— IV. Conclusiones.

1. Introducción

Señalan dos reconocidos árbitros de gran reputación, uno del *civil law*, el alemán Elsing, y otro del *common law*, el americano Townsend, lo siguiente:

[*] Garrigues, Madrid.

> *It is unlikely that the common law and civil law approaches to advocacy and proof will ever fuse into a single set of procedures for international arbitration. Nor is it desirable that they should.*[1]

Y ello es así en tanto que una de las grandes ventajas del arbitraje es su flexibilidad, que permite la adaptación del procedimiento a las características específicas del caso. En este sentido, el presente artículo se inicia abordando el análisis del principio de flexibilidad en el procedimiento arbitral desde la perspectiva de la prueba, incidiendo en las diferencias más importantes entre los sistemas de tradición continental y de tradición anglosajona.

Seguidamente, tras esta breve exposición del panorama de la prueba en el contexto del arbitraje internacional, se procede a estudiar con más detalle un ámbito concreto de la misma: el requerimiento de aportación de pruebas. Asimismo, de forma paralela, se continúa con la comparativa entre el sistema continental, que ampara el *disclosure*, y el sistema anglosajón, que promueve el *discovery.*

De entrada, cabe advertir que, en el plano teórico, si bien la terminología puede variar entre *disclosure* o *discovery*, en último término, su significado material no varía:[2] ambos se refieren al proceso de requerimiento de aportación de pruebas ordenado por el tribunal arbitral, a

---

1 «Resulta improbable que las perspectivas del common law y del civil law relativas al ejercicio de la abogacía y la práctica de la prueba se fusionen alguna vez en un único sistema de procedimientos para el arbitraje internacional. Ni es deseable que así fuera». (Traducción propia). Fuente: ELSING, S.H. y J.M. Townsend. «Bridging the Common Law-Civil Law Divide in Arbitration». *Arbitration International*. La Haya-Londres: Kluwer Law International, 2002, vol. 18, Issue 1, p. 66.

2 BORN, G. «Chapter 15: Disclosure and Discovery in International Arbitration». En *International Commercial Arbitration*. La Haya: Kluwer Law International, 2009, p. 1877. MCILWRATH, Michael y John SAVAGE. *International Arbitration and Mediation: A Practical Guide*. La Haya: Kluwer Law International, 2010, p. 287, para. 5-181.

solicitud de las partes o por iniciativa propia, en el curso del procedimiento arbitral.

En todo caso, ello no obsta a que, en la práctica, existan diferencias importantes entre ambos requerimientos, lo que revela las substanciales discrepancias que aún persisten entre las jurisdicciones del *civil law* y del *common law* respecto a la prueba en el arbitraje internacional.

2. La prueba en el arbitraje internacional: civil law vs. common law

2.1. Rasgos distintivos de los sistemas de tradición continental y anglosajona

Antes de proceder al estudio del requerimiento de prueba, conviene recorrer brevemente el *panorama de la prueba en el arbitraje internacional*, incidiendo en las diferencias más importantes entre los sistemas de tradición continental y anglosajona.

Así, cabe distinguir entre:

i. *Sistemas de tradición civilista* ó *civil law*: los medios de prueba son controlados, en gran parte, por el tribunal arbitral. Por tanto, es probable que un tribunal compuesto mayoritariamente por árbitros de tradición civilista sea reacio a requerir a las partes pruebas que no hayan aportado ya voluntariamente al proceso.[3]

---

[3] Born, G. «Chapter 15: Disclosure and Discovery in International Arbitration». En *International Commercial Arbitration*. Kluwer Law International, 2009, p. 1893. Molitoris, M. *et al.*; «*Chapter II: The Arbitrator and the Arbitration Procedure - Oral Hearings and the Taking of Evidence in International Arbitration*». En Klaussegger, C. - P. Klein, *et al.* (eds). Austrian Arbitration Yearbook 2009, C.H. Beck, Stämpfli & Manz 2009, pp. 175-177.

ii. *Sistema de tradición anglosajona* o *common law*: la iniciativa de las partes en cuanto a la proposición de los medios de prueba es esencial en el procedimiento. Por ende, un tribunal compuesto mayoritariamente por árbitros de tradición anglosajona asumirá, probablemente, que las partes se requieran pruebas, y que estos requerimientos son, en buena medida, necesarios para lograr un proceso eficaz.[4]

2.2. El principio de flexibilidad en la selección, valoración y práctica de la prueba

La prueba en el arbitraje internacional se rige por un principio fundamental: el «principio de flexibilidad», para adaptarse a la casuística y práctica arbitral.[5]

Partiendo de esta premisa, cabe derivar dos consecuencias esenciales en el ámbito de la «selección y valoración de los medios de prueba»:

i. *Admisibilidad de todos los medios de prueba*: en el arbitraje internacional, todos los medios de prueba son admisibles,[6] como se concluye de las siguientes disposiciones: «prueba documental» [artículos 22.2, 24.1, 24.2, 24.3, 25.3 de la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre Arbitraje Internacional (en adelante, «Ley Modelo»); artículo 27 del Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (en adelante, «Reglamento de Arbitraje de la

---

4 *Ibídem.*

5 RICCI, E. F. *Evidence in International Arbitration: A Synthetic Glimpse* en FERNÁNDEZ- BALLESTEROS, M. Á. y D. ARIAS (eds), Liber Amicorum Bernardo Cremades, (La Ley 2010), p. 1025. LEW, Julian D.M, Loukas A. MISTELIS and KRÖLL, Stefan M. *Comparative International Commercial Arbitration*. Kluwer Law International, 2003, p. 557, para. 22-15.

6 Afirmación que será debidamente matizada posteriormente, conforme a las reglas del *due process*.

Cnudmi»); artículo 15 del Reglamento de la Corte de Arbitraje Internacional de Londres (en adelante, «Reglamento de la LCIA»); artículo R-34 de la Asociación Americana de Arbitraje (en adelante, «Reglamento de la AAA»); artículos 25.2, 25.6 del Reglamento de la Cámara Internacional de Comercio (en adelante, «Reglamento de la CCI»); artículo 3 de las Reglas de la IBA (International Bar Association) sobre Práctica de Prueba en el Arbitraje Internacional (en adelante, «Reglas de la IBA»)]; «prueba testifical» [artículo 24 de la Ley Modelo; artículos 27 y 28 del Reglamento de Arbitraje de la Cnudmi; artículo 20 del Reglamento de la LCIA; artículos R-34 y R-35 del Reglamento de la AAA; artículos 25.3 y 26 del Reglamento de la CCI; artículo 4 de las Reglas de la IBA]; *prueba pericial* [artículos 27 y 28 del Reglamento de la Cnudmi; artículo 21 del Reglamento de la LCIA; artículo R-35 del Reglamento de la AAA; artículos 25.3 y 25.4 del Reglamento de la CCI; artículo 5.6 de las Reglas de la IBA], etcétera. En todo caso, la mención de medios probatorios específicos no excluye la admisión de otros posibles que pudieran ser útiles.[7]

ii. *Equivalencia de todos los criterios de valoración de las pruebas*: no existen reglas generales de ponderación de los diversos medios de prueba, variando la valoración de los mismos *ad casum*. No obstante, cabe reseñar que, por lo general, los árbitros del civil law tienden a dar mayor relevancia a la prueba documental, frente a los árbitros del common law, que otorgan un valor fundamental a la prueba testifical.[8]

---

7 Mcilwrath, Michael y John Savage. *International Arbitration and Mediation: A Practical Guide*. La Haya: Kluwer Law International, 2010, p. 287, para. 5-172.

8 Elsing, S.H. y J.M. Townsend. *Bridging the Common Law-Civil Law Divide in Arbitration*. *Arbitration International*. La Haya: Kluwer Law International, 2002, vol. 18, issue 1, p. 61.

Lo anterior cobra particular relevancia a la luz de la «progresiva armonización de los sistemas *civil law* y *common law*».[9] No obstante, persisten importantes «diferencias», pudiendo resaltarse dos ámbitos fundamentales: la «prueba pericial» y las «pruebas relativas a los testimonios escritos de los testigos».

De un lado, en relación con la «prueba pericial», mientras que en el sistema anglosajón los peritos actúan como testigos, designados por las partes para beneficiarse de su opinión; en el sistema continental las partes podrán nombrar peritos, pero éstos no actúan como testigos en el proceso, sino que proporcionan diversas opiniones a valorar por el perito designado por el tribunal, con el fin de auxiliarle en su labor. El arbitraje internacional resuelve esta diversidad adoptando una perspectiva armonizadora: puesto que la regla general aboga por la admisibilidad de todos los medios de prueba, se admiten ambas pruebas periciales, tanto siguiendo el sistema anglosajón como el continental, incluso, en un mismo procedimiento.[10]

Por otro lado, en relación con las «pruebas relativas a los testimonios escritos de los testigos», si bien estos medios probatorios no suelen ser considerados tan relevantes en los sistemas del *civil law*, que otorgan un mayor valor a la prueba documental, sí gozan de una gran acepción en los sistemas del *common law* y en la práctica arbitral internacional. En cualquier caso, bajo la regla de admisibilidad, se admiten con carácter general estas pruebas.[11]

---

[9] GAILLARD, Emmanuel and John SAVAGE (eds.). *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*. La Haya: Kluwer Law International, 1999, p. 689, para. 1250.

[10] ELSING, S.H. y J.M. TOWNSEND. *Bridging the Common Law-Civil Law Divide in Arbitration*. *Arbitration International*. La Haya: Kluwer Law International, 2002, vol. 18, issue 1, pp. 59-66.

[11] RICCI, E.F. *Evidence in International Arbitration: A Synthetic Glimpse.* En FERNÁNDEZ- BALLESTEROS, M.Á. y D. ARIAS (eds.). Liber Amicorum Bernardo Cremades (La Ley, 2010), p. 1026.

Asimismo, en el ámbito de la «práctica de la prueba», y siempre considerando el principio de flexibilidad, cabe apuntar tres diferencias esenciales entre los sistemas de tradición continental y anglosajona:

i. *Interrogatorios*: Si bien las técnicas varían de un sistema a otro (puesto que, mientras que en los sistemas del *common law* las partes son interrogadas como testigos —*cross examination*—, en los sistemas del *civil law* son interrogadas por el tribunal), en arbitraje internacional las partes suelen ser interrogadas conforme a la técnica del *common law* (artículo 4.1 de las Reglas de la IBA).

ii. *Rol de los árbitros*: La dicotomía en este aspecto viene determinada por el rol del juez, siendo los sistemas del *common law* acusatorios o adversariales, frente a los sistemas inquisitivos del *civil law*. En todo caso, aunque la formación jurídica de cada árbitro condicionará en buena medida su actuación en el procedimiento de prueba, por lo general, los árbitros hacen escaso uso de su poder inquisitivo, ya que su ejercicio podría afectar su imparcialidad.

iii. *Discovery*: Puesto que se estudiará más adelante en detalle, únicamente cabe mencionar por el momento que el *discovery* podría ampliar su ámbito de aplicación al arbitraje internacional, más allá de los sistemas del *common law*, gracias al principio de flexibilidad.

En definitiva, cabe advertir que el ámbito de aplicación del principio de flexibilidad, respecto a la prueba en el arbitraje internacional no es ilimitado, sino que también deben considerarse las «reglas de justicia».

A tal efecto, se puede reseñar una limitación fundamental determinada por estas reglas: la limitación de la autonomía de las partes respecto

a la elección de los medios de prueba.[12] En este sentido, «el respeto al proceso justo» o *due process of law* implicará, en este ámbito, la garantía del trato equitativo a las partes y la igualdad de defensa, concediendo a cada parte una «plena oportunidad de hacer valer sus derechos» (artículo 18 de la Ley Modelo; artículo 17.1 del Reglamento de Arbitraje de la Cnudmi, artículo 14.1 del Reglamento de la LCIA; artículo 22.4 del Reglamento de la CCI).

Finalmente, destacar el contenido del las «Reglas de la IBA», particularmente importantes en cuanto al reconocimiento de las reglas de justicia en materia de prueba.[13] Matizando la anterior afirmación sobre la admisibilidad de todos los medios de prueba en el arbitraje internacional, se debe resaltar el artículo 9.2 de las Reglas,[14] que dispone lo siguiente:

> El tribunal arbitral podrá excluir, a instancia de parte o de oficio, la prueba o la exhibición de cualquier documento, declaración, testimonio oral o inspección por cualquiera de las siguientes razones:
>
> (a) Falta de relevancia suficiente o utilidad para la resolución del caso;
> (b) Existencia de impedimento legal o privilegio bajo las normas jurídicas o éticas determinadas como aplicables por el tribunal arbitral;
> (c) Onerosidad o carga excesiva para la práctica de las pruebas solicitadas;

---

[12] Limitación considerada particularmente relevante en los sistemas de *civil law*, REDFERN, A., M. HUNTER, N. BLACKABY, and C. PARTASIDES. «Chapter 6: Conduct of the proceedings». En *Law and Practice of International Commercial Arbitration.* Oxford University Press, 2009, p. 365, parágrafo 6.12.

[13] O.L.O. de Witt Wijnen. *Collection of Evidence in International Arbitration*. En FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, M.Á. y D. ARIAS (eds.). *Liber Amicorum Bernardo Cremades*. Madrid: La Ley, 2010, pp. 351-359.

[14] Conforme a su versión modificada y aprobada por Resolución del Consejo de la IBA el 29 de mayo de 2010.

(d) Pérdida o destrucción del documento, siempre que se demuestre una razonable probabilidad de que ello haya ocurrido;
(e) Confidencialidad por razones comerciales o técnicas que el tribunal arbitral estime suficientemente relevantes;
(f) Razones de especial sensibilidad política o institucional que el tribunal arbitral estime suficientemente relevantes (incluyendo pruebas que hayan sido clasificadas como secretas por parte de un gobierno o de una institución pública internacional);
(g) Consideraciones de economía procesal, proporcionalidad, justicia o igualdad entre las partes que el tribunal arbitral estime suficientemente relevantes.

En último término, la discreción del tribunal en cuanto a la admisión o exclusión de los medios probatorios en el procedimiento deberá ser, en todo caso, motivada.[15]

2.3. Clasificación de los principales medios de prueba en el arbitraje internacional

Como se ha visto, la prueba en arbitraje internacional deriva de la síntesis de la autonomía de la voluntad de las partes y la discreción del tribunal arbitral.[16] Y, conforme, a las Reglas de la IBA, se pueden distinguir *cuatro categorías principales* de medios probatorios:

i. Prueba documental;
ii. Prueba de testigos (escrita u oral);
iii. Prueba pericial (escrita u oral);
iv. Prueba relativa a la inspección del objeto de la disputa.

---

[15] Ricci, E.F. *Evidence in International Arbitration: A Synthetic Glimpse*. En Fernández- Ballesteros, M.Á. y D. Arias (eds.). *Liber Amicorum Bernardo Cremades*. Madrid: La Ley, 2010, p. 1029.

[16] Redfern, A., M. Hunter, N. Blackaby, and C. Partasides. «Chapter 6: Conduct of the proceedings». En *Law and Practice of International Commercial Arbitration*. Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 387, para. 6.96.

Seguidamente, se analizará con detalle el requerimiento de aportación de pruebas, incidiendo en la dicotomía existente entre el sistema continental, que ampara el *disclosure* y el sistema anglosajón, que promueve el *discovery.*

3. REQUERIMIENTO DE APORTACIÓN DE PRUEBAS: *DISCLOSURE VS. DISCOVERY*

3.1. El requerimiento de aportación de pruebas (request to produce)

De forma previa, puede apuntarse como «definición del requerimiento de aportación de pruebas» que éste se refiere al escrito formulado por una parte y dirigido a la otra parte o al tribunal arbitral, con el fin de requerir la aportación de pruebas al procedimiento por la otra parte.

La razón de ser de este requerimiento obedece al siguiente *contexto*:[17] una parte puede poseer pruebas que favorecen la posición de la parte contraria y a los que ésta última no tiene acceso. En este sentido, salvo cuando una parte opta tácticamente por ser la primera en aportar y explicar aquellos pruebas potencialmente problemáticas que la parte adversa conoce que obran en su poder, generalmente, la parte sólo aportará aquellos pruebas que sean favorables a su posición (o, al menos, que no sean desfavorables).

Continuando con «la comparativa entre las jurisdicciones del *Common Law* y *Civil Law*», cabe resaltar que, al contrario de lo que sucede en muchas jurisdicciones del *Civil Law*, en la jurisdicción del *Common Law* es habitual que cada parte requiera a la otra, aquellas pruebas que no haya aportado y que la primera crea relevantes para la defensa de su posición. En la actualidad, esta práctica es común en arbitraje internacional, si bien el grado de implementación depende en buena medida de la formación jurídica de los representantes de las partes y de los

[17] MCILWRATH, Michael y John SAVAGE. *International Arbitration and Mediation: A Practical Guide*, Kluwer Law International 2010, p. 289, para. 5-180.

árbitros. Así, cuanto mayor es la proporción de juristas del *civil law* en el proceso, menos probable será una decisión o acuerdo sobre la realización de un requerimiento de prueba.[18]

En todo caso, al realizar un «análisis de las reglas arbitrales» de distintas instituciones en este ámbito, por lo general, la mayoría no contempla específicamente la regulación del requerimiento de prueba.[19] Así, esta cuestión es referida generalmente a los árbitros, que gozan de discreción para decidir sobre la realización de los requerimientos que fueren necesarios en cada caso.[20] En la actualidad, ya sea por su propia iniciativa o a raíz del acuerdo de las partes, los árbitros atienden cada vez con mayor frecuencia al contenido de las Reglas de la IBA en este ámbito.

Las «Reglas de la IBA adoptan una posición intermedia» entre la doctrina expansiva a favor del requerimiento de prueba —seguida, como se ha visto, por la mayoría de las jurisdicciones del *common law*— y la reticencia de los sistemas del *civil law* a la aprobación de estas medidas. En este sentido, se ha comprobado que las Reglas han logrado alcanzar un importante consenso sobre la práctica de la prueba en el contexto del arbitraje internacional.[21]

El éxito de esta posición intermedia se puede percibir en la siguiente *tendencia*: los árbitros del *common law* acuden a las Reglas de la IBA para justificar una mayor restricción en las decisiones acerca del

---

[18] Redfern, A., M. Hunter, N. Blackaby and C. Partasides. «Chapter 6: Conduct of the proceedings». En *Law and Practice of International Commercial Arbitration.* Oxford University Press, 2009, p.365, para. 6.118.

[19] Mcilwrath, Michael y John Savage, *International Arbitration and Mediation: A Practical Guide*, Kluwer Law International 2010, p. 289, para. 5-182.

[20] Lew, Julian D.M and Loukas A. Mistelis. *Pervasive Problems in International Arbitration*. Kluwers Law International, 2006, para. 6-9.

[21] O.L.O. de Witt Wijnen, *Collection of Evidence in International Arbitration* en Fernández- Ballesteros, M. Á. y D. Arias, (eds), Liber Amicorum Bernardo Cremades, (La Ley 2010)), pp. 352.

requerimiento de prueba, mientras que los árbitros del *civil law* acuden a las mismas con el fin de argumentar su mayor utilización en el procedimiento.[22]

Los «principales cambios» adoptados por la IBA tras la revisión de las Reglas el 29 de mayo de 2010 son:

i. La potestad del tribunal para, tras consultarlo con las partes, programar el requerimiento de aportación de pruebas separadamente para cada tema o fase del procedimiento (prueba documental, artículo 3(14); declaración testimonial, artículo 4(4) y testimonio oral, artículo 8(3) (e));
ii. El ámbito del *e-discovery* o *e-disclosure*, al que se hará referencia más adelante;[23]
iii. La consideración específica de las cuestiones sobre confidencialidad que pueden determinar la inadmisibilidad de las pruebas (artículo 9);
iv. La introducción del requisito de la buena fe en la práctica de la prueba (artículo 9 (7));
v. La introducción de los requisitos de relevancia y substancialidad respecto a las pruebas cuya aportación al procedimiento se requiere (artículos 3(3) (b), 3(7), 3(9), 3(11) y 9(2) (a)).

*3.2. El proceso de requerimiento de aportación de pruebas (***evidence-taking)**

3.2.1. Potestad de requerimiento de aportación de pruebas del tribunal arbitral

La potestad del tribunal arbitral para ordenar el requerimiento de aportación de pruebas a una de las partes, tras aceptar la solicitud de la

[22] MCILWRATH, Michael y John SAVAGE.*International Arbitration and Mediation: A Practical Guide*. Kluwer Law International 2010, p. 289, para. 5-182.

[23] *Vid*. p. 17 de este artículo.

parte adversa o de oficio, se rige en primera instancia por la ley del procedimiento arbitral (frecuentemente, la ley de la sede del arbitraje).[24] Asimismo, la legislación arbitral en la mayoría de las jurisdicciones reconoce como parte de la autonomía de la voluntad de las partes el acuerdo acerca de la existencia y ámbito del requerimiento en caso de un eventual procedimiento arbitral.[25]

Al respecto, seguidamente se estudia brevemente lo contemplado en este ámbito en las diversas «legislaciones arbitrales»:

i. *Ley Modelo*: Puesto que no se contempla específicamente, cabe aplicar lo dispuesto en el artículo 19 (1) en relación con el reconocimiento de la autonomía de la voluntad de las partes en cuanto a la determinación del procedimiento. En ausencia de disposición a tal efecto, los artículos 19 (2) y 27 conceden al tribunal arbitral suficiente competencia para la práctica y valoración de la prueba.[26]

ii. *Legislaciones arbitrales en las jurisdicciones civiles*: Por lo general, la posición común en los sistemas de tradición continental también parte del reconocimiento de la autonomía de la voluntad de las partes en cuanto a las cuestiones procedimentales,

---

[24] Born, G. «Chapter 15: Disclosure and Discovery in International Arbitration». En *International Commercial Arbitration*. La Haya-Londres: Kluwer Law International, 2009, p. 1878. *Vid*. también, ICC Case n.° 5542 en Hascher, D. (ed.). *Collection of Procedural Decisions in ICC Arbitration*, 1993-1996. La Haya-Londres: Kluwer Law International, 1997, pp. 64-65.

[25] En particular, acerca de la redacción de previsiones al respecto en el convenio arbitral, *vid*. Born, G. *International Arbitration and Forum Selection Agreement: Drafting and Enforcing 80-82*, 2006, 2nd edition.

[26] Asimismo, el artículo 26 (1) (b) de la Ley Modelo también implica el reconocimiento al tribunal arbitral de esta potestad, en tanto que reconoce de forma específica la misma en el contexto de la prueba pericial («podrá solicitar a cualquiera de las partes que suministre al perito toda la información pertinente o que le presente para su inspección todos los documentos, mercancías u otros bienes pertinentes, o le proporcione acceso a ellos»).

si bien el requerimiento de aportación de pruebas no es usual en muchos sistemas nacionales. En todo caso, si bien muchas legislaciones guardan silencio al respecto (la suiza y la alemana, por ejemplo), otras sí que reconocen de forma expresa la potestad del tribunal para ordenar el requerimiento.[27]

iii. *Legislaciones arbitrales en las jurisdicciones anglosajonas*: Al contrario que la mayoría de las legislaciones civiles, las regulaciones arbitrales del *common law* suelen regular de forma específica la potestad del tribunal, relativa al requerimiento de aportación de pruebas. En particular, el Acta Federal de Arbitraje de Estados Unidos contempla de forma específica esta potestad en su Sección 7, Capítulo 9. Dicha disposición autoriza a los árbitros a requerir, cuando fuese preciso, la comparecencia de cualquier persona como testigo ante el tribunal o cualquiera de los árbitros como testigo en el procedimiento y, en su caso, aportar la documentación oportuna que obrará como prueba en el procedimiento. A pesar del carácter limitado con el que dicha sección se refiere a la potestad de requerimiento del tribunal, la doctrina mantiene que, aunque las partes no hayan previsto expresamente una potestad más amplia que aquélla recogida en esta sección, los árbitros tienen autoridad para ordenar el requerimiento con la extensión que fuese adecuada para poder desarrollar de forma apropiada su misión, opinión que halla su reflejo en la práctica de los tribunales estadounidenses.[28] De otro lado, también

---

[27] *Vid*., por ejemplo, Ley n.° 60/2003, de Arbitraje española, artículos 29(2) y 32(1); Nuevo Código francés de Procedimiento Civil, artículo 1467(3); Código Judicial belga, artículo 1707(1); Código holandés de Procedimiento Civil, artículo 1039(4); Código Civil austríaco, Sección 599(1); Ley de Arbitraje china, artículo 43; Acta de Arbitraje de Singapur, artículo 28(2)(b).

[28] *Vid*., por ejemplo, *In re Security Life Ins. Co. of Am. vs. Duncanson & Holt, Inc*., 228 F.3d 865, 870-871 (8th Cir. 2000); Am. Fed. of Television and Radio Artists, *AFL-CIO vs. WJBK-TV* (*New World Comm. of Detroit, Inc.*), 164 F.3d 1004, 1009 (6th Cir. 1999); *Stanton vs. Paine Webber Jackson & Curtis, Inc*., 685 F. Supp. 1241 (S.D. Fla. 1988); *Meadows Indem. Co. vs. Nutmeg Ins. Co*., 157 F.R.D. 42, 45

> el Acta de Arbitraje inglesa de 1996 contempla, incluso con más detalle, la potestad de requerimiento del tribunal, en su Sección 34 (2) (a), al prever específicamente que el tribunal arbitral tiene autoridad para decidir si alguno, y en su caso cuales, documentos o clases de documentos deberán ser aportados al procedimiento por las partes y en que momento del mismo.

Asimismo, la mayoría de los *reglamentos arbitrales institucionales* contienen referencias expresas a la potestad del tribunal para requerir la aportación de pruebas al procedimiento. En este sentido, cabe reseñar, por ejemplo, las referencias del Reglamento de la LCIA en su artículo 22 (1) en los apartados c., d. y e.; del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI en su artículo 27 (3); del Reglamento del Centro Internacional para la Resolución de Disputas (en adelante, "Reglamento de la ICDR") en su artículo 19 (3) y del Reglamento de la AAA en su Regla 31 (d) y el artículo 25 (5) del Reglamento de la CCI.

Por lo general, la potestad de requerimiento de aportación de pruebas del tribunal arbitral se encuentra limitado a las partes del arbitraje, de modo que *no se extiende a terceros*.[29] Esta limitación obedece a la naturaleza consensual que rige el arbitraje: en principio, lo dispuesto en el convenio arbitral vincula sólo a las partes que lo han suscrito.[30] No

---

(M.D. Tenn. 1993); *United Elec. Workers Local* 893 *vs. Schmitz*, 576 N.W.2d 357 (Iowa 1998); *Transwestern Pipeline Co. vs. J.E. Blackburn*, 831 S.W.2d 72 (Tex. Ct. App. 1992), jurisprudencia citada en la Nota 39, en BORN, G., «*Chapter 15: Disclosure and Discovery in International Arbitration*». En *International Commercial Arbitration*. Kluwer Law International, 2009, p. 1883.

[29] Redfern, A., M. Hunter, N. Blackaby and C. Partasides. «Chapter 6: Conduct of the proceedings». En *Law and Practice of International Commercial Arbitration.* Oxford University Press, 2009, p.365, para. 6.127. Asimismo, cabe citar de nuevo, Order in ICC Case n.° 5542. En Hascher, D. (ed.). Collection of Procedural Decisions in ICC Arbitration 1993-1996. La Haya-Londres: Kluwer Law International, 1997, pp. 64-65.

[30] Born, G. «Chapter 15: Disclosure and Discovery in International Arbitration». En *International Commercial Arbitration*. La Haya-Londres: Kluwer Law International, 2009, pp. 1890-1891.

obstante, existen regulaciones arbitrales que prevén expresamente la posibilidad de requerir la aportación de pruebas a un procedimiento arbitral a un tercero, con la asistencia judicial de los tribunales nacionales.[31]

Asimismo, en último término, se debe resaltar que, generalmente, las regulaciones arbitrales contemplan el *carácter discrecional de la potestad de requerimiento* que puede ejercer el tribunal.[32] No obstante, también con carácter general no se contemplan los límites de discrecionalidad del tribunal. Por tanto, en un principio, el ámbito del requerimiento será definido por las partes en el convenio arbitral y, en ausencia de pacto al respecto, será el tribunal el que, en atención a las circunstancias específicas del caso, determine la extensión, mecanismos y calendario de los requerimientos oportunos en el procedimiento.

3.1.2. Ámbito del requerimiento de aportación de pruebas

Continuando con la comparativa entre los sistemas del *civil law* y *common law* en relación con el requerimiento de aportación de pruebas, cabe resaltar que las diferencias existentes entre ambas jurisdicciones en relación con el ámbito del mismo son frecuentemente exageradas.[33]

Como se vio,[34] en las jurisdicciones de tradición continental, la práctica de la prueba es controlada, en gran medida, por el tribunal

---

[31] *Vid*., por ejemplo, Sección 38 del Acta de Arbitraje inglesa de 1996; Sección 7, Capítulo 9, del Acta Federal de Arbitraje de los Estados Unidos de América; artículo 184 (2) Ley suiza sobre Derecho Internacional Privado; artículo 1696 (1) del Código Judicial Belga.

[32] Esta discreción dará lugar a interpretaciones diversas, según la composición del tribunal arbitral. LEW, Julian D.M. and Loukas A. MISTELIS. *Pervasive Problems in International Arbitration*. La Haya-Londres: Kluwers Law International, 2006, para. 6-12.

[33] BORN, G. «Chapter 15: Disclosure and Discovery in International Arbitration». En *International Commercial Arbitration*. La Haya-Londres: Kluwer Law International, 2009, pp. 1894.

[34] *Vid*. apdo. 2.1 del presente artículo.

arbitral, de modo que las partes no suelen requerir (ni los tribunales ordenar) el requerimiento de aportación de pruebas. *A contrario*, en las jurisdicciones de tradición anglosajona, son las partes las que ostentan un control importante sobre los medios probatorios, de forma que las decisiones sobre el requerimiento de aportación de pruebas son mucho más frecuentes.

A pesar de estas generalidades, es cierto que las diferencias entre ambos sistemas se ven mitigadas puesto que, si bien los árbitros se encuentran ineludiblemente influenciados por su formación jurídica, desean alcanzar decisiones que sean internacionales, con el fin de garantizar la eficacia de sus decisiones. A tal efecto, cabe reseñar una serie de aspectos que afectarán al ámbito y admisión del requerimiento:

i. *Las características personales de los árbitros*. Cuestiones como la edad, experiencia, carácter, disponibilidad de tiempo e interés en el caso condicionarán las decisiones acerca de ordenar o no requerimientos de aportación de pruebas.

ii. *Las características individuales de los representantes de las partes*. La formación jurídica de los representantes de las partes y sus expectativas procesales, en la medida en que sean más o menos similares, condicionarán el desarrollo del procedimiento. Así, si ambas partes se encuentran representadas por abogados que ejerzan en el *civil law*, el procedimiento se desarrollará probablemente de forma similar a uno de este sistema, mientras que si los representantes ejercen en el *common law,* las características de las jurisdicciones anglosajonas influenciarán también el procedimiento arbitral.

iii. *Las características específicas de la disputa de las partes*. Una de las ventajas del arbitraje es la posibilidad de adaptar el procedimiento, en buena medida, a las circunstancias específicas del caso. Así, en casos en los que, por ejemplo, sólo una de las

partes tenga acceso a pruebas materiales de gran importancia, el requerimiento resultará sin duda apropiado. De otro lado, si una parte desea obtener pruebas en los archivos de la adversa mediante una *fishing expedition* para cuestionar la credibilidad de un testigo, el requerimiento será claramente inadecuado.

iv. *La rapidez, eficacia y coste del procedimiento*. Dado el elevado coste de algunos requerimientos, en ocasiones, el tribunal puede decidir, tras ponderar la relevancia de la prueba y las dificultades de su práctica, no llevar a cabo el requerimiento en aras de garantizar la velocidad del procedimiento arbitral.

En cualquier caso, se debe resaltar que «las partes no tienen un derecho automático a requerir la aportación de pruebas» por la adversa en el procedimiento.[35] En este sentido, los requerimientos de aportación de pruebas suelen tener lugar cuando, al estar contemplados como parte del calendario procedimental establecido por el tribunal al inicio del procedimiento, las partes hacen uso, en atención a las circunstancias del caso, de esta posibilidad.

En la práctica, en arbitraje internacional, «los tribunales suelen ser reacios a ordenar requerimientos de aportación de pruebas de carácter expansivo o fishing expeditions».[36] Por lo general, los árbitros suelen ordenar requerimientos de pruebas específicas, ya sea individuales o por categorías correspondientemente delimitadas, conforme a las Reglas de la IBA.[37]

---

[35] BORN, G. «Chapter 15: Disclosure and Discovery in International Arbitration». En *International Commercial Arbitration*. La Haya-Londres: Kluwer Law International, 2009, pp. 1895.

[36] *Vid*. Icsid Case n.° ARB/02/3 (8 April 2003), *Aguas del Tunari S.A. vs. Republic of Bolivia*, 2005 WL 3619910; Icsid Case n.° ARB/01/11 (3 June 2003), *Noble Ventures, Inc. vs. Romania*, Final Award (12 October 2005). En HASCHER, D. (ed.), Collection of Procedural Decisions in ICC Arbitration 1993-1996. La Haya-Londres: Kluwer Law International, 1997, pp. 62.

[37] Artículo 3 (6) de las Reglas de la IBA.

3.1.3. Tipos de requerimientos de aportación de pruebas

Existen diversas modalidades de requerimientos, las cuales pueden clasificarse, siguiendo la metodología de las Reglas de la IBA, en las siguientes: prueba documental, prueba testifical, prueba pericial e inspección.

Primero, en relación con la «prueba documental», se debe reseñar que, conforme a lo previsto en el artículo 3.2 de las Reglas de la IBA, dentro del plazo fijado por el tribunal arbitral, cualquier parte podrá presentar al tribunal arbitral y a las otras partes un requerimiento de prueba, debiendo la otra parte cumplir con el requerimiento si el tribunal así lo ordenara.

De acuerdo con el artículo 3.3 de las Reglas, el «contenido» de la «Solicitud de Requerimiento de prueba documental» debe ser el siguiente:

> (a) (i) una descripción de cada Documento cuya exhibición se solicite que sea suficiente para identificarlo, o
> (ii) una descripción suficientemente detallada (incluyendo el asunto de que se trate) de la concreta y específica categoría de documentos requeridos que razonablemente se crea que existen; en el caso de documentos conservados en formato electrónico, la parte solicitante puede o el tribunal arbitral puede requerirle que proceda a, identificar archivos específicos, términos de búsqueda, individuos o cualquier otro medio de búsqueda para esos documentos en una forma eficiente y económica.
> (b) una declaración de por qué los documentos requeridos son relevantes para el caso y sustanciales para su resolución; y
> (c) (i) una declaración de que los documentos requeridos no se encuentran en poder, custodia o control de la parte que los solicita o una declaración de las razones por las cuales sería irrazonablemente gravoso para la parte solicitante exhibir tales documentos, y

> (ii) una declaración sobre las razones por las cuales la Parte solicitante supone que los documentos requeridos están en poder, custodia o control de otra parte.

En consecuencia, el requerimiento de prueba documental puede referirse, o bien a una concreta y específica categoría de documentos, o bien a documentos individuales. En la práctica, si bien estos «requisitos de concreción» pueden implicar una importante ventaja respecto a los criticados *fishing expeditions* asociados con los requerimientos de prueba en los procedimientos norteamericanos, las controversias especialmente complejas o de considerable magnitud que se dirimen conforme a las Reglas de la IBA, pueden generar largas y detalladas objeciones, que el tribunal deberá resolver con la mayor celeridad posible, en aras de no restar velocidad al procedimiento.[38]

Asimismo, se deben destacar los «requisitos de relevancia y substancialidad», los cuales, como se vio, han sido introducidos de forma específica en la versión revisada de 2010 de las Reglas del IBA (artículos 3(3) (b)), lo que revela su carácter fundamental.

No obstante, la parte requerida puede plantear *objeciones*, a alguno o a todos los documentos solicitados, debiendo manifestarlo por escrito al tribunal arbitral y a las otras partes dentro del plazo fijado por el tribunal (artículo 3.10 de las Reglas). Estas objeciones pueden recogerse en el «*Redfern Schedule*», nombrado a partir del reputado árbitro Alan Redfern, en cuya elaboración pueden colaborar las partes y el tribunal. El documento se compone de cuatro columnas: (1) los documentos requeridos; (2) la justificación de la parte requirente sobre su requerimiento; (3) la objeción de la parte requerida; (4) la decisión del tribunal sobre cada requerimiento. El procedimiento de las objeciones puede tener lugar por dos vías: por un lado, recibida una(s) objeción(es), el tribunal arbitral invita a las partes a una consulta mutua, con el fin de dirimir

[38] MCILWRATH, Michael y John SAVAGE. *International Arbitration and Mediation: A Practical Guide*. Kluwer Law International 2010, p. 289, para. 5-185.

la objeción o, por otro lado, cualquier parte puede, dentro del plazo fijado por el tribunal arbitral, requerir a éste que resuelva la objeción.

Una vez que el tribunal haya decidido acerca del contenido del requerimiento, otorgará un plazo para «la aportación de los documentos al procedimiento». En la práctica, las partes pueden acordar o el tribunal decidir, como mínimo, que los documentos estén numerados secuencialmente, generalmente a pie de página. Los documentos se deben aportar mediante copias que reflejen exactamente su estado original, con los adjuntos y notas a mano incluidos, y en el idioma original en el que fueron redactados, aunque no sea el idioma del arbitraje (artículo 3 (12) de las Reglas).

Además, se ha de reseñar que, en ocasiones, la parte requerida deberá aportar al proceso un documento donde se recoja una lista de documentos relevantes respecto al requerimiento, pero que han sido retenidos por considerarse «información privilegiada» (*privilege log*). Al respecto, cabe resaltar, de nuevo, el «Redfern Schedule» relativo al mismo, que se organiza en ocho columnas: número de referencia del requerimiento, número del documento retenido, fecha del documento, tipo de documento, autor, destinatario, breve descripción de su finalidad, base legal del privilegio aducido.

Por último, destacar la creciente importancia de los requerimientos relativos a «documentos en formato electrónico» (*e-disclosure*). En todo caso, el tribunal arbitral debe decidir acerca de su conveniencia ponderando la relevancia de los documentos y la necesidad de garantizar la igualdad procesal de las partes, tratando de evitar que ello suponga un excesivo coste o retraso del procedimiento arbitral.[39]

Segundo, en relación con la «prueba testifical», si bien, por lo general, la mayoría de los ordenamientos nacionales no contemplan la

[39] *Vid*. Smith; Robinson. *E-Disclosure in International Arbitration*. *Arbitration International* 24, n.º 1 (2008), pp. 105-135.

posibilidad de requerimiento por una de las partes de la asistencia de testigos a la audiencia de pruebas, sí existe una previsión al respecto en la Sección 7, Capítulo 9, del Acta Federal de Arbitraje de Estados Unidos, así como en el artículo 819 del Código de Procedimiento Civil italiano. Además, cabe destacar la regulación al respecto de las Reglas de la IBA (artículos 4 y 8).

No obstante, aún en ausencia, por lo general, de disposiciones expresas que admitan el requerimiento de pruebas testificales, la mayoría de la doctrina mantiene que los tribunales sí que poseen potestad de requerimiento en este ámbito (salvo pacto *a contrario* de las partes).[40]

Las pruebas testificales pueden ser analizadas desde una «doble perspectiva»:

i. *Testimonios orales*: Conforme al artículo 8 (1) de las Reglas de la IBA, cada testigo deberá prestar testimonio en la Audiencia Probatoria, si su comparecencia fuera requerida por cualquiera de las partes o por el tribunal arbitral, debiendo comparecer en persona salvo que en casos excepcionales el tribunal arbitral permita el uso de videoconferencia o de una tecnología similar.

ii. *Declaraciones testimoniales escritas*: Contempladas en el artículo 4 de las Reglas de la IBA, el apartado quinto del mismo contempla su contenido,[41] y el décimo dispone:

> […] la parte podrá, dentro del plazo fijado por el tribunal arbitral, solicitarle que adopte cualesquiera medidas legalmente

[40] BORN, G. «*Chapter 15: Disclosure and Discovery in International Arbitration*». En *International Commercial Arbitration.* La Haya-Londres: Kluwer Law International, 2009, pp. 1900.

[41] La versión revisada de las Reglas de la IBA prevé que los testigos, en su declaración testimonial, incluyan «una manifestación sobre el idioma en el que fue originalmente preparada y el idioma en el cual el testigo prevé declarar en la Audiencia Probatoria» (artículo 4 (5) (c)).

> disponibles para obtener la declaración de esa persona, o solicitar su autorización para tomar esas medidas por sí misma […] la parte identificará el testigo potencial, describirá las cuestiones sobre la que solicita su testimonio e indicará el motivo por el cual tales cuestiones son relevantes para el caso y sustanciales para su resolución. El tribunal arbitral decidirá sobre esta solicitud y adoptará, autorizará a la parte requirente a adoptar, u ordenará a cualquier otra parte que adopte, las medidas que el tribunal arbitral considere apropiadas si, según su criterio, determina que la declaración de ese testigo podría ser relevante para el caso y sustancial para su resolución.

Tercero, respecto a la «prueba pericial», brevemente indicar lo dispuesto en el ámbito del requerimiento de aportación de pruebas por las Reglas de la IBA en su artículo 6 (3): los peritos designados por el tribunal arbitral podrán requerir a las partes «cualquier información o que se le permita el acceso a cualesquiera documentos, bienes, muestras, propiedades, maquinarias, sistemas, procesos o sitios para su inspección en la medida en que sean relevantes para el caso y sustanciales para su resolución». En todo caso, cualquier desacuerdo en torno a la relevancia de la información requerida, será resuelto por el tribunal siguiendo el mismo procedimiento que el establecido para el requerimiento de prueba documental.

Cuarto, en relación con la *inspección*, prevén las Reglas de la IBA en su artículo 7:

> […] el tribunal arbitral podrá, a instancia de una parte o por iniciativa propia, inspeccionar o solicitar la inspección por un perito designado por el tribunal arbitral o un perito designado por las partes de cualquier lugar, propiedad, maquinaria o cualesquiera otros bienes, muestras, sistemas, procesos o documentos que considere apropiados. El tribunal arbitral deberá, previa consulta a las partes, determinar el momento y las circunstancias de la inspección.

Asimismo, esta potestad del tribunal es prevista en algunas regulaciones arbitrales nacionales (Acta de Arbitraje inglesa de 1996, Sección 38) y reglamentos, como las Reglas de la LCIA (artículo 22(1) (d)) y el Reglamento de Arbitraje de la AAA en su artículo R-36. En todo caso, la doctrina mantiene que esta potestad se encuentra dentro del ámbito de discrecionalidad del que goza el tribunal para la práctica de la prueba.[42]

Por último, cabe reseñar *los interrogatorios y las deposiciones*, si bien ambas prácticas pertenecen mayoritariamente a los sistemas de tradición anglosajona.[43] De un lado, los interrogatorios escritos resultan eficaces en la medida en que aceleran la práctica de la prueba, si se plantean preguntas específicas y claras, a las que la adversa pueda contestar directamente; en caso contrario, el efecto será opuesto. De otro lado, las deposiciones orales implican el interrogatorio oral de una parte o testigo, bajo juramento, por el representante legal de una de las partes. Aunque esta práctica, frecuente en los Estados Unidos de América, no es habitual en el arbitraje internacional, tampoco resulta completamente desconocida.[44]

3.1.4. Inferencias adversas en caso de incumplimiento

En el supuesto de incumplimiento, en casi todas las jurisdicciones, tanto del *civil law* como del *common law*, los árbitros no tendrán la potestad de imponer *sanciones coercitivas* y, a salvo de la excepción notable de

---

[42] BORN, G. «Chapter 15: Disclosure and Discovery in International Arbitration». En *International Commercial Arbitration*. La Haya-Londres: Kluwer Law International, 2009, pp. 1902.

[43] ELSING, S.H. y J.M. TOWNSEND. «Bridging the Common Law-Civil Law Divide». En *Arbitration*. Arbitration International. La Haya-Londres: Kluwer Law International, 2002, vol. 18, issue 1, pp. 59-66.

[44] ICC Case n.º 7170, en HASCHER, D. (ed.), *Collection of Procedural Decisions in ICC Arbitration 1993-1996*. La Haya-Londres: Kluwer Law International, 1997, p. 56.

la regulación belga,[45] la mayoría de la doctrina coincide en afirmar que los árbitros carecen de potestad coercitiva alguna.[46] Sí es posible, si bien no habitual, el recurso a la *ejecución* del requerimiento a través de los tribunales nacionales.[47]

En cambio, en este contexto, es más probable que los árbitros deriven «inferencias adversas» (*adverse inferences*) a la posición de la parte incumplidora. Esta potestad es reconocida expresamente en importantes regulaciones arbitrales,[48] de modo que las partes deberían evaluar detenidamente el posible impacto en su defensa, antes de incurrir en el incumplimiento del requerimiento de aportación de pruebas ordenado por el tribunal arbitral.[49]

4. Conclusiones

Al finalizar el presente estudio, se puede constatar que existe una diversidad significativa en relación con la práctica de la prueba en arbitraje internacional, derivada de las diferentes perspectivas adoptadas por los sistemas del *Common Law* y del *Civil Law.*

No obstante, partiendo de esta diversidad, si bien es claro que no existe un estándar común en el ámbito analizado, sí es cierto que

---

45 Código Judicial Belga, artículo 1696.

46 Lew, J.D.M, L.A. Mistelis and S. M. Kröll. *Comparative International Commercial Arbitration*. La Haya-Londres: Kluwers Law International, 2003, parágrafos 22-95.

47 *Vid*., entre otros, la Ley Modelo, artículo 27; Sección 43 del Acta de Arbitraje inglesa de 1996; Sección 7, Capítulo 9, del Acta Federal de Arbitraje de Estados Unidos; artículo 184 (2) Ley suiza sobre Derecho Internacional Privado; artículo 1696 (2) del Código Judicial Belga; Sección 26, Acta de Arbitraje sueca.

48 *Vid*., por ejemplo, Ley Modelo, artículo 25(c); Reglas de la IBA, Artículos 4.8, 5.5, 9.4, 9.5.

49 Redfern, A., M. Hunter, N. Blackaby, and C. Partasides. «Chapter 6: Conduct of the proceedings». En *Law and Practice of International Commercial Arbitration.* Oxford: Oxford University Press, 2009, pp. 398-399, para. 6.19.

actualmente se ha desarrollado un consenso respecto a determinados aspectos de la prueba en el arbitraje internacional. Emerge, así, un modelo asentado en un sistema de compromisos, que no sólo aúna en una mayor transparencia y previsibilidad del procedimiento arbitral, sino también en una mayor eficiencia del mismo.

Este consenso, como se ha visto, se encuentra reflejado en las Reglas de la IBA, así como en la práctica general de los tribunales y, por supuesto, la doctrina. [50]

En definitiva, es cierto que, aún advirtiendo algunos autores sobre los peligros de una harmonización excesiva,[51] y otros sobre la innecesidad de crear reglas aún más específicas que las recogidas actualmente por la IBA,[52] persisten aún importantes diferencias cuya no ya eliminación,

---

[50] BORN, G. «Chapter 15: Disclosure and Discovery in International Arbitration». En *International Commercial Arbitration*. Kluwer Law International, 2009, p. 1894. ELSING, S. H. - J. M. TOWNSEND. *Bridging the Common Law-Civil Law Divide in Arbitration. Arbitration International*. La Haya-Londres: Kluwer Law International, 2002, vol. 18, issue 1, p. 59. LEW, J.D.M y L.A. MISTELIS. *Pervasive Problems in International Arbitration*. La Haya-Londres: Kluwers Law International, 2006, para. 6-19. O.L.O. de Witt Wijnen, *Collection of Evidence in International Arbitration*. En FERNÁNDEZ- BALLESTEROS, M.Á. y D. ARIAS (eds.). *Liber Amicorum Bernardo Cremades*. Madrid: La Ley, 2010, p. 358. RICCI, E.F. *Evidence in International Arbitration: A Synthetic Glimpse*. En FERNÁNDEZ- BALLESTEROS, M.Á. y D. ARIAS, (eds.). *Liber Amicorum Bernardo Cremades*. Madrid: La Ley, 2010, p. 1030.

[51] Como advirtió Lord Mustill en 1976: «*arbitrators should not confuse flexibility with compromise. Having chosen one system, the arbitrators may modify it in the interest of efficiency, but should not try to marry it to the other system…this attempt to amalgamate the two systems invariably produces a solution which embodies the weakest features of each system; and it almost always guarantees misunderstanding and confusion*», citado en CRAIG, PARK and PAULSSON. *International Chamber of Commerce Arbitration.* New York, 2000, p. 423.

[52] O.L.O. de Witt Wijnen, Collection of Evidence in International Arbitration en FERNÁNDEZ- BALLESTEROS, M. Á. y D. ARIAS (eds), Liber Amicorum Bernardo Cremades, (La Ley 2010), p. 358.

sino atenuación, convendría tratar de alcanzar, en particular, en el ámbito del requerimiento de aportación de pruebas.

En este sentido, urge lograr atenuar las diferencias existentes entre los sistemas de tradición continental y tradición anglosajona para que, más allá de la diversa terminología empleada, *disclosure* o *discovery*, consiga alcanzarse un consenso en torno al ámbito y pruebas incluidos en los requerimientos, así como sobre la potestad de los tribunales para ordenarlos, de modo que las partes puedan preparar de forma adecuada uno de los elementos fundamentales para su defensa, como son los medios de prueba.

Alcanzar este consenso es esencial para hacer frente a uno de los grandes retos actuales: la resolución de disputas conforme a unas reglas aceptadas por partes que, si bien provienen de Estados con tradiciones jurídicas distintas, se encuentran unidas por numerosas, complejas e importantes relaciones contractuales.

La falta de recursos económicos para participar en el arbitraje pactado[1]

*Anne-Carole Cremades**

Cuando una parte a un convenio arbitral, sin ser insolvente, carece de los recursos económicos necesarios para iniciar o defenderse en el arbitraje pactado, se encuentra en la imposibilidad de ejercer su derecho fundamental de acceso a la justicia, protegido tanto por las Convenciones interamericana y europea sobre derechos humanos.

Los tribunales alemanes han considerado que cuando una parte está en la incapacidad de financiar un arbitraje, el convenio arbitral es "imposible de ejecutar" en el sentido del Convenio de Nueva York de 1958 sobre el reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras, y han autorizado la introducción de una acción judicial, liberando las partes de su compromiso arbitral.

Sin embargo, las distintas jurisdicciones en las que se ha planteado este problema han adoptado respuestas diversas.

Este artículo trata de las soluciones dadas en derecho comparado al problema de la falta de recursos de una parte para participar en el arbitraje pactado, así como de las otras soluciones concebibles para garantizar el acceso a la justicia a la parte carente de recursos.

---

[1] Este artículo está adaptado de la conferencia pronunciada por su autora el 2 de octubre de 2010 en Madrid en el marco de la II Jornada Conjunta del Club Español de Arbitraje y del Comité Francés de Arbitraje titulada «Miradas cruzadas franco-españolas sobre el convenio arbitral».

* Schellenberg Wittmer, Ginebra.

Según decía Sir James Mathew, un juez irlandés del siglo XIX, «la justicia está abierta a todos, como el hotel Ritz». Aunque puede parecerlo, no es broma. Es aún más cierto para la justicia «de lujo» que es el arbitraje.

Efectivamente, el arbitraje es caro: aparte de los honorarios de los abogados, hay que pagar a los árbitros, más los gastos administrativos si las partes han pactado un arbitraje institucional. Estos gastos tienen que ser abonados efectivamente,[2] y, en general, por adelantado.[3]

Por ejemplo, el coste mínimo de un arbitraje CCI desde el 1 de mayo 2010 ha pasado de 5.000 USD a 6.000 USD (*i.e.*, 3.000 USD de gastos administrativos y 3.000 USD de honorarios de los árbitros), lo que a veces puede superar la cuantía en litigio en los casos de escasa cuantía. En casos de mayor importancia, el coste del arbitraje será proporcional y por definición inferior a la cuantía en litigio. Pero, puede ocurrir que una parte, sin ser jurídicamente insolvente, no disponga de los recursos económicos necesarios para hacer frente a estos gastos,[4] y se

---

[2] El reglamento de la CCI prevé, en casos muy limitados, la posibilidad de otorgar una garantía bancaria (*vid*. Apéndice III, artículos 1.5, 1.6, 1.8 y 1.9).

[3] En los arbitrajes administrados por la CCI, las partes tienen que pagar al principio del arbitraje una provisión para gastos destinada a cubrir la totalidad estimada de los honorarios y gastos de los árbitros y de los gastos administrativos de la CCI (*vid*. artículo 30.2 del Reglamento). La Cámara de Arbitraje de Madrid también prevé el pago anticipado de la provisión para gastos (*vid*. artículo 10.1 del Reglamento). Al contrario, la London Court of International Arbitration suele hacer varias solicitudes de fondos a lo largo del arbitraje (*vid*. artículo 24. 1 del Reglamento).

[4] La escasez de recursos económicos —objeto del presente artículo— es distinta de la insolvencia, noción jurídica precisa y objetiva, constatada por una autoridad nacional, y que acarrea determinadas consecuencias sobre los arbitrajes pendientes o futuros (por ejemplo, *vid* LIEBSCHER, Ch. «Insolvency and Arbitrability». En *Arbitrability - International & Comparative Perspectives*, L. Mistelis and S. Brekoulakis, Wolters Kluwer, 2009, p. 165-178). En el caso objeto del presente estudio, una parte, sin ser insolvente, no tiene la capacidad económica para financiar el

encuentre en la imposibilidad material de hacer valer sus derechos en el foro arbitral pactado.

La justicia estatal, en cambio, es gratis, y permite, en ciertas condiciones, obtener una defensa gratuita por un abogado del turno de oficio.

¿Podría entonces una parte invocar su escasez de recursos económicos para ser liberada de su compromiso arbitral e iniciar un procedimiento delante de un tribunal estatal?[5]

En la época actual de crisis económica y de falta de liquidez financiera, es una pregunta fundamental, no sólo para las personas físicas, sino también para un número cada vez mayor de empresas.

Sin embargo, no hay respuesta sencilla. Porque existe una oposición insoluble entre dos principios jurídicos fundamentales: por un lado, la fuerza obligatoria del contrato que es el convenio arbitral, el principio *pacta sunt servanda*, y por otro lado, el principio de garantía de acceso a la justicia que tiene toda persona física o jurídica, derecho protegido especialmente por el artículo 8.1 de la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos y el artículo 6.1 del Convenio europeo de derechos humanos.[6]

---

arbitraje pactado. Contrariamente a la insolvencia, no hay reglamentación y muy poca jurisprudencia.

5 Sobre este tema, ver *Financial Capacity of the parties, a condition for the validity of arbitration agreements?*, basado sobre una conferencia organizada en 2002 en Berlin por el German Institution of Arbitration; Sachs, K. «La protection de la partie faible en arbitraje». *Cahiers de l'Arbitrage*, n.° 2007/2, p. 22.

6 Sobre la influencia del artículo 6(1) del Convenio Europeo de Derechos Humanos en materia de arbitraje, ver *inter alia* Briner/Schlabrendorff, «Article 6 of the European Convention on Human Rights and its bearing upon international arbitration», Liber Amicorum Böckstiegel, 2001, p. 89; Jarosson, Ch. «*L'arbitrage et la Convention européenne des droits de l'homme*». *Revue de l'Arbitrage* 1989, p. 573; A. Mourre, «*Le droit français de* l'arbitrage international face à la Convention européenne des droits de l'homme». *Cahiers de l'Arbitrage* 2002/1, p. 22.

Hacer prevaler la fuerza obligatoria del convenio arbitral implica privar a la parte carente de recursos de la posibilidad de hacer valer sus derechos o de defenderse, lo que es contrario al derecho fundamental de acceso a la justicia. Pero, admitir la excusa de falta de medios económicos para liberarse del convenio arbitral es abrir la puerta a todo tipo de estrategias dilatorias y fragilizar el arbitraje.

Frente a este dilema, la presentación de los argumentos a favor de cada uno de estos principios (I) y de las respuestas observadas en derecho comparado (II) permitirá considerar algunas soluciones para garantizar el acceso al arbitraje a una parte que tiene dificultades financieras (III).

1. LOS ELEMENTOS DEL DEBATE

A favor de la fuerza obligatoria del convenio arbitral

Tradicionalmente, una parte no puede invocar la falta de dinero o el *hardship* para liberarse de sus obligaciones contractuales.

Además, en materia internacional, admitir que la escasez de recursos de una parte le permita acudir a su juez nacional pone a la otra parte en la situación que precisamente pensaba haber evitado al concluir un convenio arbitral. En temas domésticos, en cambio, la competencia del juez local no debería perjudicar a ninguna de las partes.

Aceptar la excusa de la falta de recursos plantea toda una serie de problemas difíciles de resolver: ¿cómo definir la falta de recursos económicos? La insolvencia es una noción jurídica objetiva, pero la falta de dinero es muy relativa. ¿Quién va a apreciar la falta de recursos y su consecuencia: la parte misma, un juez nacional o el tribunal arbitral, en aplicación del principio «*kompetenz-kompetenz*»? Y ¿según qué ley: la *lex causae* del convenio arbitral, la *lex arbitri* aplicable al arbitraje o la *lex fori* de la jurisdicción?

A favor del libre acceso a la justicia

Una cláusula compromisoria no es una obligación contractual cualquiera, sino que atañe al derecho fundamental de acceso a la justicia.

En ausencia de estipulación expresa en el convenio arbitral, hay que referirse a la intención hipotética de las partes en el momento de concluir el convenio. ¿Han querido las partes solamente sustituir un mecanismo de resolución de conflictos público y estatal por otro privado? ¿O han querido renunciar definitivamente a sus derechos en caso de no tener los medios económicos suficientes para hacerlos valer en un arbitraje?

Aunque no esté expresamente estipulado, se puede razonablemente pensar que la intención hipotética de las partes era prever implícitamente la posibilidad subsidiaria de recurrir a la justicia estatal, en caso de no tener los recursos necesarios para ir al arbitraje.

A veces puede ser, incluso, la parte sin dificultades financieras la que quiera ir directamente delante de los tribunales nacionales cuando la otra parte no tenga los medios económicos para ir al arbitraje.

Por ejemplo, cuando el demandado no paga su parte de la provisión para gastos, el artículo 30.3 del Reglamento CCI permite al demandante pagar la totalidad de la provisión y seguir con el arbitraje. Sin embargo, las perspectivas para el demandante de poder recuperar los gastos adelantados parecen teóricas si el demandado tiene poco dinero. En estas circunstancias, le puede interesar a la parte sin dificultades financieras ser liberada del convenio arbitral para acudir a los tribunales nacionales, sin que el demandado pueda invocar de manera abusiva la cláusula compromisoria.

Frente a ese dilema *pacta sunt servanda* o derecho de acceso a la justicia, ¿cuál de estos dos principios ha prevalecido en derecho comparado?

2. LAS RESPUESTAS EN DERECHO COMPARADO

Francia

En Francia, no se ha juzgado de manera formal la cuestión de saber si una parte en un convenio arbitral podría acudir al juez invocando su falta de recursos para financiar un arbitraje. Pero, es de suponer que un juez francés, conocido por su tendencia pro-arbitraje, no daría una respuesta positiva, debido al sacrosanto efecto negativo del principio «*compétence-compétence*» en derecho francés.

Efectivamente, según el artículo 1458 del Código francés de proceso civil, cuando se somete a un tribunal una controversia antes de la constitución del tribunal arbitral, el tribunal tiene que declararse incompetente, salvo si el convenio arbitral es «manifiestamente nulo». Pero, no se puede calificar la falta de recursos económicos de causa de nulidad *ab initio* del convenio arbitral.

Desde 2001, la jurisprudencia francesa ha añadido a la nulidad manifiesta la reserva de la inaplicabilidad manifiesta del convenio arbitral.[7] Esta excepción es de tan rara aplicación[8] que hace poco probable, salvo circunstancias excepcionales, que un juez francés considere la falta de recursos de una parte como un caso de inaplicabilidad manifiesta del convenio arbitral.

---

7 Cass. Civ. 1ère, 16 de octubre del 2001, *Revue de l'Arbitrage* 2002, p. 919.

8 Por ejemplo, Cass. Civ. 1ère, 11 de julio del 2006, *D*. 2006, Pan. 3029.

Cabe mencionar una decisión de la Corte de apelación de París del 14 de abril de 2005,[9] en la cual se planteó, aunque de manera indirecta, la cuestión del acceso a la justicia arbitral en caso de falta de medios económicos de una parte.

Se trataba de un arbitraje administrado por la Federación Francesa de la Franquicia, cuyo reglamento prevé que los árbitros hacen en primera instancia un proyecto de laudo que se convierte en laudo definitivo, salvo si una parte pide un examen del caso en segunda instancia.

Una de las partes estaba en liquidación. Su liquidador presentó una demanda de examen del caso en segunda instancia, pero como no había podido pagar la provisión de fondos reclamada por la institución de arbitraje para dicho examen (unos 25.000 Euros), la institución rechazó la demanda y declaró que el proyecto de laudo se había convertido en laudo definitivo.

El liquidador ejercitó un recurso en anulación contra el laudo, alegando que el proyecto de laudo no se había convertido en laudo definitivo y que la institución de arbitraje tenía la obligación, según su reglamento, de fijar en casos excepcionales los gastos de arbitraje a un nivel inferior al baremo.

La Corte de apelación de París no se pronunció sobre la cuestión delicada de las consecuencias de la falta de recursos económicos de una parte. Rechazó el recurso en anulación declarando simplemente que las críticas formuladas por el liquidador contra la institución de arbitraje atañen a sus relaciones mutuas y no afectan la calificación de la decisión del tribunal arbitral, y que la institución había podido, en aplicación del reglamento de arbitraje, considerar como retirada la demanda de examen en segunda instancia por falta de pago de la provisión.

---

9 C.A. París, 14 de abril del 2005, Jurisdata n.° 325429; *RTD com*. 2006, p. 308.

Alemania

Alemania es el país más liberal. Desde los años 60, la Corte Federal Suprema admite que quien no tiene medios económicos pueda ir a la jurisdicción estatal en vez de al arbitraje. En el año 2000 cambió, sin embargo, el fundamento.

Antes, se consideraba que cada parte tenía el derecho extraordinario de terminar unilateralmente el convenio arbitral invocando su falta de recursos o la de la otra parte.[10] Desde el año 2000, la Corte Federal Suprema considera que cuando una parte no es capaz de financiar un arbitraje, el convenio arbitral es «imposible de ejecutar» en el sentido del artículo 1032 §1 del Código de Procedimiento alemán, y las partes están liberadas *ipso jure* del convenio arbitral.[11]

Esta disposición del Código alemán es idéntica al artículo 8.1 de la Ley Modelo Uncitral y al artículo II.3 del Convenio de Nueva York sobre el reconocimiento y la ejecución de los laudos extranjeros, que prevén ambos que un tribunal, a quien se somete un litigio sobre un asunto que es objeto de un convenio arbitral, deberá remitir a las partes al arbitraje a instancia de una de ellas, a menos que compruebe que dicho convenio es «nulo, ineficaz o de ejecución imposible».[12]

---

[10] Bundesgerichtshof (BGH), 30 de enero de 1964, BGHZ 41, 104; BGH 21 de noviembre de 1968, BGHZ 51, 79; BGH 22 de febrero de 1971, BGHZ 55, 344; BGH 10 de abril de 1980, BGHZ 77, 65; BGH 12 de noviembre de 1987, BGHZ 102, 199; BGH, 10 de marzo de 1994, NJW-RR 1994, 1214.

[11] BGH, 14 de septiembre del 2000, III ZR 33/00, BGHZ 145, 116; JZ 2001, 258 nota P. Schlosser.

[12] Según A.J. Van Den Berg (*The New York Arbitration Convention of 1958, towards a uniform judicial interpretation*, p. 154), el sentido de esta expresión por lo visto no se discutió durante la conferencia que adoptó el texto del Convenio. La expresión fue ulteriormente incorporada en la Ley Modelo Uncitral sin discusión tampoco al respecto (A. Boches, Commentary on the Uncitral Model Law on International Commercial Arbitration, p. 45).

Por lo tanto, el problema es susceptible de plantearse en términos idénticos en otros países que sean partes en el Convenio de Nueva York o que hayan adoptado la Ley Modelo Uncitral.

Según el nuevo fundamento adoptado por la Corte Suprema alemana, ya no hace falta ninguna declaración por las partes, están liberadas *ipso jure* por simple aplicación de la ley.

Esta jurisprudencia es criticada por los autores alemanes —no la solución en sí, con la que están en general de acuerdo, sino el nuevo fundamento—.[13] La seguridad jurídica requiere, según ellos, que el cambio de jurisdicción resulte de una manifestación explícita de voluntad de una de las partes de terminar el convenio arbitral. La liberación *ipso jure* resulta problemática, sobre todo en caso de dificultad financiera temporal de una parte: ¿resucitaría el convenio arbitral cuando esta parte vuelva a mejor fortuna?

Según los autores alemanes; la Corte Suprema estaría dispuesta a volver a su fundamento anterior,[14] pero no parece haberse pronunciado todavía al respecto.

Todas las veces que los tribunales alemanes se han pronunciado sobre este tema, se trataban de casos domésticos, salvo dos en los cuales un extranjero demandaba judicialmente en Alemania a un alemán que no hubiera tenido la capacidad de financiar un arbitraje.[15] La situación inversa (un alemán demandando a un extranjero en Alemania en violación de un convenio arbitral) plantearía seguramente más problemas.

---

[13] Ver las referencias mencionadas por G. Wagner in «*Poor parties and German forums: placing arbitration under the sword of Damocles*». En *Financial Capacity of the Parties*, p. 9, esp. pp. 10-11.

[14] Sachs, K. *Op. cit.*, p. 24.

[15] OLG Hamm, 15 de noviembre de 1994, RIW 1995, p. 681; OLG Hamburg, 15 de noviembre de 1995, RIW 1996, p. 510.

Inglaterra

El artículo 9.4 de la ley inglesa de arbitraje de 1996 también prevé, en aplicación del Convenio de Nueva York, que el juez tiene la obligación de remitir las partes al arbitraje salvo si el convenio arbitral «es nulo, ineficaz o de ejecución imposible».

En el caso *Paczy*[16] de 1981 delante de la Corte de Apelación, el demandante estaba desempleado y no tenía los recursos necesarios para iniciar el arbitraje CCI pactado, mientras que ante el juez inglés se hubiera beneficiado de una ayuda jurisdiccional. Hacía valer que en este contexto el convenio arbitral era imposible de ejecutar en el sentido del artículo 1.1 de la ley de arbitraje de 1975 (que es idéntico al artículo 9.4 de la nueva ley).

La Corte de Apelación consideró que la simple falta de recursos económicos de una parte no permitía considerar que el convenio arbitral fuera imposible de ejecutar, como la falta de dinero de un comprador no hace que el contrato de compraventa sea imposible de ejecutar. La imposibilidad de ejecución no se aplica a la aptitud de las partes sino al convenio arbitral mismo. Un convenio arbitral es imposible de ejecutar cuando materialmente no se puede ejecutar, aunque las dos partes estén dispuestas a hacerlo. Por ejemplo, si los árbitros nombrados en el convenio arbitral se niegan a ejercer de árbitro o han fallecido, o si la institución de arbitraje elegida en el convenio ya no existe o se niega a nombrar un árbitro.

Aunque la decisión no lo precise expresamente, entiende la incapacidad de ejecución en el sentido de *frustration* del derecho inglés. Es una interpretación muy restringida, que corresponde a la que da el Profesor Van Den Berg al artículo II.3 del Convenio de Nueva York.[17]

---

[16] *Paczy vs. Haendler & Natermann* [1981] 1 Lloyd's Rep. 302 (CA), YCA 1982, p. 445.

[17] VAN DEN BERG. *Op. cit*, p. 155.

La solución podría hoy ser distinta desde la adopción del *Human Rights Act* en 1998, que transpone el Convenio Europeo de Derechos Humanos, y especialmente su artículo 6.1 sobre el acceso a la justicia.[18] Asimismo, en los contratos de consumo, la nueva reglamentación de 1999 (*Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations*) podría modificar o influir en la solución anterior.

Estados Unidos de América

En los Estados Unidos de América, la cuestión de la incidencia sobre el convenio arbitral de la falta de recursos económicos de una parte se ha planteado muy a menudo en los últimos veinte años. Eso se debe, por una parte, al desarrollo más importante del arbitraje en Europa que involucra a partes «débiles» (consumidores o empleados); y, por otra parte, a la influencia creciente del mecanismo judicial de *class action*, que permite a un litigante representante de una clase de justiciables demandar a una empresa en nombre de esta clase y que la sentencia obtenida beneficie a todos.

Cuando los gastos de arbitraje son muy elevados para el demandante, varios tribunales han reenviado a las partes ante otro foro arbitral o han reducido el coste del arbitraje estipulado para la parte «débil», respetando así la voluntad de las partes de someter el litigio al arbitraje:

---

[18] Sin embargo, cabe mencionar una decisión de la *House of Lords* de 2007, aunque no este relacionada con el tema de la falta de recursos económicos: «*Mr. Butcher submitted that the approach to construction and separability adopted by the Court of Appeal infringed the owners' right of access to a court for the resolution of their civil disputes, contrary to article 6 European Convention on Human Rights. I do not think there is anything in this point. The European Convention was not intended to destroy arbitration. Arbitration is based upon agreement and the parties can by agreement waive the right to a court*» (House of Lords, *Premium Nafta Products Limited (20th Defendant) and others (Respondents) vs. Fili Shipping Company Limited (14th Claimant) and others (Appellants)* [2007] UKHL 40). Los términos relativamente fuertes utilizados dejan suponer que los tribunales ingleses estarían poco dispuestos a admitir el argumento de la escasez de recursos financieros basado en el artículo 6(1) del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

(i) En otros casos, han considerado que sería injusto y *unconscionable*[19] obligarle a cumplir con el convenio arbitral y han admitido la introducción de una demanda judicial individual o colectiva en vez del arbitraje pactado; (ii) Más recientemente, los tribunales americanos han autorizado los *class arbitrations*, aun cuando el convenio arbitral lo prohibía expresamente (iii).

(i) El respeto de la voluntad de arbitrar: la substitución de foro arbitral o la reducción del costo del arbitraje

En el caso *Brower vs. Gateway 2000 Inc.*,[20] el señor Brower y otros demandantes iniciaron una *class action* delante de los tribunales de Nueva York contra la empresa Gateway que comercializaba ordenadores por correo. La demandada invocó la incompetencia del tribunal en aplicación de una cláusula compromisoria CCI que, según sus condiciones generales de venta, era aplicable salvo devolución del ordenador en un plazo de treinta días.

La Corte Suprema de Nueva York consideró que el coste de un arbitraje CCI, que resultaba superior al valor de los productos comprados, era «excesivo» y *unconscionable* y conducía a disuadir a los consumidores que hicieran valer sus derechos. Anuló la parte del convenio arbitral que se refería a la CCI y reenvió las partes a arbitrajes individuales *ad-hoc* en aplicación del *Federal Arbitration Act*.

---

[19] La teoría de la *unconscionability* permite a un juez rechazar la ejecución parcial o total de un contrato cuando éste contiene estipulaciones injustas impuestas por una parte fuerte a un parte débil. Sobre la posibilidad de declarar un convenio arbitral *unconscionable*, ver *inter alia* S. Randall, «J*udicial attitudes towards arbitration and the resurgence of unconscionability*». *Buffalo Law Review*, 2004, vol. 52, p. 185; E. Mogilnicki & K. Jensen, «*Arbitration and unconscionability*». *Georgia State University Law Review*, 2003, vol. 19, p. 761; MAISONNEUVE, M. «*Le droit américain de l'arbitrage et la théorie de l'unconscionability*». *Revue de l'arbitrage*, 2005, p. 101.

[20] *Brower vs. Gateway 2000 Inc.*, N.Y. *Sup. Ct. App. Div*. 1998, 676 N.Y.S.2d 569.

Un resultado similar fue alcanzado, por ejemplo, en el caso *Martin Bank vs. Worldcom Inc.*,[21] en el cual un contrato de servicios de telefonía móvil para un período de un año preveía un arbitraje en otra ciudad de Estados Unidos. La Corte Suprema de Nueva York reenvió las partes al arbitraje con la condición de que se pusieran de acuerdo sobre un foro arbitral que no ocasionara gastos *unconscionable* para el demandante.

En otros casos, de Derecho Laboral, los tribunales han reenviado igualmente las partes al arbitraje, pero anulando la parte del convenio arbitral que estipulaba el pago por el empleado de la mitad del costo del arbitraje.[22]

Frente a la recurrencia de situaciones en las que una parte no tenía los medios económicos de ir al arbitraje, la *American Arbitration Association* («AAA») ha previsto que, cuando una parte padece *extreme hardship*, puede pedir la reducción o exención de gastos administrativos (artículo R-49 del Reglamento de Arbitraje Comercial. Esta posibilidad no existe en el Reglamento de Arbitraje Internacional). La AAA tiene también una lista de árbitros que se han ofrecido a ejercer *pro bono*.

Con el fin de proteger aún más a la parte carente de recursos, la jurisprudencia americana ha admitido a veces la posibilidad de recurrir a la justicia estatal no obstante la cláusula compromisoria.

(ii) La violación de la voluntad de arbitrar: la admisión de las demandas judiciales individuales o colectivas

En el año 2000, en la importante decisión *Green Tree Financial Corp. vs. Randolph*,[23] la Corte Suprema de Estados-Unidos admitió que el costo

---

[21] *Martin Bank vs. Worldcom Inc.*, N.Y. Sup. Ct. 2002, WL 171629.

[22] *Brady vs. The Williams Capital Group*, N.Y. Sup. Ct. App. Div. 2009, n.° 114198/06; *Larry Gibson vs. Nye Frontier Ford Inc.*, Alaska Sup. Ct. 2009, n.° 6355.

[23] *Green Tree Financial Corp. vs. Randolph*, U.S. Sup. Ct. 531 U.S. 79 (2000).

prohibitivo de un arbitraje podía impedir a un litigante hacer valer sus derechos, pero consideró que la señora Randolph no había demostrado que fuera su caso.

La Corte Suprema afirmaba tácita pero claramente que la falta de recursos económicos para financiar el arbitraje permitiría, eventualmente, hacer caso omiso del convenio arbitral.

La jurisprudencia posterior de los tribunales inferiores ha delimitado las condiciones requeridas para la admisión de una acción judicial en presencia de un convenio arbitral. La parte que pretende ser liberada del convenio tiene que demostrar (i) su imposibilidad de pagar los costes del arbitraje y (ii) que la diferencia de coste entre una acción arbitral y una acción judicial es substancial como para disuadir el inicio de un arbitraje.

La aplicación de estas condiciones por los jueces americanos no es uniforme. Muchos las aplican de manera estricta y reenvían las partes al arbitraje.[24] Otros constatan que el coste del arbitraje es prohibitivo (por ejemplo, *39 veces más alto que el coste de una acción judicial)* y declaran el convenio arbitral *unconscionable* e inaplicable.[25] Otros se olvidan de la condición relativa a la falta de recursos y admiten las *class actions*, aunque los costos de arbitraje no sean prohibitivos, sino simplemente equivalentes al valor de los daños reclamados por cada demandante, considerando que en este caso el convenio arbitral se vuelve *unconscionable.*[26]

---

[24] *Blair vs. Scott Specialty Gases,* 3rd Cir. 2002, 283 F.3d 595, 610; *LaPrade vs. Kidder, Peabody & Co., Inc.,* D.C. Cir. 2001, 246 F.3d 702, 708; *Russell Musnick vs. King Motor Co*., 11th Cir. 2003; *Quizno's Master et al. vs. Kadriu*, N.D. III, 2005, n.° 04-4771; *Deaton vs. Overstock.com, Inc.*, S.D. III, 2007, WL 4569874.

[25] *Gutierrez vs. Autowest, Inc.*, Cal. Sup. Ct. 2005, WL 22890611. Ver también *Morrison vs. Circuit City Stores, Inc.*, 6th Cir. 2003, 317 F.3d 646: el coste del arbitraje de 1.622 USD es declarado prohibitivo en el caso de un empleado que ha perdido su trabajo.

[26] *Patterson vs. ITT Consumer Financial Corp.*, Ct. App. 1 Dist. 1993, 18 Cal. Rptr. 2d 563; *Leonard vs. Terminix Intern. Co., L.P.,* Ala. 2002, 854 So.2d 529. En este tema,

Estos casos implicaban todos a consumidores. Los autores consideran que es improbable por ahora que esta jurisprudencia se extienda a litigios entre empresas, y aún menos a casos internacionales.[27]

Los tribunales americanos han ido aún más lejos en la protección de la parte carente de recursos al admitir la posibilidad de organizar un *class arbitration*.

(iii) La desnaturalización del convenio arbitral: la admisión de los «class arbitrations»[28]

La Corte Federal Suprema decidió, en 2003, en una destacada decisión *Green Tree Financial Corp. vs. Bazzle*,[29] que el silencio del convenio arbitral[30] sobre la posibilidad de organizar un *class arbitration* no prohibía *per se* el ejercicio de tal *class arbitration*. Le corresponde al árbitro, y no al juez, interpretar el convenio arbitral para determinar si permite o no la organización de un *class arbitration*.[31]

---

ver R. Horst & Mark Rosenberg, «The impact of "prohibitive costs" of arbitration upon defense of class actions». *The Metropolitan Counsel*, abril 2004.

27 King, B. «No money, no arbitration? The United States perspective on impecuniousity and arbitration agreements». En *Financial Capacity of the Parties*, p. 129, esp. p. 145.

28 Sobre los arbitrajes colectivos, ver M. de Fontmichel, «*Arbitrage et actions de groupe —les leçons nord—américaines*», *Revue de l'arbitrage* 2008, p. 641; Ch. Müller, «Class Arbitration», Mélanges en l'honneur de Pierre Tercier, 2008, p. 905; G. Nater-Bass, «Class action arbitration: a new challenge?», *ASA Bull*. 2009, p. 671.

29 *Green Tree Financial Corp. vs. Bazzle*, US Sup. Ct. 2003, 539 US 444.

30 El convenio arbitral del contrato de préstamo estipulaba simplemente que «todo litigio, reclamación o controversias resultante de este contrato […] se resolverá mediante arbitraje por un árbitro elegido por nosotros con su aprobación».

31 En su opinión disidente, el presidente de la Corte Suprema, Chief Justice Rehnquist, consideró al contrario que la cuestión de saber si es posible organizar un *class arbitration* cuando el convenio arbitral no lo prevé expresamente, es una cuestión de interpretación del contrato que le incumbe al juez, y no al árbitro. Para Rehnquist, tanto la formulación del convenio arbitral (aplicable a todo litigio resultante de «este contrato»), como el modo de designación del árbitro («elegido

Esta decisión abría claramente la puerta a los *class arbitrations*, conmoviendo a todas aquellas empresas que estipulaban cláusulas compromisorias en sus condiciones generales con el objetivo precisamente de huir de la pesadez procesal y los montos colosales que implican las *class actions*.

Pocos meses después, la AAA adoptó un Reglamento suplementario para los *class arbitrations*, que prevé una primera fase de interpretación del convenio arbitral por los árbitros para decidir si el convenio permite o no un *class arbitration*.

Para mantener la simplicidad y eficiencia del arbitraje, las empresas empezaron a añadir en sus contratos una renuncia expresa a toda acción colectiva (*class waiver clause*) y estipular explícitamente que el arbitraje sería un arbitraje individual.

La mayoría de los tribunales han admitido la validez de estas renuncias, en vista de la política pro-arbitraje del *Federal Arbitration Act*.[32]

---

por nosotros con su aprobación»), prohíben implícitamente un *class arbitration* porque el prestador tiene el derecho de eligir un árbitro (posiblemente distinto) para cada contrato de préstamo y que cada prestatario tiene el derecho de aprobar esta elección.

En la opinión mayoritaria de la Corte Suprema, sólo la aprobación del representante de la clase, y no de cada miembro potencial de la clase, es necesaria. Sobre todo, no se trata de una cuestión de validez o de aplicabilidad del convenio arbitral (que son de la competencia del juez), sino que se trata de saber qué tipo de procedimiento arbitral las partes han acordado (lo que es de la competencia del árbitro —aunque bajo el control del juez—, *vid. infra*).

[32] Por ejemplo, los tribunales federales del cuarto circuito (*Snowden vs. Checkpoint Check Cashing*, 4th Cir. 2002, 290 F.3d 631, 639) y del octavo circuito (*Pleasants vs. American Express Co.*, 8th Cir. 2008, 541 F.3d 853, 858-59), los tribunales de los Estados de Nueva York (*Ranieri vs. Bell Atl. Mobile*, N.Y. App. Div. 2003, 759 N.Y.S.2d 448, 449) o de Tejas (*AutoNation USA Corp. vs. Leroy*, Tex. App. 2003,105 S.W.3d 190, 200).

Sin embargo, las cortes supremas o de apelación de varios Estados[33] y algunos tribunales federales[34] han autorizado el ejercicio de un *class arbitration* no obstante la renuncia expresa contenida en el convenio arbitral. En general, lo han hecho sin condenar en términos absolutos la validez *per se* de las *class waiver clauses*, sino tomando en cuenta la situación financiera de los demandantes, carentes de los medios económicos necesarios al ejercicio de un arbitraje individual.[35]

Por ejemplo, la corte de apelación del primer circuito consideró, en 2006, en el caso *Kristian c/ Comcast*,[36] en materia de derecho de la competencia, que obligar a los demandantes a realizar arbitrajes individuales les impediría en la práctica hacer valer sus derechos derivados de la ley federal *antitrust*, porque tendrían que pagar cientos de miles de dólares para encargar un estudio económico a un perito y quizás

---

[33] Los estados de California *(Discover Bank vs. Superior Court of Los Angeles*, Cal. Sup. Ct. 2005, 36. Cal. 4th 148), Florida (*Powertel, Inc. vs. Bexley*, Fla. Dist. Ct. App. 1999, 743 So2d 570), New Jersey (*Muhammad vs. County Bank of Rehoboth Beach*, N.J. Sup. Ct 2006, 189 N.J.1,22), Washington (*Scott vs. Cingular Wireless*, Wash. Sup. Ct. 2007, 161 P.3d 1000), West Virginia (*State vs. Berger*, W. Va. 2002, 211 W.Va 549), Missouri (*Whitney vs. Alltel Communications*, Inc., Mo. Ct. App. 2005, 173 S.W.3d 300), Alabama (*Leonard vs. Terminix Intern. Co., L.P.,* Ala. 2002, 854 So.2d 529) y Nuevo México (*Fiser vs. Dell Computer Corp.*, N. M. Sup. Ct. 2008, n.° 30.424).

[34] Los tribunales del primer circuito (*Kristian c/ Comcast*, 1st Cir. 2006, 446 F3d 25; *Skirchak vs. Dynamics Research Corp.*, 1st Cir. 2007, 508 F.3d 49), del segundo circuito (*Stolt-Nielsen S.A. et al. vs. Animalfeeds International Corp.*, 2d Cir. 2008, 548 F3d 85; *In re American Express Merchants' Litigation*, 2d Cir. 2009, WL 214525), del tercer circuito (*Ting vs. AT&T*, 9th Cir. 2003, 319 F.3d 1126; *Homa vs. American Express Co.*, 3d Cir. 2009, n.° 07-2921) y del undécimo circuito (*Dale vs. Comcast*, 11th Cir. 2007, 498 F3.d 1216).

[35] Salvo la Corte suprema de Nuevo México que declaró las *class waiver clauses* contrarias al orden público fundamental de Nuevo México, y rechazó la ejecución del convenio arbitral en su totalidad, considerando que la renuncia a toda acción colectiva no se podía separar del resto del convenio (*Fiser vs. Dell Computer Corp.*). Esta posición es tanto más absoluta cuanto que era aplicable el derecho del Estado de Tejas, cuyos tribunales admiten la validez de las *class waiver clauses*.

[36] *Kristian c/ Comcast*, 1st Cir. 2006, 446 F3d 25.

millones de dólares de honorarios de abogados. Estos costes *prohibitivo*s superarían las pretensiones de las partes. Respetar la renuncia a toda acción colectiva daría una inmunidad *de facto* al demandado en temas de competencia, lo que no era admisible. Por lo tanto, declaró dicha renuncia inválida y, considerándola separable del resto del convenio arbitral, ordenó la organización de un *class arbitration*.

Estas decisiones han tenido un gran eco en Estados Unidos. No se sabía si la admisión de un class arbitration no obstante su prohibición expresa por el convenio arbitral se limitaba a casos complejos en materia de competencia, que requieren gastos considerables de peritos y abogados, o si podrían tener un alcance mayor. De ser así, el class arbitration se volvería la peor pesadilla de las grandes empresas americanas porque implica para los demandados la pérdida de los beneficios tradicionales del arbitraje (rapidez, eficiencia, informalidad, confidencialidad) manteniendo en cambio *lo peor de los dos sistemas (el* riesgo de condenas colosales y la pesadez procesal de las acciones de clase, pero sin la posibilidad de tener un examen del caso en segunda instancia). Podría llegar a disuadir las empresas de prever el arbitraje como modo de resolución de sus conflictos.

Recientemente, el 27 de abril de 2010, la Corte Suprema de Estados-Unidos ha dictado un importante y muy esperado laudo, en el caso *Stolt-Nielsen S.A. et al. vs. Animalfeeds International Corp.*[37] que va a limitar la expansión de los *class arbitrations*.

La Corte Suprema consideró que los árbitros habían excedido sus poderes e impuesto sus propias concepciones *pro-class arbitration* al autorizar un *class arbitration* cuando el convenio arbitral era silencioso sobre el tema y las partes concurrían que no habían llegado a un acuerdo

[37] Decisión n.° 08-1198; ver sin embargo la opinión disidente de Justice Ginsburg; U.S. Lexis 3672; A. Goldsmith, «US Supreme Court rejects non-consensual class arbitration»; Kluwer arbitration blog, 4 mayo 2010; S. Martínez Sastre y P. Martínez Llorente, «El futuro incierto de las class arbitrations», *Spain Arbitration Review* n.° 8/2010, p. 183.

al respecto. Según la Corte Suprema, el arbitraje está basado en el consentimiento y no en la coacción. Las partes están libres de estructurar su convenio arbitral como les apetezca, estipulando como y con quien desean arbitrar sus litigios. Un *class arbitration* cambia la naturaleza del arbitraje hasta tal punto que no se puede suponer que las partes lo han aceptado, simplemente, al haber estipulado un convenio arbitral silencioso. Una parte no puede ser obligada a someterse a un *class arbitration* salvo si hay una base contractual que lo permita. El silencio no es suficiente, debe de haber algún tipo de indicación que las partes, aunque implícitamente, han aceptado someter sus litigios a un *class arbitration*.

Pocos días después, el 3 de mayo de 2010,[38] la Corte Suprema anuló la decisión de la Corte de apelación del segundo circuito que había autorizado un *class arbitration* nobstante la renuncia de las partes a toda acción colectiva en el caso *American Express Merchants' Litigation*, y le ordenó que volviera a examinar la cuestión en vista de su decisión *Stolt-Nielsen*.

Con estas dos decisiones, la Corte Suprema respeta la voluntad de las partes y la eficiencia del arbitraje, lo que será sin duda saludado tanto por las grandes empresas como por los especialistas de la materia.

En cuanto a las partes carentes de recursos, tendrán que recurrir a otras soluciones para financiar su arbitraje.[39]

3. Soluciones

¿Qué otras soluciones se podrían concebir para garantizar el acceso al arbitraje a una parte con dificultades financieras?

---

[38] Decisión n.° 08-1473.

[39] Ver sin embargo la opinión disidente de Justice Ginsburg que considera que los contratos de adhesión están quizá excluidos del ámbito de la decisión de la Corte Suprema, ésta habiendo observado que las partes eran s*ophisticated business entities*.

La solución más obvia consiste en reducir los gastos del arbitraje nombrando a un solo árbitro en vez de tres. De hecho, cuando el convenio arbitral prevé la designación de tres árbitros, la CCI llama cada vez más la atención de las partes sobre la reducción de gastos que ocasionaría la nominación de un solo árbitro, y lo hace para cuantías en litigio cada vez más elevadas.

Pero para casos más graves de falta de recursos económicos —cuando una parte no tendría bastante dinero para pagar ni siquiera los honorarios de un solo árbitro— hay que pensar en soluciones más eficientes y originales.

Si se tiene una pretensión con buenas perspectivas de éxito, aparte del pacto de cuota litis con los abogados, se puede por ejemplo pedir un préstamo al banco para pagar los gastos de arbitraje y otorgarle una prenda sobre la demanda. Se puede también ceder el derecho litigioso a un tercero.

Se podría desarrollar igualmente un sistema de seguro legal que cubriera específicamente el arbitraje, lo que no es el caso de la mayoría de los seguros actuales. Debido al carácter aleatorio del contrato de seguro, tendría que ser suscrito antes de que surja el litigio.

Para después del nacimiento del litigio, existe en varios países (especialmente Alemania, Inglaterra y Holanda) el sistema de *third-party funding*: son sociedades de financiación de procedimientos (generalmente filiales de compañías de seguro o de bancos) que asumen el coste y el riesgo del proceso, tanto judicial como arbitral (sobre todo en arbitraje de inversión).

Según el principio *no win, no fee*, el demandante no paga nada aunque pierda, y si gana, la sociedad de financiación se queda con un porcentaje, entre 20% y 50%, de los fondos recaudados. Para que acepten

asumir tal riesgo, las sociedades de financiación tienen que estar convencidas de las posibilidades de ganar y de la solvencia de la otra parte.

El *third-party funding* no está admitido en todas las jurisdicciones.[40] Algunos países mantienen el delito de *champerty* (*i.e.*, la financiación de un pleito por un tercero a cambio de una parte de lo recaudado). Es, por ejemplo, el caso de algunos Estados de Estados-Unidos o de Singapur. En Suiza, el Cantón de Zurich quiso, en 2003, prohibir la financiación de pleitos por terceros. El Tribunal Federal anuló esta disposición porque restringía la libertad del comercio de manera desproporcionada comparada con sus objetivos.[41]

Se puede recurrir asimismo a mecanismos bancarios. Primero, se podrían ampliar los casos en los que está autorizado otorgar una garantía bancaria (que por ahora son muy limitados en el reglamento CCI).[42] Pero se pueden imaginar otros mecanismos. Para ser realmente eficientes, tendrían que ser suscritos antes de que aparezcan tanto el litigio como la falta de recursos económicos (puesto que después resultarían difíciles de obtener) y por las dos partes (porque no se sabe cuál de ellas podría tener ulteriormente problemas financieros).

Se ha emitido la idea de hacer, a la hora de concluir el contracto, un depósito de dinero como fianza para financiar un eventual arbitraje.[43] Sin embargo, parece poco viable económicamente tener que bloquear

---

[40] Ver la situación en varios países: «Case notes on third-party funding», *Global Arbitration Review*, 2008, vol. 3, issue 1, pp. 35-37; H; Labes, «Are there means —contractual o otherwise— to guard against an adverse impact of financial incapacity on arbitration? Insurance-related instruments». En *Financial capacity of the parties*, p. 165, esp. pp. 166-168; Clifford J. Hendel, «Third party funding». *Spain Arbitration Review* n.° 9/2010, p. 67.

[41] ATF 10 de diciembre del 2004, 131 I 223.

[42] Ver *supra* nota n.° 2.

[43] Kröll, S. «Bank-related instruments to secure the right to arbitration despite the impecuniousity of a party». En *Financial capacity of the parties*, p. 151, esp. pp. 157-158.

una cantidad importante de dinero, sobre todo en la época actual de falta de liquidez.

Otra solución más práctica y realista sería pedir al banco, a la hora de firmar el contrato, un préstamo condicional que el banco desbloquearía en caso de realización de la doble condición de (i) iniciación de un procedimiento arbitral y (ii) falta de recursos económicos del prestatario.[44] Se pagaría una comisión al abrir el crédito, y luego se pagarían intereses una vez que se haya desbloqueado el crédito.

Se han estudiado soluciones más innovadoras. Al principio de los años 90, hubo discusiones internas en la CCI sobre un eventual sistema de mutualización. La idea era que las empresas con pocos medios económicos tuvieran acceso a un arbitraje gratis financiado por una cuota pagada por los otros arbitrajes. Hubo discusiones en el mismo sentido en el Centro de Comercio Internacional de Ginebra.[45]

No se llegó a ningún resultado en estos foros. Se consideró que el arbitraje es una justicia privada y que no existe servicio público de la justicia arbitral. Por lo tanto, no se debería obligar los arbitrajes «gordos» a pagar para los «pequeños».

Otra solución, aún más innovadora y que exigiría la modificación de la reglamentación vigente, sería admitir que cuando una parte reúne las condiciones necesarias de falta de recursos para obtener la designación de un abogado del turno de oficio, se le pueda también designar un abogado para que la represente en un arbitraje.

---

44 KRÖLL, S. *Op. cit.*, p. 158.

45 El Centro de Comercio Internacional de Ginebra es el organismo de cooperación entre la Organización Mundial del Comercio (OMC) y la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (Unctad).

Ello implicaría cambiar mentalidades y costumbres, pero es necesario para garantizar el derecho de acceso a la justicia que tiene cualquier ciudadano.

4. Conclusión

El tema objeto del presente estudio no es baladí. El arbitraje es una vía eficaz para obtener justicia. Hay que evitar que, para quien no tiene medios financieros, se convierta en un obstáculo que le impida hacer valer sus derechos.

Existen situaciones en las que la imposición por una parte potente frente a otra débil de una cláusula compromisoria es evidentemente abusiva.

Pero, hay otros casos en los que uno de los contratantes ve su situación pecuniaria degradada y necesita también ser protegido.

Las instituciones arbitrales y los distintos mecanismos bancarios y de seguro tienen que poder responder a estas situaciones.

También es preciso seguir de cerca la evolución de la jurisprudencia para tratar de unificar criterios a nivel de los diferentes países: sólo tan convergencia sería compatible con el papel que el arbitraje debe desempeñar en el ámbito internacional.

La cooperación judicial en el arbitraje internacional en la práctica española

Flora Calvo Babío[*]

Sumario: Introducción.— I. El auxilio judicial al arbitraje en materia de práctica de prueba.— 1. El arbitraje se desarrolla en España y la prueba ha de practicarse en España. 2.-El arbitraje se desarrolla en un país distinto del país en el que debe practicarse la prueba.— a) El sistema interno español de auxilio judicial.— b) Convenio relativo a la obtención de pruebas en el extranjero en materia civil o mercantil, hecho en la Haya, el 18 de marzo de 1970.— c) El Reglamento CE n.º 1206/2001, de 28 de mayo de 2001, relativo a la cooperación entre órganos jurisdiccionales de los Estados Miembros en el ámbito de la obtención de pruebas en materia civil y mercantil.— II. Las medidas cautelares en el arbitraje internacional.— 1. Concepto de medida cautelar en materia de arbitraje.— 2. Concurrencia del juez y el árbitro en la adopción de una medida cautelar.— 3. La adopción y el reconocimiento de medidas cautelares en los arbitrajes transfronterizos. a) Adopción de medidas cautelares y auxilio judicial.— b) Reconocimiento de resoluciones judiciales que acuerdan una medida cautelar en los arbitrajes transfronterizos.— c) Reconocimiento de resoluciones arbitrales que acuerdan una media cautelar en los arbitrajes transfronterizos.— III. Reconocimiento de los laudos arbitrales extranjeros.— 1.-El Convenio de Nueva York de 1958: a) Sistema establecido por el Convenio.— b) Aplicación en España del Convenio de Nueva York.

[*] Profesora Contratada Doctor de la URJC.

1. INTRODUCCIÓN

El presente artículo va a abordar las cuestiones referidas a la cooperación judicial internacional que van a apoyar los procedimientos arbitrales transfronterizos que tienen que ver con España, es decir, tanto aquéllos que se están tramitando en España, como aquéllos que se tramitan en el extranjero. Desde el punto de vista del Derecho español la expresión cooperación judicial civil se suele identificar generalmente con lo que se denomina por un lado auxilio judicial y, por otro, con el reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras.

En lo que se refiere al auxilio judicial, éste se desarrolla, fundamentalmente, en tres materias: notificaciones internacionales, práctica de prueba transfronterizas, e información sobre el Derecho extranjero. Si pensamos en los procedimientos arbitrales internacionales en los que haya que acudir a solicitar auxilio judicial a los tribunales de otros países, la cooperación se circunscribiría, principalmente, a tres materias: el auxilio en materia de práctica de prueba; la adopción de medidas cautelares transfronterizas; y el reconocimiento y ejecución del laudo arbitral.

Por ello, en este trabajo se van a abordar estos tres bloques de cuestiones desde el punto de vista de la regulación interna e internacional española. Es preciso tener en cuenta que de las materias referidas al auxilio judicial quedarían excluidas las notificaciones transfronterizas, puesto que en el arbitraje revisten una flexibilidad de la que se carece en los procedimientos judiciales que hace que la cooperación no se tenga que utilizar, prácticamente, nunca en este ámbito.

A modo de ejemplo, el artículo 5 de la Ley española n.° 60/2003 de 23 de diciembre de 2003, de arbitraje[1] (a partir de ahora LA) establece

[1] *BOE n.° 309 del 26 de diciembre del 2003*. Reformada por la Ley n.° 13/2009 del 3 de noviembre del 2009, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial, *BOE n.° 266 del 4 de noviembre del 2009 (BOE*

un sistema de notificaciones muy flexible sin distinguir si el arbitraje es interno o transfronterizo y permitiendo entrega personal al destinatario, en su domicilio, residencia habitual, establecimiento o dirección. Asimismo, se indica que será válida la notificación o comunicación realizada por télex, fax u otro medio de telecomunicación electrónica, telemático o de otra clase semejante, que permitan el envío y la recepción de escritos y documentos dejando constancia de su remisión y recepción, así como de que hayan sido designados por el interesado.

La cooperación judicial cuando se trata de arbitrajes transfronterizos es fundamental para que el procedimiento arbitral se desarrolle correctamente, por ello se va a analizar cuáles son los cauces legales que existen en España para instrumentar dicha cooperación, y si son correctamente aplicados por el operador jurídico en la práctica.

2. El auxilio judicial al arbitraje en materia de práctica de prueba

Si el árbitro o tribunal arbitral que está tramitando el procedimiento internacional necesita que se practique una prueba, es preciso determinar como la llevaría a cabo. En este caso, es necesario distinguir dos situaciones: la primera y la más común sería cuando el arbitraje se desarrolle en el lugar en el que se practique la prueba; la segunda, y más compleja, se produciría cuando el arbitraje se tramita en un país y la prueba ha de realizarse en otro.

---

n.° 84 del 7 de abril del 2010) y por la Ley n.° 11/2011 de 20 de mayo del 2011, de reforma de la Ley n.° 60/2003 del 23 de diciembre del 2003, de Arbitraje y de regulación del arbitraje institucional en la Administración General del Estado (*BOE n.° 121 del 21 de mayo del 2011).*

2.1. El arbitraje se desarrolla en España y la prueba ha de practicarse en España

Como los tribunales arbitrales carecen de fuerza coercitiva para practicar las pruebas necesarias para la tramitación del procedimiento a las que se oponga alguna de las partes, la LA (artículo 33) prevé la colaboración judicial a la hora de prestar asistencia en la práctica de dichas pruebas, que se llevará a cabo a instancia de los árbitros o de alguna de las partes, de conformidad con las normas que le sean aplicables sobre medios de prueba.

La mencionada asistencia podrá consistir en la práctica de prueba ante el tribunal competente, o en la adopción por éste de las concretas medidas necesarias para que la prueba pueda ser practicada por los árbitros.[2] La competencia territorial para llevar la asistencia en la práctica de la prueba se regula por el artículo 8.2 de la LA, el cual indica que será competente para la asistencia judicial en la práctica de prueba, el Juzgado de Primera Instancia del lugar del arbitraje o el del lugar donde hubiera de prestarse la asistencia.

El auxilio judicial en la práctica de prueba transfronteriza en los procedimientos arbitrales puede dar lugar a ciertos problemas, tal y como ha puesto de manifiesto la sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón (sección segunda) de 27 de marzo de 1998,[3] en dicho caso el recurso a los tribunales provocó que se superase por parte del tribunal arbitral el plazo de 6 meses para dictar el laudo, permitiendo inicialmente que la otra parte pudiese solicitar la anulación del mismo por este motivo.

La sentencia citada indica que ello resulta incoherentemente posible, al no prever la LA como causa de suspensión del plazo para dictar

---

[2] VIRGÓS SORIANO, M. y F.J. GARCIRMARTÍN ALFÉREZ. *Derecho Procesal Civil Internacional. Litigación internacional.* Madrid: Civitas, 2007, pp. 514-515.

[3] AC/1998/752.

el laudo la derivada de la necesidad de acudir al auxilio judicial. Igualmente, se reseña en esta sentencia una importante falta de previsión del legislador en el ámbito del auxilio judicial interno en materia arbitral, que provoca retrasos innecesarios en la práctica de la prueba cuando ésta se deba practicar por un juez diferente al territorialmente competente para el procedimiento arbitral.

A modo de ejemplo se indica que, si el arbitraje se está tramitando en la provincia de Cuenca y la prueba ha de practicarse en Cuenca, las partes pueden solicitar directamente el auxilio judicial al juez de Cuenca, territorialmente competente. Pero, si en el mismo supuesto la prueba ha de practicarse en Cádiz, las partes han de solicitar la práctica de la misma al juez de Cuenca, quien exhortará al juez de Cádiz para que lleve a cabo la práctica de dicha prueba y se la devuelva cumplimentada.

Lo lógico hubiese sido que las partes pudiesen acudir directamente al juez de Cádiz a solicitarla, porque el sistema de exhortos entre juzgados es, considerablemente, lento y susceptible de dilatar el procedimiento, tal y como queda plasmado en la resolución mencionada.

De hecho, en este supuesto la práctica de la prueba mediante ese sistema de exhorto obligatorio tardó en practicarse más de tres meses (del 22 de febrero al 6 de junio de 1995) lo cual, a juicio de la Audiencia Provincial: «[…] harán en la mayoría de ocasiones inconciliables el derecho a la prueba y la obligación de dictar el laudo dentro de los seis meses, permitiendo incluso que, mediante un uso antisocial del Derecho, la parte a quien le interese pudiera provocar deliberadamente la transgresión del citado plazo a los solos efectos de solicitar, ulteriormente, la nulidad por este motivo si el laudo le fuere desfavorable […]».

2.2. El arbitraje se desarrolla en un país distinto del país en el que debe practicarse la prueba

En este caso, tanto si la prueba se debe practicar en España o en el extranjero ordenada por un árbitro que tramita el procedimiento en el extranjero o en nuestro país, todo el sistema está regulado por las normas de cooperación judicial civil en esta materia, siempre y cuando, tanto España como el otro Estado sean parte de alguno de estos convenios e instrumentos. Ello es debido a que, como indica F. Mantilla-Serrano,[4] el artículo 33.1 de la LA, que establece que los árbitros o cualquiera de las partes con su aprobación, podrán solicitar del tribunal competente asistencia para la práctica de pruebas, no se aplica cuando el arbitraje tenga lugar fuera del territorio español,[5] por lo que será preciso utilizar los convenios e instrumentos existentes en materia de cooperación judicial que en España, como si se tratase de auxilio con respecto a procedimientos judiciales. En materia de práctica de prueba transfronteriza tales instrumentos son los siguientes:

- Convenio de La Haya relativo al procedimiento civil de 1954.[6]
- Convención Interamericana sobre exhortos o cartas rogatorias de 1975.[7]
- El Reglamento CE n.º 1206/2001 sobre obtención de pruebas en materia civil y mercantil.[8]
- Igualmente, determinados convenios bilaterales de reconocimiento de sentencias y/o de asistencia judicial en materias civil y

---

4 MANTILLA-SERRANO, F. *Ley de arbitraje: una perspectiva internacional.* Madrid: Iustel, 2005, p. 183.

5 Puesto que la LA prevé expresamente en qué casos los preceptos son aplicables a arbitrajes que se sustancien fuera de España así se indica expresamente que: «Las normas contenidas en los apartados 3, 4 y 6 del artículo 8, en el artículo 9 excepto el apartado 2, en los artículos 11 y 23 y en los títulos VIII y IX de esta ley se aplicarán, aun cuando el lugar del arbitraje se encuentre fuera de España».

6 *BOE* n.º 297, de 13 de diciembre de 1961.

7 *BOE* n.º 195, de 15 de agosto de 1987.

8 *DOUE* n.º L 174, de 27 de junio del 2001.

mercantil suscritos entre España y otros países prevén un sistema de cooperación en este ámbito y en los que está incluido o no expresamente excluido el arbitraje. Así los convenios con: Gran Bretaña (artículos 7 a 12);[9] Italia (art*ículo*s 3 a 10);[10] Checoslovaquia (art*ículo*s 4 a 15);[11] Uruguay (art*ículo*s 20 a 27);[12] Brasil (art*ículo*s 2 a 14);[13] URSS (art*ículo*s 5 a 13);[14] China (art*ículo*s 10 a 16);[15] Bulgaria (art*ículo*s 11 a 17);[16] Marruecos (art*ículo*s 12 a 21);[17] Portugal (art*ículo*s 1 a 3);[18] Tailandia (art*ículo*s 10 a 18);[19] *Túnez (artículo*s 10 a 14);[20] República Dominicana (art*ículo*s 9 a 17);[21] Argelia (art*ículo*s 5 a 15);[22] Mauritania (art*ículo*s 5 a 15).[23]

Para el caso de que no exista convenio o instrumento aplicable, el ordenamiento español regula, de forma muy esquemática e insuficiente, un sistema de auxilio judicial internacional en los artículos 276 a 278 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

---

9 Del 27 de junio de 1929. *Gaceta de Madrid* del 10 de abril de 1930.

10 Del 22 de mayo de 1973. *BOE* n.° 273, del 15 de noviembre de 1977.

11 Del 4 de mayo de 1987 *BOE* n.° 290 del 3 de diciembre de 1988; corr. errores, *BOE* n.° 22, del 26 de enero de 1989, aplicable en la actualidad a las Repúblicas Checa y Eslovaca.

12 Del 4 de noviembre de 1987 *BOE* n.° 103, del 30 de abril de 1998.

13 *BOE* n.° 164, del 10 de julio de 1991; corr. errores, *BOE* n.° 193, del 13 de agosto.

14 Del 26 de octubre de 1990, *BOE* n.° 151, del 25 de junio de 1997, aplicable en la actualidad entre España y Rusia.

15 Del 2 de mayo de 1992, *BOE* n.° 26, del 31 de enero de 1994; corr. errores, *BOE* n.° 60, del 11 de marzo.

16 Del 23 de mayo de 1993, *BOE* n.° 155, del 30 de junio de 1994.

17 Del 30 de mayo de 1997, *BOE* n.° 151, del 25 de junio de 1997.

18 Del 19 de noviembre de 1997, *BOE* n.° 18, del 21 de enero de 1999.

19 Del 15 de junio de 1998, *BOE* n.° 108, del 7 de mayo de 1999; corr. de errores, *BOE* n.° 131, del 2 de junio de 1999.

20 Del 24 de septiembre del 2001, *BOE* n.° 52, del 1 de marzo del 2003.

21 Del 15 de septiembre del 2003, *BOE* n.° 254, del 23 de octubre del 2003.

22 Del 24 de febrero del 2005, *BOE* n.° 103, del 1 de mayo del 2006.

23 Del 8 de noviembre del 2006, *BOE* n.° 267, del 8 de noviembre del 2006.

En todas estas normas se indica que el auxilio es judicial, es decir, el que se produce en procedimientos judiciales, por lo que la posibilidad de utilizarlo en materia de arbitraje va indisolublemente unido a la Ley de Arbitraje, que prevé la cooperación judicial destinada a la práctica de prueba en el procedimiento arbitral.

A fin de que el operador jurídico conozca cómo funcionan, tanto la normativa interna como los principales instrumentos de auxilio judicial en este sector, voy a referirme, brevemente, a los que tienen mayor importancia y utilización: el sistema interno, el Convenio de La Haya de 1970, la Convención Interamericana de Exhortos y Cartas Rogatorias de 1975 y el Reglamento UE n.º 1206/01.[24]

a) El sistema interno español de auxilio judicial

El sistema interno español de auxilio judicial se encuentra regulado en los art*ículo*s 276 a 278 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (en adelante, L.O.P.J.). En estos artículos se prevé el sistema a través del cual se lleva a cabo, tanto cuando se solicita auxilio judicial en el extranjero como s*í* son las autoridades extranjeras las que solicitan el auxilio a los órganos españoles.

En el caso de que la solicitud se realice en España, las peticiones de cooperación judicial (denominadas genéricamente comisiones rogatorias) serán elevadas por conducto de presidente del Tribunal Supremo, del Tribunal Superior de Justicia o de la Audiencia Provincial al Ministerio de Justicia (Subdirección General de Cooperación Jurídica

[24] Para más información general sobre el sistema español de auxilio judicial *vid*. AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, M. «Comisiones rogatorias y obtención de pruebas en el extranjero». *BIMJ,* n.º 1905, 2001, 3635 y ss.; CALVO BABÍO, F. «El auxilio judicial internacional». En *Derecho Internacional Privado* (C. Parra, coord.). Barcelona: Huygens, 2013, pp. 101-116.

Internacional), el cual hará llegar las solicitudes recibidas a las autoridades competentes del Estado requerido por vía consular o diplomática.[25]

Si, por el contrario, la solicitud viene del extranjero, será recibida por el Ministerio de Justicia, quien está encargado de determinar si, en razón de reciprocidad, existe la obligación de prestar auxilio judicial al Estado solicitante. Para que se admita inicialmente la solicitud, debe existir reciprocidad con el Estado solicitante o que ésta sea ofrecida por la autoridad extranjera. Asimismo, es preciso que la solicitud reúna los requisitos de autenticidad suficientes (estar legalizada o apostillada), hallarse redactada en castellano y proceder de una autoridad judicial extranjera en el ejercicio de su función jurisdiccional.

El procedimiento establecido consiste en que la delegación diplomática acreditada del gobierno de un país, portando una comisión o encargo de un juez o tribunal de su propio Estado, solicita a la autoridad competente del país en el que se realiza sus funciones la solicitud de que se «practique una determinada diligencia (notificación o prueba), comprometiéndose a hacer lo mismo en futuros encargos a la inversa.[26] Por lo tanto, para que se admita inicialmente la solicitud debe existir reciprocidad con el Estado solicitante o que ésta sea ofrecida por la autoridad extranjera.

En este caso, los únicos motivos que se prevén en la normativa para denegar el auxilio judicial son los siguientes: cuando sobre el litigio existe una competencia exclusiva de los órganos jurisdiccionales españoles; si el contenido del acto a realizar no corresponde a las atribuciones propias de la autoridad judicial requerida, en cuyo caso, ésta remitirá la solicitud a la autoridad judicial competente, informando a la autoridad

---

[25] En la práctica, el conducto habitualmente utilizado es el del TSJ, puesto que son los órganos judiciales que tienen una carga de trabajo menor y pueden agilizar este trámite.

[26] STS del 24 de julio de 1990 (RAJ 6460).

requirente; y, finalmente, cuando la actuación judicial requerida sea contraria al orden público español.

b) Convenio relativo a la obtención de pruebas en el extranjero en materia civil o mercantil, hecho en La Haya, el 18 de marzo de 1970[27]

Este Convenio se ocupa de la obtención de pruebas en materia civil (incluida la responsabilidad civil derivada de delito) y la realización de otras actuaciones judiciales, y simplifica en gran manera la formación de la comisión rogatoria para la obtención de pruebas en el extranjero, utilizando el sistema de Autoridades Centrales. Cada Estado deberá designar una Autoridad Central encargada de recibir las comisiones rogatorias expedidas por una autoridad judicial de otro Estado contratante y de remitirlas a la autoridad competente para su ejecución (artículo 2). En España la Autoridad Central, para todos los convenios que precisen de este organismo, es la Subdirección General de Cooperación Jurídica Internacional, perteneciente al Ministerio de Justicia.[28]

El Convenio establece qué requisitos deben contenerse en la solicitud para que la autoridad requerida pueda practicar la prueba que se le solicita y que son: datos de las autoridades requirentes y requeridas, identidad y dirección de las partes en el proceso; y, por último, naturaleza

---

[27] *BOE* n.º 203 de 25 de agosto de 1987. Estados Parte: Albania, Alemania, Argentina, Armenia, Australia, Barbados Bielorrusia, Bosnia-Herzegovina, Bulgaria, China, Chipre, Colombia, Croacia, Dinamarca, Eslovaquia, Eslovenia, España, Estados Unidos de América, Estonia, Finlandia, Francia, Grecia, Hungría, India, Islandia, Israel, Italia, Kwait, Ex Republica Yugoslava de Macedonia, Letonia, Liechtenstein, Lituania, Luxemburgo, Malta, Marruecos, México, Mónaco, Montenegro, Noruega, Países Bajos, Polonia, Portugal, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, República Checa, Rumania, Rusia, Serbia, Seychelles, Singapur, Sri Lanka, Sudáfrica, Suecia, Suiza, Turquía, Ucrania y Venezuela. Para una mayor información sobre este Convenio, *vid. Guía práctica sobre los Convenios de La Haya de los que España es parte,* publicada por el Ministerio de Justicia. Madrid, 1996.

[28] www.justicia.es.

y objeto de la instancia con exposición escueta de los hechos y de las pruebas que hayan de practicarse (artículo 3). La comisión rogatoria (al igual que ocurría en la regulación interna), deberá estar redactada en la lengua de la autoridad requerida e ir acompañada de una traducción, salvo que algún Estado haya manifestado que pueda ir en inglés o en francés, lenguas de comunicación entre las Autoridades Centrales (artículo 4). En España no es el caso, sólo se admiten las solicitudes que vayan redactadas en castellano o debidamente traducidas a esta lengua.

Una vez que la solicitud ha llegado a la Autoridad Central requirente, ésta notifica su petición a la Autoridad Central requerida que la remite al órgano judicial competente para que la tramite y la devuelva cumplimentada, una vez que se ha practicado la prueba según las leyes del país requerido (art*ículo*s 9 y 13).

No obstante, la autoridad requirente puede solicitar que se aplique un procedimiento especial, excepto si este procedimiento es incompatible con la ley del Estado requerido o por dificultades prácticas (artículo 13). Sólo se podrá denegar la práctica de la comisión rogatoria en los siguientes casos: cuando en el Estado requerido la ejecución no correspondiese a las atribuciones del Poder Judicial, o cuando el Estado requerido estima que podría causar perjuicio a su soberanía o seguridad. No se puede denegar la ejecución de la comisión rogatoria por el solo motivo de que el asunto es objeto de competencia judicial en el Estado requerido (artículo 12).

A pesar de que el sistema de autoridades centrales es el principal del Convenio, se prevé que la prueba se pueda practicar en territorio de otro Estado contratante directamente por los funcionarios diplomáticos o consulares, siempre que se practique a sus nacionales, y siempre que sea sin compulsión (artículos 15 y 16). España permite que la prueba pueda ser practicada sin necesidad de autorización previa de la autoridad española, a sujetos que residan en el Estado del que depende el diplomático o cónsul.

El tercer sistema prevé el nombramiento de un «comisario», que puede, sin compulsión, en el territorio del Estado requerido, proceder a la obtención de pruebas que se refieran a un procedimiento incoado ante un tribunal de otro Estado contratante, si el Estado requerido así lo admite, como sucede en el caso de España (artículo 17).

c) El Reglamento CE n.° 1206/2001 de 28 de mayo de 2001, relativo a la cooperación entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en el ámbito de la obtención de pruebas en materia civil o mercantil (DOCE n.° L174 del 27 de junio de 2001)[29]

El reglamento de prueba es de aplicación en materia civil o mercantil cuando un órgano jurisdiccional de un Estado miembro, de conformidad con su ordenamiento jurídico interno, solicite: a) la práctica de diligencias de obtención de pruebas al órgano jurisdiccional competente de otro Estado miembro o; b) la realización de diligencias de obtención de pruebas directamente en otro Estado miembro, siempre que se refieran a una causa incoada o que se prevea incoar.

En este reglamento se establece una comunicación directa entre los órganos requirentes y requeridos que hayan sido designados a tal efecto por los Estados miembros (artículo 2). En España estos órganos serán los secretarios judiciales del juzgado que tramita como organismos requirentes y el secretario del Juzgado Decano, en el caso de organismos requeridos. Cada Estado deberá designar, además, una autoridad central que se encargará de: facilitar información a los órganos jurisdiccionales; buscar soluciones en caso de que una solicitud plantee dificultades; y, a

[29] Se aplica a todos los Estados miembros de la UE con la excepción de Dinamarca. Para un mayor desarrollo de este reglamento, *vid*. entre otros, VILLAMARÍN LÓPEZ, M.L. «La obtención de pruebas en otros Estados de la Unión Europea». En *Derecho Procesal Civil europeo*, vol. II (Andrés de la Oliva Santos y M.ª Pía Calderón Cuadrado (coord.)), pp. 297-391; DIAGO DIAGO, M.P. *La obtención de pruebas en la Unión Europea.* Pamplona: Aranzadi, 2003; VILLAMARÍN LÓPEZ, M.L. *La obtención de pruebas en el proceso Civil en Europa.* Madrid: Colex, 2005.

modo de excepción, y a instancia de un órgano jurisdiccional requirente, trasladar una solicitud al órgano jurisdiccional requerido (artículo 3).

Como todos los instrumentos comunitarios de este tipo, el reglamento de práctica de prueba viene acompañado de una serie de formularios, lo cual facilita, en este caso, de manera especial, que se recojan todos los datos necesarios para practicar correctamente la prueba desde el punto de vista del organismo requirente. La solicitud tendrá que estar cumplimentada en el formulario anexo al reglamento (artículo 4), y en dicho formulario se indica que deberán figurar preceptivamente datos como: el órgano requirente y el órgano requerido; el nombre de las partes y de sus representantes; tipo de causa judicial acompañada de una exposición sucinta de los hechos; la descripción de las diligencias de obtención de pruebas solicitadas; o los documentos u otros objetos que deban examinarse. No se requerirá la legalización ni de la solicitud ni de los documentos adjuntos. La solicitud se deberá transmitir en el idioma o idiomas oficiales del Estado requerido o en aquéllos por él admitidos (artículo 5).

Los medios de transmisión serán aquéllos admitidos por el Estado miembro requerido, prefiriéndose la vía más rápida dentro de las seguras (artículo 6), teniendo en cuenta las declaraciones que se han efectuado por los Estados miembro, es aconsejable hacerlo por correo certificado internacional con acuse de recibo, aun cuando el contenido se puede anticipar por fax.

El empleo del correo electrónico todavía no está generalizado, pero es posible que sea un medio que se considere seguro cuando se use con más frecuencia la firma electrónica. En el caso de que el órgano al que se hubiere dirigido la petición no fuere el competente, el órgano receptor de la solicitud debe proceder directamente a trasladarla al que lo sea, siempre que pertenezca al mismo Estado miembro.

Con la finalidad de evitar el que, por un defecto de la solicitud, ésta no se pudiere llevar a efecto, el reglamento prevé mecanismos específicos correctores que son diferentes, según cual fuere el problema detectado en la solicitud (artículos 8 y 9), ya que el principio inspirador del mismo no es otro que el del aseguramiento de la obtención de pruebas útiles y eficaces.

En cuanto al plazo de ejecución, el reglamento contiene una norma general que es la de la «mayor brevedad posible», siendo el plazo máximo el de noventa días a contar desde la recepción de la solicitud (artículo 10). Si hubiere sido necesario el verificar alguna subsanación (antes analizada), el plazo se computa desde la misma.

Con respecto a la forma de la práctica de la prueba, el reglamento dispone que se llevará a cabo normalmente aplicando el Derecho del Estado miembro requerido, aunque prevé que el órgano jurisdiccional requirente pueda pedir que la solicitud se ejecute de acuerdo con alguno de los procedimientos especiales previstos en el Derecho de su Estado miembro, o que utilice los medios tecnológicos de comunicación en la realización de la obtención de pruebas, en particular, la videoconferencia y la teleconferencia.

El órgano jurisdiccional requerido cumplirá dicha petición, a no ser que el procedimiento en cuestión sea incompatible con el Derecho del Estado miembro del órgano jurisdiccional requerido, o que existan grandes dificultades de hecho (artículo 10). En caso de que así lo prevea el Derecho del Estado miembro del órgano jurisdiccional requirente, las partes y, en su caso, sus representantes, tendrán derecho a estar presentes cuando el órgano jurisdiccional realice las diligencias de obtención de pruebas.

Si fuera necesario, el órgano jurisdiccional requerido recurrirá, para la ejecución de la solicitud, a las medidas coercitivas adecuadas en los casos, y previstas por su derecho, para la ejecución de solicitudes

presentadas con el mismo fin por autoridades nacionales o por una de las partes (artículo 11). La gran novedad introducida por el reglamento es la obtención directa de pruebas a través de videoconferencia o teleconferencia. Esta modalidad, que se encontraba ausente en los anteriores instrumentos de práctica de prueba suscritos por España, permite que el juez del Estado requirente pueda practicar la prueba a distancia y sin compulsión, directamente, evitando dejar dicha práctica en manos de un órgano jurisdiccional extranjero que está al margen de la tramitación del procedimiento.

Todos estos instrumentos mencionados mejoran el sistema de obtención de prueba a través de la comisión rogatoria interna y, en el caso del reglamento comunitario, la agilizan de forma considerable.

3. Las medidas cautelares en el arbitraje internacional

Uno de los puntos en los que el árbitro debe contar necesariamente con el auxilio judicial, es en lo que se refiere a la adopción de medidas cautelares.

En el ordenamiento español esta posibilidad ha sido regulada de diferente manera según la época considerada, y ha dado lugar a diferencias y cuestiones doctrinales, a fin de decidir si el auxilio judicial en este ámbito era posible sin desvirtuar el arbitraje, y cuál era su alcance, así como cuál era el papel del juez a la hora de adoptar las mismas.

En España, en la actualidad esta cuestión se encuentra regulada, aunque de una forma un tanto imprecisa, en la Ley de Arbitraje n.° 60/2003. Anteriormente, tal y como describe de forma pormenorizada Núria Mallandrich Miret,[30] la situación en España a este respecto era todavía más confusa. Así, en la LEC de 1881, que regulaba el arbitraje de

[30] Mallandrich Miret, Núria. *Medidas Cautelares y Arbitraje*. Barcelona: Atelier, 2010, pp. 29-78.

una forma marcadamente judicialista y procesal, no se hacía referencia alguna a la posibilidad de adoptar medidas cautelares, de tal manera que la doctrina de aquella época no llegó a plantearse la posibilidad de que los árbitros pudiesen tener la facultad de adoptar esas medidas.[31] En la Ley de Arbitrajes Privados de 1953 se guardaba igualmente un absoluto silencio acerca de la posibilidad de adoptar medidas cautelares.

Años más tarde, sin embargo, debido al incremento de los supuestos de arbitraje internacional, a la ratificación por España de convenios internacionales en materia de arbitraje,[32] y a la influencia de instrumentos igualmente internacionales de carácter no vinculante,[33] que influyen en los derechos comparados próximos a España, y que provocan una modificación de las legislaciones en lo que respecta a la posibilidad de la adopción de medidas cautelares por el árbitro con o sin ayuda judicial, tanto la opinión doctrinal como, finalmente, la normativa experimentaron una modificación en este sentido.

Dentro de los instrumentos aludidos, es preciso destacar el Convenio Europeo sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1961,[34] que indica expresamente en su artículo IV.4, lo siguiente: «Si una de las

---

31 *Vid. ad. ex.* PRIETO-CASTRO. *Cuestiones de Derecho Procesal.* Madrid: Reus, 1947, pp. 267-268.

32 *Convenio de Bruselas sobre embargo preventivo de buques* de 10 de mayo de 1952 (*BOE*, 5 de enero de 1954), en el que se permite que se pueda producir un embargo preventivo de buques, independientemente de que el procedimiento sea judicial o arbitral. *Convenio Europeo sobre Arbitraje Comercial Internacional,* hecho en Ginebra el 21 de abril de 1961, ratificado por España el 12 de mayo de 1975 (*BOE* n.º 238, 4 de octubre de 1975).

33 Reglamento de Arbitraje de la Cnudmi/Uncitral de 28 de abril de 1976 y la importante Ley Modelo de la Cnudmi/Uncitral, sobre Arbitraje Comercial Internacional de 21 de junio de 1985.

34 Estados Parte: Alemania, Albania, Austria, Azerbaiján, Bélgica, Bielorrusia, Bosnia -Herzegovina, Bulgaria, Burkina-Faso, Croacia, Cuba, Dinamarca, Eslovaquia, Eslovenia, España, Francia, Hungría, Italia, Kazajstán, Letonia, Luxemburgo, Antigua República Yugoslava de Macedonia, Montenegro, Polonia, República Checa, República Moldava, Rumania, Federación Rusa, Serbia, Turquía y Ucrania.

partes solicitase medidas provisionales o preventivas de conservación o seguridad ante una autoridad judicial, no deberá ello estimarse como incompatible con el acuerdo o compromiso arbitral, ni como un sometimiento del asunto al tribunal judicial para que éste resuelva en cuanto al fondo». Con ello se admite, no sólo que el tribunal arbitral pueda adoptar medidas cautelares, sino que, igualmente, el auxilio judicial en este aspecto no desvirtúa en modo alguno la sumisión a arbitraje.[35]

A pesar de ello, en España las nuevas tendencias con respecto a las medidas cautelares en el arbitraje no cuajaron en la Ley de Arbitraje n.° 36/1988, en la que únicamente se preveía en su artículo 50 la posibilidad de solicitarlas a los órganos jurisdiccionales, una vez que el laudo había sido dictado y, en el supuesto de que éste fuera impugnado, a través del recurso de anulación.

La regulación definitiva, que se encuentra recogida en la Ley de Arbitraje del 2003 (modificada por última vez en el año 2011), se halla claramente influenciada por la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional de la Cnudmi/Uncitral de 21 de junio de 1985, modificada el 7 de julio de 2006, entre otros aspectos, en lo que se refiere a la adopción de medidas cautelares. De hecho, en el artículo 17 de esta ley modelo, se indica, en primer lugar, que el tribunal arbitral tiene la *potestas* para adoptar medidas cautelares a instancia de cualquiera de las partes. Define, además, que entiende por medidas cautelares: «toda medida temporal, otorgada en forma o no de laudo, por lo que, en cualquier momento previo a la emisión del laudo por el que se dirima definitivamente la controversia, el tribunal arbitral ordene a una de las partes que: a) mantenga o establezca el *status quo* en espera de que se dirima la controversia; b) adopte medidas para impedir algún daño actual o inminente o el menoscabo del procedimiento arbitral, o que se abstenga de llevar a cabo ciertos actos que, probablemente, ocasionarían dicho daño o menoscabo al procedimiento arbitral; c) proporcione

[35] Ramos Menéndez, F. *Arbitraje y proceso internacional.* Barcelona: Bosch, 1987, pp. 183-200.

algún medio para preservar bienes que permitan ejecutar todo laudo subsiguiente; o d) preserve elementos de prueba que pudieran ser relevantes y pertinentes para resolver la controversia».

En sintonía con la norma citada, LA de 2003 regula esta cuestión de un modo similar, indicando en su artículo 23 que: «[…] salvo acuerdo en contrario de las partes, los árbitros podrán a instancia de cualquiera de ellas, adoptar las medidas cautelares que estimen necesarias respecto del objeto del litigio […]». Igualmente, se prevé el auxilio judicial a la hora de adoptar estas medidas, sin que vayan vinculadas como antes a la fase de ejecución/anulación del laudo, así en su artículo 8.3, se indica que «para la adopción judicial de medidas cautelares será tribunal competente el del lugar donde las medidas deban producir su eficacia, de conformidad con lo previsto en el artículo 724 de la Ley de Enjuiciamiento Civil».[36]

Por otro lado, a través del artículo 11.3 que indica: «El Convenio arbitral no impedirá a ninguna de las partes, con anterioridad a las actuaciones arbitrales o durante su tramitación, a solicitar de un tribunal la adopción de medidas cautelares ni a éste de concederlas», se deja meridianamente claro, por tanto, que la solicitud de auxilio judicial en este sentido, en ningún caso supone que se renuncie a la cláusula arbitral ni a la sumisión a arbitraje.

Vistas estas cuestiones y, a fin de desarrollar el sistema de auxilio judicial en lo que se refiere a la adopción de medidas cautelares, se van a abordar ahora las siguientes cuestiones: 1. Qué se entiende por medida cautelar; 2. Cuál es el reparto de papeles entre árbitro y juez a la hora de

[36] Que establece: «Cuando las medidas cautelares se soliciten estando pendiente un proceso arbitral o la formalización judicial del arbitraje, será tribunal competente el del lugar en que el laudo debe ser ejecutado; y, en su defecto, el del lugar donde las medidas deban producir su eficacia. Lo mismo se observará cuando el proceso se siga ante un tribunal extranjero, salvo lo que prevean los tratados».

acordar una medida cautelar; y 3. Cómo se instrumenta la adopción de una medida cautelar transfronteriza.

3.1. Concepto de medida cautelar en materia de arbitraje

Lo primero que es preciso tener en cuenta, es que las medidas cautelares son instrumentales; es decir, y tal y como indica el artículo 722 de la LEC, han de estar necesariamente vinculadas a un proceso judicial o arbitral, por lo que para que las partes puedan obtener la adopción de medidas cautelares, debe existir un proceso o éste debe estar a punto de iniciarse. Su función es la de asegurar que las pretensiones que se ejercitan en la demanda puedan ser efectivas, una vez se dicte la resolución sobre el fondo.

Como señala Núria Malladrich Miret, la doctrina internacional privatista española, se decanta por una interpretación amplia del concepto de medida cautelar en este ámbito, indicando que el concepto cubre: las medidas dirigidas a conservar pruebas; las medidas que tienden a estabilizar las relaciones jurídicas entre las partes durante el proceso; y, por último, las medidas dirigidas a preservar o crear un estado de hecho o de derecho que permita asegurar la ejecución efectiva de la sentencia.[37] Garcirmartín Alférez, dentro de esta corriente, precisa que las medidas que, a su juicio, puede adoptar un árbitro, dependen del «estatuto arbitral», pero que, salvo que tal estatuto ordene otra cosa, pueden consistir en cualquier medida que el árbitro considere necesaria para asegurar los intereses de las partes y que este autor clasifica las más habituales de la siguiente manera:

---

[37] Mallandrich Miret, N. *Medidas cautelares y arbitraje… Op. cit.* pp. 99-100. La autora, junto con otra parte de la doctrina, es partidaria de una interpretación estricta y considera que la adopción de medidas cautelares sólo es posible en la fase de reconocimiento y ejecución del laudo, en aras del aseguramiento de los bienes. Esta interpretación choca con el tenor del artículo 722 de la LEC, que indica claramente la posibilidad de solicitar medidas cautelares ante el juez a aquéllos que acrediten ser parte en un convenio arbitral con anterioridad a las actuaciones arbitrales o en el curso de un procedimiento arbitral pendiente en España.

1. Medidas provisionales anticipatorias, destinadas a prevenir un daño inminente, como la realización de determinados actos, ordenar el cumplimiento provisional del contrato, el nombramiento de un administrador provisional;

2. Medidas de aseguramiento de los bienes litigiosos (fundamentalmente, embargos preventivos, pero también conservación, almacenamiento o depósito de mercancías o acceso e inspección de maquinaria, entre otras); el árbitro las puede autorizar, sin perjuicio de que la práctica o ejecución coactiva, corresponda siempre a los tribunales estatales;

3. Otras medidas típicas del tráfico internacional que pueden ser ordenadas por el árbitro cuando no se lo prohíba el estatuto arbitral, tales como la exigencia a una de las partes, de no hacer público ningún aspecto del litigio que las opone, o la adopción de medidas del tipo *antisuit injunction*;

4. Medidas de hacer o no hacer (como la prohibición de cobro de garantías bancarias), amenazando su incumplimiento con una multa coercitiva;

5. Medidas de instrucción, que pueden adoptar los árbitros, pero carecen de competencia para dirigirse directamente frente a terceros; y, por último;

6. El árbitro también posee competencia para fijar las posibles indemnizaciones que se deriven de una medida cautelar ordenada injustamente.

Este autor finaliza indicando que, en conclusión, el árbitro puede adoptar un elenco de medidas cautelares o provisionales equivalente a las que puede adoptar cualquier juez estatal, siempre teniendo en cuenta

que los actos «ejecutivos» que lleven aparejadas esas medidas, son competencia exclusiva de los jueces.[38]

3.2. Concurrencia del juez y el árbitro ante la adopción de una medida cautelar[39]

La LA prevé la posibilidad de que los jueces y los árbitros sean competentes de forma concurrente para adoptar medidas cautelares en el arbitraje. De hecho, y a juicio de Garcimartín, ante el arbitraje el juez nacional actuaría como «foro especial» (referido a los tribunales del lugar en el que la medida ha de tomar efecto y que son distintos de aquéllos que están tramitando el procedimiento principal). Igualmente, para este autor es preciso tener en cuenta que:

a) El tribunal arbitral no es un tribunal permanente; su constitución requiere un lapso de tiempo durante el cual pueden ser necesarias medidas cautelares o provisionales;
b) El proceso arbitral es esencialmente contradictorio, con lo cual se sacrifica el «efecto sorpresa» típico de la tutela cautelar;
c) El árbitro no puede adoptar medidas que vinculen a terceros;
d) Y, por último, el árbitro no dispone de capacidad para imponer coactivamente las medidas; para ello requiere siempre la intervención de autoridades estatales. Todo ello justifica que, con mayor razón, los Estados ofrezcan la posibilidad de acudir a sus tribunales para solicitar medidas cautelares, aun cuando las partes hayan celebrado un acuerdo arbitral.[40]

Si la medida cautelar la adopta un árbitro, los presupuestos para adoptar tal medida están sometidos a la norma que gobierne el proceso

---

[38] Garcimartin Alférez, Francisco J. *El régimen de las medidas cautelares en el comercio internacional.* Madrid: McGraw-Hill, 1996, pp. 194-197.

[39] Eventualidad considerada y ampliamente desarrollada por Núria Mallandrich Miret, *Medidas cautelares y… Op. cit.,* pp. 160 y ss.

[40] Garcimartín Alférez, Francisco J. *Derecho Procesal Civil. Op. cit*., p. 353.

arbitral. Sin embargo, en la práctica tanto interna como internacional y salvo disposición en contrario, los árbitros exigen directamente al actor: a) un *fumus boni iuris* (apariencia de buen derecho) que se suele apreciar a la luz de la ley aplicable al fondo del asunto; b) la exigencia de un *periculum in mora* (riesgo de perjuicio irreparable o de agravamiento sustancial de la situación si no se adopta la medida) y c) dependiendo de la medida solicitada, el depósito de una caución.[41]

Si las partes no han convenido nada en contrario, la LA les permite que, alternativamente, puedan elegir para la adopción de medidas cautelares entre acudir a un árbitro o a los órganos judiciales, dentro de las facultades que para la adopción de las mismas tengan uno y otro.

El problema que se plantea, entonces, es el de que sucede si una parte solicita la adopción de una misma medida cautelar, simultáneamente, ante el árbitro y el juez, puesto que, a la sazón, se podrían producir resoluciones contradictorias.

Teóricamente, esta posibilidad no se puede producir, puesto que al indicar la exposición de motivos de la LA que: «las potestades arbitral y judicial en materia cautelar son alternativas y concurrentes, sin perjuicio del juego del principio de buena fe procesal», ello impide que las partes puedan aprovecharse de la flexibilidad legislativa para duplicar las posibilidades de éxito de la solicitud a través de la presentación de más de una solicitud ante distintos órganos.

A pesar de lo expuesto, la posibilidad real de que se puedan otorgar medidas cautelares contradictorias, existe desde el momento en el que cada una de las partes pueda solicitar medidas cautelares, bien ante el árbitro o bien ante el juez, y no sea el mismo órgano el que resuelva.

En este caso (siempre que exista esa contradicción, porque una de las partes solicite las medidas ante el árbitro, y la otra parte, medidas

---

[41] GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco J. *Derecho Procesal Civil. Op. cit.*, p. 355.

contradictorias ante el juez) prevalecerá la medida que se adoptó con anterioridad, respecto a la posterior, independientemente de cuál sea el órgano que la adoptó.

3.3. La adopción y el reconocimiento de medidas cautelares en los arbitrajes transfronterizos

a) Adopción de medidas cautelares y auxilio judicial

En este caso se va a analizar el supuesto de un arbitraje que se está tramitando en el extranjero, en el que se ordena una medida cautelar que debe adoptarse en España. El artículo 722 de la LEC (*Medidas cautelares en un procedimiento arbitral y litigios extranjeros*), prevé la posibilidad de que:

> Sin perjuicio de las reglas especiales previstas en los Tratados y Convenios o en las normas comunitarias que sean de aplicación, también podrá solicitar de un tribunal español por quien acredite ser parte de un proceso jurisdiccional o arbitral que se siga en un país extranjero, la adopción de medidas cautelares si se dan los presupuestos legalmente previstos, y salvo en los casos en que para conocer del asunto principal, fuesen exclusivamente competentes los tribunales españoles.

De este enunciado se deduce que la parte en un arbitraje que se esté tramitando en el extranjero, interesada en que se adopte una medida cautelar en España, puede solicitarla directamente ante el juez español.

De hecho, este artículo establece una regulación paralela a la establecida por el artículo 31 del Reglamento (CE) n.° 44/2001[42] que indica: «Podrán solicitarse medidas provisionales o cautelares previstas por la ley de un Estado miembro a las autoridades judiciales de dicho

[42] Del Consejo del 22 de diciembre del 2000 «relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil» (*DOUE* del 16 de enero del 2001).

Estado, incluso si, en virtud del presente reglamento, un tribunal de otro Estado miembro fuere competente para conocer sobre el fondo». Naturalmente, esta afirmación depende de que la ley aplicable al arbitraje, si no es la española, permita esta posibilidad.[43]

Pero, la cuestión que hay que plantearse, es la de si es ésta la única posibilidad, o caben otras que impliquen el auxilio judicial. Es decir, ¿es posible que la parte acuda al juez o al árbitro extranjero, para que sean éstos los que soliciten la medida cautelar ante el juez español? No parece que la respuesta a esa pregunta pueda ser afirmativa para la adopción de estas medidas que no han sido ordenadas por el árbitro o tribunal estatal. La cuestión se traslada, necesariamente, al reconocimiento de las medidas cautelares ya adoptadas en el lugar en el que se está tramitando el procedimiento arbitral y que será abordado en el apartado siguiente.

b) Reconocimiento de resoluciones judiciales que acuerdan una medida cautelar en los arbitrajes transfronterizos

No se puede perder de vista que, si bien el árbitro puede acordar una medida cautelar, para que ésta sea coercitiva y se haga efectiva en contra de la voluntad de alguna de las partes, es preciso, como se ha verificado anteriormente, el auxilio judicial. Esta afirmación resulta especialmente cierta, cuando hablamos de medidas cautelares en el ámbito de un arbitraje transfronterizo, por lo que en ese caso, la decisión que acuerde medidas cautelares en el país de origen, sea judicial o arbitral, debe superar el trámite del exequátur en el país en el que esa medida tenga que desplegar sus efectos.

Si la decisión que se trata de reconocer es judicial (la parte ha acudido al auxilio en el país en el que se estaba tramitando el arbitraje y el juez patrio ha acordado la medida); en el caso de España, el sistema de

---

[43] CORDÓN MORENO, F. *Arbitraje y jurisdicción: algunas cuestiones polémicas*. Cizur Menor: Thomson Reuters, 2010, pp. 183 y ss. Y con referencia al artículo 722, p. 186.

reconocimiento de las resoluciones judiciales, en ausencia de convenio o instrumento internacional, está contenido en los artículos 951 a 958 de la LEC de 1881, todavía aplicable al reconocimiento de sentencias extranjeras, en tanto no se apruebe la prometida Ley de Cooperación Jurídica Internacional.

Si se trata de medidas cautelares, a la hora de obtener el exequátur nos encontramos con un serio escollo, puesto que el artículo 951 de la LEC de 1881, exige como condición imprescindible para el reconocimiento de que la sentencia extranjera sea firme, una medida cautelar que es intrínsecamente provisional y mutable; lo cual difícilmente permite que se pueda reconocer en estas condiciones.

La doctrina internacional privatista, a pesar de poner de manifiesto lo incoherente que resulta esta regulación, claramente obsoleta en el contexto actual,[44] no tiene más remedio que admitir que con la regulación hoy en día vigente, resulta difícil sostener la posibilidad del reconocimiento de dichas medidas en nuestro régimen de reconocimiento puramente interno.[45]

Aparte de la regulación autónoma española existen convenios bilaterales suscritos por España que se ocupan del reconocimiento de sentencias y en cuyo ámbito material no está excluido el arbitraje. Estos convenios tienen una nota común que impide que se puedan aplicar al reconocimiento de decisiones que acuerdan una medida cautelar, la exigencia de firmeza, que es ineludible y que imposibilita que tal medida acordada por el juez de origen pueda ser efectiva en el Estado requerido.

---

[44] Garcimartín Alférez, F. *El régimen de las medidas cautelares… Op. cit.,* pp. 135-139.

[45] Calvo Caravaca, A.L. y J. Carrascosa. *Derecho Internacional Privado*. Granada: Comares, 2008, 9.ª edición, vol I, p. 496; Fernández Rozas, J.C. y S. Sánchez Lorenzo. *Derecho Internacional Privado.* Madrid: Civitas, 2001, 2.ª edición, p. 296.

Existen, sin embargo, dos normas: un instrumento comunitario y un convenio internacional que, sorpresivamente, van a ser de aplicación a la cuestión que nos ocupa:

- Reglamento (CE) n.º 44/2001, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales;[46] y

- El Convenio de Lugano de 2007, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales.[47]

Estas dos normas paralelas que constituyen lo que se ha denominado «sistema Bruselas-Lugano», no deberían ser tenidos siquiera en consideración, puesto que en sus respectivos artículos 1, se indica que entre las materias excluidas, se encuentra el arbitraje.[48]

Sin embargo, la Stjce de 17 de noviembre de 1998, asunto n.º C-319/95 (*Van Uden Maritime BV vs. Deco-Line*), en el marco del Convenio de Bruselas de 1968, Convenio que fue sustituido por el

---

[46] DO n.º L 012 de 16 de enero de 2001. Corr. Errores, DO n.º L 307 de 24 de noviembre de 2001; DO n.º L 176, de 5 de julio de 2002; modif. DO n.º L 225 de 22 de agosto de 2002; modif. DO n.º L 236 de 23 de septiembre de 2003; modif. DO n.º L 381 de 28 de diciembre de 2004; modif. DO n.º L 93 de 7 de abril de 2009; modif. DO n.º L 119 de 13 de mayo de 2010; modif. DO, n.º L 50 de 23 de febrero de 2012.

[47] DOUE n.º L 339 de 21 de diciembre de 2007.

[48] El artículo 1 de ambos instrumentos establece: «1. El presente Reglamento se aplicará en materia civil y mercantil con independencia de la naturaleza del órgano jurisdiccional. No incluirá, en particular, las materias fiscal, aduanera y administrativa. 2. Se excluirá del ámbito de aplicación del presente Reglamento: a) el estado y la capacidad de las personas físicas, los regímenes matrimoniales, los testamentos y las sucesiones; b) la quiebra, los convenios entre quebrado y acreedores y demás procedimientos análogos; c) la seguridad social; **d) el arbitraje.** La exclusión de la materia arbitral continúa en el Reglamento (UE) n.º 1215/2012 que sustituirá al Reglamento n.º 44/2001 y que será de aplicación a partir del 15 de enero de 2015.

Reglamento n.° 44/2001 y que, igualmente, excluía de su ámbito material el arbitraje, modifica esta afirmación inicial, al interpretar que se aplican las normas del Convenio (y ahora, del Reglamento), a las medidas cautelares que garanticen un proceso de arbitraje, a pesar de ser el propio arbitraje una materia excluida.[49]

En su razonamiento la Sentencia afirma:

> 33. No obstante, procede señalar a este respecto que, en principio, el objetivo de las medidas provisionales no es aplicar un procedimiento arbitral, sino que se adoptan paralelamente a tal procedimiento y están destinadas a apoyarlo. En efecto, el objeto de estas medidas no se refiere al arbitraje como materia, sino a la salvaguardia de derechos de naturaleza muy variada. Su inclusión en el ámbito de aplicación del Convenio (LCEur 1982\665) viene determinada, no por su propia naturaleza, sino por la naturaleza de los derechos cuya salvaguardia garantizan (véase la Sentencia de 26 de marzo de 1992 [TJCE 1992\73], Reichert y Kockler, C-261/1990, Rec. pg. I-2149, apartado 32).
> 34. Por tanto, procede llegar a la conclusión de que, en la medida en que el objeto de una demanda de medidas provisionales se refiere, como en el procedimiento principal, a una cuestión comprendida dentro del ámbito de aplicación material del Convenio (LCEur 1982\665), este último se aplica y su artículo 24 puede fundamentar la competencia del juez de medidas provisionales aunque ya se haya iniciado o pueda iniciarse un procedimiento sobre el fondo, incluso aunque este procedimiento deba desarrollarse ante árbitros.

Parece, entonces, que queda claro que en el ámbito Bruselas-Lugano, si bien está excluido el arbitraje *per se*, el TJCE ha indicado que

[49] La jurisprudencia del TJCE es también aplicable al Convenio de Lugano. en virtud del Protocolo n.° 2 de dicho Convenio y que también en medidas cautelares será aplicable al nuevo Reglamento n.° 1215/2012 que no modifica el contenido de la norma a la que sustituye.

no lo están las medidas que, dentro del ámbito material de estos instrumentos, deban garantizar el cumplimiento de las obligaciones de las partes. Ello en lo que se refiere a la adopción de las medidas cuando se solicitan ante los tribunales de un Estado miembro, pero ¿qué sucede en sede de reconocimiento y ejecución de las medidas adoptadas en otro Estado miembro?

Lo primero que hay que tener en cuenta es que el Reglamento de Bruselas I (y también el Convenio de Lugano) permite el reconocimiento de una resolución que acuerde medidas cautelares, al no exigir como imprescindible el requisito de firmeza, puesto que en su artículo 37 se prevé la suspensión del procedimiento de reconocimiento en el Estado requerido, si la resolución que se pretendiese reconocer fuese objeto de un recurso en el Estado de origen.

Esta posibilidad de reconocimiento, de hecho, ha sido admitida por el TJCE, aunque no de forma absoluta, y ha sido acotada por el alto tribunal a aquellas medidas cautelares que no hayan sido adoptadas *ex parte,* es decir, sin audiencia de la parte contraria.[50] Así, sólo se podrán reconocer las medidas que se hayan adoptado en un procedimiento contradictorio tras dar audiencia a la parte contra la que se adopten. Es así que, si se utiliza esta vía, se pierde el efecto sorpresa que es esencial, generalmente, para que la medida cautelar sea efectiva.

c) Reconocimiento de resoluciones arbitrales que acuerdan una medida cautelar en los arbitrajes transfronterizos

Si la medida cautelar ha sido adoptada por un árbitro y se pretende reconocer en España, el cauce es otro. Algún autor como Garcimartín Alférez se ha cuestionado la posibilidad de acudir al auxilio judicial, en el sentido de que sea el tribunal arbitral extranjero el que se dirija al juez español solicitando la ejecución de la medida.

---

[50] Asunto n.º 125/79, del 21 de mayo de 1980, *Recueil*, pp. 731 y ss.

Si bien este autor indica que en otros Estados (*v.gr.*, Suiza), tal cooperación sería posible, entiende que con la regulación española resulta imposible la obtención del reconocimiento a través de esta vía.[51] Por lo tanto, el único camino que queda para hacer efectivas estas medidas cautelares transfronterizas arbitrales, sería, al igual que lo que ocurría con las judiciales, el reconocimiento de las mismas en España, a instancia de parte.

La diferencia con respecto al sistema analizado en el apartado anterior, radica en la normativa aplicable al reconocimiento que, en el caso de España, es *El Convenio sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras*, hecho en Nueva York el 10 de junio de 1958 (*BOE* n.° 164, del 11 de julio de 1977).[52]

---

[51] Garcimartín Alférez, F. *El régimen de las medidas… Op. cit.*, p. 198.

[52] Estados Parte: Afganistán, Albania, Alemania, Antigua y Barbuda, Arabia Saudí, Argelia, Argentina, Armenia, Australia, Austria, Azerbaiyán, Bahamas, Bahréin, Bangladesh, Barbados, Bélgica, Benín, Bielorrusia, Bolivia, Bosnia-Herzegovina, Botswana, Brasil, Brunei, Darussalam, Bulgaria, Burkina Faso, Camboya, Camerún, Canadá, Colombia, Corea, Costa de Marfil, Costa Rica, Croacia, Cuba, Chile, China (Hong Kong), Chipre, Dinamarca, Djibuti, Ecuador, Egipto, El Salvador, Emiratos Árabes Unidos, Eslovaquia, Eslovenia, España, Estados Unidos, Estonia, Ex República Yugoslava de Macedonia, Fidji, Filipinas, Finlandia, Francia, Gabón, Georgia, Ghana, Grecia, Guatemala, Guinea, Haití, Holanda, Honduras, Hungría, India, Indonesia, Irán, Irlanda, Islandia, Islas Cook, Islas Marshall, Israel, Italia, Jamaica, Japón, Jordania, Kazajstán, Kenia, Kirguistán, Kiribati, Kuwait, Laos, Lesoto, Letonia, Líbano, Liberia, Liechtenstein, Lituania, Luxemburgo, Madagascar, Malasia, Maldivas, Mali, Malta Marruecos, Mauricio, Mauritania, México, Moldavia, Mónaco, Mongolia, Montenegro, Mozambique, Myanmar, Nepal, Nicaragua, Níger, Nigeria, Noruega, Nueva Zelanda, Omán, Pakistán, Panamá, Paraguay, Perú, Polonia, Portugal, Qatar, Reino Unido, Republica Centroafricana, República Checa, República Dominicana, Ruanda, Rumania, Rusia, San Cristóbal y Nieves, San Marino, San Vicente y las Granadinas, Santa Sede, Santo Tomé y Príncipe, Senegal, Serbia, Singapur, Siria, Sri Lanka, Sudáfrica, Suecia, Suiza, Tailandia, Tanzania, Tayikistán, Trinidad y Tobago, Túnez, Turquía, Uganda, Ucrania, Uruguay, Uzbequistán, Venezuela, Vietnam, Zambia y Zimbawe.

Este Convenio es, en lo que se refiere a España, *erga omnes*; es decir, se aplica al reconocimiento de sentencias arbitrales provenientes de cualquier Estado del mundo, sin necesidad de que sea un Estado contratante. Ello se debe a que España —a diferencia de otros Estados— no hizo la reserva al respecto, de limitar su aplicación interpartes. La cuestión ahora es dilucidar si se puede aplicar este instrumento a las decisiones arbitrales sobre medidas cautelares.

Como señala Malladrich Miret en este punto, la doctrina está dividida entre los que consideran que el Convenio de Nueva York sólo permite que se reconozcan las «sentencias arbitrales» (artículo 1.1); es decir, aquéllas que tengan la forma de laudos definitivos y no se aplica a ninguna otra resolución arbitral, y aquéllos que sí defienden dicha aplicación, indicando que el CNY persigue facilitar el reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales en terceros Estados; y para ello es preciso, en aras a una interpretación flexible, admitir también el reconocimiento de las resoluciones que acuerden estas medidas.[53]

Entre los autores que apoyan esta interpretación se encuentra Garcimartín que indica, igualmente, que el Convenio no exige en ningún lugar la firmeza del laudo o sentencia arbitral, sino que la decisión sea obligatoria para las partes. Por lo tanto, desde un punto de vista lógico, si se admite la competencia del tribunal arbitral para adoptar medidas cautelares, parece congruente admitir después su reconocimiento y ejecución, puesto que dichas medidas sirven para asegurar una tutela judicial efectiva, y nadie mejor que quien debe juzgar el fondo del asunto para apreciar su necesidad y la intensidad que deben revestir.

Del mismo modo, el reconocimiento de las medidas extranjeras es plenamente congruente con la regulación de la LA, que permite a los árbitros adoptarlas y contempla el auxilio judicial para su ejecución

---

[53] MALLANDRICH MIRET, N., p. 294. Polémica que también ha puesto de manifiesto GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. *Derecho Procesal Civil Internacional*. Cizur Menor: Aranzadi, 2.ª edición, p. 353.

forzosa. Las medidas cautelares pueden ser adoptadas por los árbitros como recomendaciones, órdenes motivadas o como laudos (parciales). Según lo que expresa el artículo 23.2 de la LA, la denominación de la resolución no debe ser un obstáculo para permitir su reconocimiento en España, siempre que sea obligatoria.[54]

La segunda corriente es la que, sin duda, se acerca más a la coherencia de panorama actual del comercio internacional y, lo que realmente es preciso averiguar, es si es posible con la regulación vigente en España, efectuar dicho reconocimiento y tal interpretación del Convenio de Nueva York.

Para ello hay que considerar las normas existentes y, en primer lugar, el artículo 17.H de la Ley Modelo de la Cnudmi/Uncitral, que en su versión del año 2006 indica:

> 1. Toda medida cautelar ordenada por un tribunal arbitral se reconocerá como vinculante y, salvo que el tribunal arbitral disponga otra cosa, será ejecutada al ser solicitada tal ejecución ante el tribunal competente, cualquiera que sea el Estado en donde haya sido ordenada, y a reserva de lo dispuesto en el artículo 17.I (motivos de denegación del reconocimiento de una resolución).

Esta nueva versión equipara la decisión arbitral que ordena una medida cautelar al laudo, exigiendo que sea ejecutada sin tener en cuenta si se ha dictado en España o por un tribunal arbitral extranjero.

Por otro lado, el artículo 23 de la LA expresa literalmente que:

> A las decisiones arbitrales sobre medidas cautelares, cualquiera que sea la forma que revistan, les serán de aplicación las normas sobre anulación y ejecución forzosa de los laudos.

---

[54] Garcirmartín Alférez, F. *Derecho Procesal Civil… Op. cit.*, p. 762.

Y el artículo 8.6 de la misma ley en su versión del año 2011 habla de la competencia para «El reconocimiento de laudos o resoluciones arbitrales […]».

Vista esta regulación, la conclusión a la que aquí se llega, es que con arreglo a la norma vigente, artículo 23.2 de la LA, interpretada a la luz de la nueva redacción del artículo 17 de la Ley Modelo de la Cnudmi/Uncitral, se puede sostener en este caso que aquellas medidas cautelares adoptadas por un árbitro en un procedimiento arbitral tramitado en el extranjero, se pueden reconocer y ejecutar en España, siempre y cuando no incurran en ningún motivo de no reconocimiento en nuestro país, que contenga un mandato a las partes que sea ejecutable fuera del procedimiento arbitral; y que, según la ley aplicable, dicha decisión sea obligatoria para las partes.[55]

---

[55] Que fundamentalmente serían los recogidos en el artículo 17.I de la Ley Modelo de la Uncitral, que aunque no es vinculante, sí servirá ante ausencia de regulación española para este supuesto de medidas cautelares, para que el juez español los tenga en cuenta para conceder o denegar el exequátur de dichas medidas: 1) Podrá denegarse el reconocimiento o la ejecución de una medida cautelar únicamente: a) si, al actuar a instancia de la parte afectada por la medida, al tribunal le consta que: i) dicha denegación está justificada por alguno de los motivos enunciados en los incisos i), ii) o iv) del apartado a) del párrafo 1) del artículo 36 (36.1. «Sólo podrá denegarse el reconocimiento o la ejecución de un laudo arbitral, cualquiera que sea el país en que se haya dictado: a) a instancia de la parte contra la cual se invoca, cuando esta parte pruebe ante el tribunal competente del país en que se pide el reconocimiento o la ejecución: i) que una de las partes en el acuerdo de arbitraje a que se refiere el artículo 7 estaba afectada por alguna incapacidad, o que dicho acuerdo no es válido en virtud de la ley a que las partes lo hayan sometido, o si nada se hubiera indicado a este respecto, en virtud de la ley del país en que se haya dictado el laudo; o ii) que la parte contra la cual se invoca el laudo no haya sido debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales o no haya podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos; iv) que la composición del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo celebrado entre las partes o, en defecto de tal acuerdo, que no se han ajustado a la ley del país donde se efectuó el arbitraje»); ii) no se ha cumplido la decisión del tribunal arbitral sobre la prestación de garantía que corresponda a la medida cautelar otorgada por el tribunal arbitral; o iii) la medida cautelar ha

4. Reconocimiento de los laudos arbitrales extranjeros

La tercera y última parte de este artículo se refiere al reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales extranjeros, para lo cual se precisa la cooperación judicial.

En España las normas aplicables al reconocimiento de los laudos extranjeros, son las siguientes:

- *El Convenio sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras*, hecho en Nueva York el 10 de junio de 1958.

- Y los convenios bilaterales de reconocimiento suscritos por España, que contemplan en su ámbito material el reconocimiento de laudos arbitrales y que no dan preferencia al Convenio de Nueva York (como sucede con China y Bulgaria) y que son los suscritos con: Suiza, Francia, Italia, Checoslovaquia (aplicable en la actualidad a las Repúblicas Checa y Eslovaca), México, Brasil, Marruecos y Uruguay.

---

sido revocada o suspendida por el tribunal arbitral o, en caso de que esté facultado para hacerlo, por un tribunal del Estado en donde se tramite el procedimiento de arbitraje o conforme a cuyo derecho dicha medida se otorgó; o b) si el tribunal resuelve que la medida cautelar es incompatible con las facultades que se le confieren, a menos que dicho tribunal decida reformular la medida para ajustarla a sus propias facultades y procedimientos a efectos de poderla ejecutar sin modificar su contenido; o bien que ii) alguno de los motivos de denegación enunciados en los incisos i) o ii) del apartado b) del párrafo 1) del artículo 36 es aplicable al reconocimiento o ejecución de una medida cautelar (artículo 36 b): cuando el tribunal compruebe: i) que, según la ley de este Estado, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje; o ii) que el reconocimiento o la ejecución del laudo serían contrarios al orden público de este Estado); 2) Toda determinación a la que llegue el tribunal respecto de cualquier motivo enunciado en el párrafo 1) del presente artículo será únicamente aplicable para los fines de la solicitud de reconocimiento y ejecución de la medida cautelar. El tribunal al que se solicite el reconocimiento y la ejecución no podrá emprender, en el ejercicio de dicho cometido, una revisión del contenido de la medida cautelar.

En cuanto a la compatibilidad de estos convenios, el artículo VII.1 del Convenio de Nueva York, establece que:

> Las disposiciones de la presente Convención no afectarán la validez de los acuerdos multilaterales o bilaterales relativos al reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales concertados por los Estados contratantes, ni privarán a ninguna de las partes interesadas de cualquier derecho que pudiera hacer valer una sentencia arbitral, en la forma y medida admitidas por la legislación o los tratados del país donde dicha sentencia se invoque.

Por lo tanto, este instrumento no impedirá la aplicación de cualquier otro que favorezca en mayor medida el reconocimiento de los laudos arbitrales extranjeros.

En el ámbito jurisprudencial, el Tribunal Supremo ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la compatibilidad de los instrumentos en numerosas ocasiones, decantándose, en caso de pluralidad de normas, por el Convenio de Nueva York, en virtud de los criterios de eficacia máxima, favorecimiento del exequátur y especialidad material.[56]

En un caso concreto referente al reconocimiento de un laudo proveniente de la República Checa,[57] el Tribunal Supremo interpreta que el Convenio de Nueva York prevalece sobre el convenio bilateral. La parte

---

[56] *Vid*., *v.gr*. ATS del 13 de noviembre del 2001 (RJ/2002/1513) en el que en su Antecedente de Hecho, primero se afirma literalmente: «De los referidos Convenios [CNY y bilateral con Checoslovaquia], resulta preferible el Convenio de Nueva York, pues aunque el convenio bilateral es de fecha posterior a la de éste, el principio de eficacia máxima y de favorecimiento del "exequátur", así como la especialidad de su objeto conducen, en casos como el presente, a dar preferencia al multilateral, tal y como esta Sala ha tenido la oportunidad de puntualizar en ocasiones anteriores, en los que la concurrencia normativa se resolvió atendiendo a los indicados criterios (ver AATS 16-4-1998 en exequátur n.° 3868/1992, 17-02-1998 en exequátur n.° 3587/1996 y 7-7-1998 en exequátur n.° 1678/1997).

[57] ATS del 13 de noviembre del 2001 (RJ/2002/1513).

que se opone a la utilización del Convenio de Nueva York e invoca la aplicación del bilateral, indica que este último es el que favorece más la ejecución del laudo, al permitir que se invoque ante el juzgado de primera instancia frente al Convenio de Nueva York, que se remite al proceso interno de los Estados miembros, y que en aquel momento en España obligaba a acudir a un exequátur ante el Tribunal Supremo.

El razonamiento del Tribunal Supremo, para rechazar este argumento, consiste en que el Convenio de Nueva York, en su conjunto, es más favorable al reconocimiento; por lo tanto, la parte que se opone al mismo, no puede invocar una infracción del procedimiento de reconocimiento para evitar el exequátur, amparándose en el convenio bilateral, porque en el concreto caso considerado, ello vulneraría la regla, implícita en todo el sistema, de favorecer en lo posible el reconocimiento de los laudos.

Es interesante, igualmente, reseñar las dificultades con las que, en ocasiones, se encuentran nuestros tribunales a la hora de interpretar correctamente las normas de compatibilidad de los convenios internacionales, y ello queda reflejado en el ATSJ de Navarra de 30 de mayo de 2012.[58] En este caso se planteaba si a las normas de procedimiento, se debía aplicar el convenio bilateral con China, que otorgaba la competencia territorial a los juzgados de primera instancia o, el Convenio de Nueva York que, debido a las normas de remisión al procedimiento interno, daba competencia funcional, en ese momento, a los TSJ (artículo 8.6 LA).

Aquí el TSJ de Navarra se declara indebidamente incompetente porque no comprende que el convenio bilateral con China se autoexcluye en favor del Convenio de Nueva York y, por lo tanto, esta exclusión provoca que a la cuestión de procedimiento interno deba aplicarse la interna española en virtud de la remisión por este último.

---

[58] Auto n.º 5/2012 de la Sala de lo Civil y Penal, Sección 1.ª

El error en el que incurre el TSJ, es el de aplicar parcial y simultáneamente de forma incorrecta el Convenio de Nueva York y el convenio bilateral.[59]

4.1. El Convenio de Nueva York de 1958

a) Sistema establecido por el Convenio

Como ya se indicó cuando se abordó la cuestión de las medidas cautelares, el Convenio de Nueva York es para España un convenio *erga omnes*, en el sentido de que se aplica al reconocimiento de los laudos arbitrales sin ninguna condición de reciprocidad y aunque provengan de un Estado no contratante. Ello es así porque España, a diferencia de otros Estados firmantes como *v.gr*. Alemania, Bulgaria, Francia, Estados Unidos de América, Marruecos o Singapur, entre otros, no condiciona la aplicación de este Convenio a la existencia de reciprocidad (posibilidad contemplada en el artículo I.3).

Igualmente, España aplica el Convenio al reconocimiento de cualquier laudo extranjero, sea de la materia que sea, puesto que tampoco realizó la «reserva comercial» contemplada en ese mismo artículo. Por lo tanto, la norma básica para el reconocimiento de laudos en España, es el Convenio ahora considerado y no nuestra LEC de 1881 (artículos 951 a 958), sin perjuicio de que, eventualmente, se puedan aplicar otras normas en virtud del artículo VII de dicho Convenio que indica:

---

[59] Indicando que: «Por fin, la remisión que hace el artículo 24.2 del Tratado con China a la Convención de Nueva York de 10 de junio de 1958 para nada altera nuestra argumentación, pues el artículo III de esta Convención se remite, a su vez, a "las normas de procedimiento vigentes en el territorio donde la sentencia sea invocada", y ya hemos explicado la letra y la interpretación jurisprudencial de nuestro derecho, que siempre otorga prioridad a "lo dispuesto en nuestros tratados". Apreciamos, en definitiva, la falta de competencia objetiva de esta Sala para conocer de la solicitud de exequátur que nos ha ocupado».

> 1. Las disposiciones de la presente Convención no afectarán a la validez de los acuerdos multilaterales o bilaterales relativos al reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales concertados por los Estados contratantes ni privarán a ninguna de las partes interesadas de cualquier derecho que pudiera tener a hacer valer una sentencia arbitral en la forma y medida admitidas por la legislación o los tratados del país donde dicha sentencia se invoque.

Esta cláusula lo que pretende es la eficacia máxima del laudo y favorecer su reconocimiento, con lo cual deja a salvo la posible existencia de una norma, presente o futura, que pueda ser aplicable a un reconocimiento más eficaz que el propio Convenio de Nueva York.

El Convenio de Nueva York no define qué se entiende por laudo o sentencia arbitral, interpretándose, entonces, por la doctrina y la jurisprudencia que se trata de un concepto amplio, con el requisito de que sea vinculante (en sentido procesal) para las partes, y dictada por un tercero nombrado directa o indirectamente por las mismas, que tenga el carácter de árbitro y no de amigable componedor.

Como indican Virgós Soriano y Garcimartín Alférez, quedan fuera del régimen de reconocimiento del Convenio de Nueva York, las transacciones arbitrales, salvo que lo convenido se incorpore al laudo y adquiera la fuerza de éste.[60]

El instrumento considerado no contiene normas de procedimiento, sino tan sólo las condiciones que debe cumplir un laudo para poder ser reconocido. En el caso de España, esto implica que se aplicarán, por indicación del artículo 46 de la LA, las normas de los artículos 955 a 958 de la LEC de 1881, en lo que se refiere al procedimiento de exequátur, y la ejecución del laudo reconocido se efectuará de acuerdo a lo establecido en nuestras normas internas aplicables a la ejecución.

---

[60] Virgós Soriano, M. y F. Garcimartín Alférez. *Derecho Procesal Civil… Op. cit.,* p. 763.

Anteriormente a la reforma que la LA llevó a cabo la Ley n.° 11/2011, la competencia funcional para el reconocimiento de los laudos extranjeros correspondía (como en el caso de las sentencias extranjeras) a los Juzgados de Primera Instancia, pero en la actualidad el artículo 8.6 de la mencionada LA establece que:

> Para el reconocimiento de laudos o resoluciones arbitrales extranjeros, será competente la Sala de lo Civil y de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma del domicilio o lugar de residencia de la parte frente a la que se solicita el reconocimiento, o del domicilio o lugar de residencia de la persona a quien se refieran los efectos de aquéllos, determinándose subsidiariamente la competencia territorial por el lugar de ejecución o de aquellos laudos o resoluciones arbitrales deban producir sus efectos.

Para que un laudo pueda ser reconocido, el Convenio de Nueva York establece que debe cumplir una serie de condiciones, o más bien indica cuáles son los defectos de los que no debe adolecer para ello; así, sólo se podrá denegar el reconocimiento y ejecución del laudo básicamente cuando:

- Las partes en el acuerdo arbitral estaban sujetas a alguna incapacidad (artículo v.1.a).

- El acuerdo arbitral no era válido de acuerdo con la ley que le fuese aplicable (artículo v.1.a).

- Defecto de notificación de la parte contra la que se quiere reconocer el laudo o vulneración de sus derechos de defensa (artículo v.1.b).

- Incongruencia de la sentencia arbitral (artículo v.1.c).

- Defectuosa formación del tribunal arbitral (artículo v.1.d).

- Defectuoso desarrollo del procedimiento arbitral (artículo v.1.d).

- Que la sentencia no sea aún obligatoria para las partes (artículo v.1.e).

- Que la sentencia haya sido anulada o suspendida (artículo v.1.e).

Igualmente, en el Estado requerido se podrá denegar, de oficio, el reconocimiento del laudo cuando:

- Según su ley interna el objeto de la diferencia no es susceptible de solución por vía de arbitraje (artículo v.2.a).

- Sea contrario al orden público del país (artículo v.2.a).

Es preciso reiterar que el Convenio de Nueva York lo que persigue es facilitar el reconocimiento y la ejecución del laudo, con lo que las condiciones del artículo v.1 son motivos de denegación que debe probar quien se oponga a la ejecución del laudo. Por lo tanto, quien desee su reconocimiento, lo único que debe es aportar la prueba de la existencia del laudo y del previo acuerdo arbitral, mientras que la carga de la prueba de que concurre alguno de los motivos de no reconocimiento del Convenio de Nueva York, corresponde a la parte que se opone a dicho reconocimiento.[61]

Para iniciar el procedimiento de exequátur, la parte que lo desea debe aportar, según se establece por el artículo iv del Convenio de Nueva York, los siguientes documentos:

---

[61] Para más información http://www.newyorkconvention.org/publications/commentary.

a) El original debidamente autenticado de la sentencia o una copia de ese original que reúna las condiciones requeridas para su autenticidad; y

b) El original del acuerdo a que se refiere el artículo II o una copia que reúna las condiciones requeridas para su autenticidad.

Se exige, igualmente, en el apartado 2 de ese artículo, la aportación de la traducción de los documentos si estuviesen redactados en un idioma distinto al del Estado requerido.

El Convenio no establece qué entiende por autenticidad, dejando que sea cada uno de los Estados parte que exijan los requisitos que establezca su propia normativa. En general, se suele admitir por los Estados firmantes del Convenio, en el caso de los arbitrajes institucionales (que son la mayoría) las certificaciones hechas por la secretaría general de la institución arbitral.

Mayores problemas provoca la exigencia de la aportación del convenio arbitral en los casos en los que tal cláusula compromisoria se haya producido a través de canje de cartas, telegramas, o lo que es más habitual en la práctica internacional moderna, correos electrónicos o cualesquiera otros medios virtuales. Esta exigencia de aportación del convenio arbitral ha de ser interpretada con la suficiente amplitud de que le quede constancia clara al tribunal de la voluntad de ambas partes de someterse a arbitraje, siendo *v.gr.* una prueba de la existencia del convenio arbitral, el que la parte que se opone al reconocimiento del laudo, no se haya opuesto a la validez del acuerdo en la sustanciación del procedimiento arbitral.

Así, en un extenso y fundamentado Auto, el Juzgado de Primera Instancia en Instrucción de Rubí de 11 de junio de 2007,[62] ante la alegación de la parte que se opone al reconocimiento del laudo por la

[62] Jur/2010/96143.

falta de validez del compromiso arbitral, ya que no se aporta como tal por la actora; no aprecia la concurrencia del motivo con el siguiente razonamiento:

> La excepción aducida por la demandada no puede prosperar. La finalidad de las condiciones formales establecidas en el CNY es, efectivamente, facilitar al juez del exequátur el control de la validez intrínseca del compromiso arbitral, la correlación entre el laudo y la cláusula compromisoria y la no arbitrabilidad de la controversia. Los documentos acompañados a tal fin permiten dicho control [...] De hecho, la parte demandada no cuestiona, en su escrito de oposición, que ni el compromiso arbitral fuera válido, ni la congruencia del laudo ni la falta de arbitrabilidad de la controversia, que es lo que podría suponer un obstáculo al reconocimiento, y no una mera formalidad.

b) Aplicación en España del Convenio de Nueva York

A nuestro juicio, en España el Convenio de NY se ha venido aplicando de una forma bastante correcta desde hace tiempo (a diferencia de lo que ocurre con otros convenios e instrumentos internacionales), y muestra de ello es el Auto del TS de 17 de junio de 1983.[63] En este Auto el Alto Tribunal incurre, sin embargo, en el «temor» a aplicar la norma internacional sin el apoyo de la norma interna, «miedo» que se observa en nuestros tribunales a menudo y que provoca que, cuando la norma internacional (fundamentalmente, reglamentos comunitarios) se separa de la norma interna, se aplique erróneamente esta última.

En la presente resolución tal inseguridad o miedo se manifiesta en el cuarto considerando, en el que el tribunal afirma: «[…] este tema, que no cabe en modo alguno dilucidar por afectar al fondo del asunto y no revisable por nuestra jurisdicción, que ha de limitarse a lo autorizado tanto por el Convenio Internacional de 1958 citado, como por el artículo 954 de la LEC, que enumera los requisitos de homologación de las sentencias

[63] RJ/1983/6736.

extranjeras, ninguno referido al fondo del litigio». Se puede observar una mención indebida al artículo 954 de la LEC, puesto que, al ser el Convenio de NY para España *erga omnes*, los requisitos que tiene que cumplir el laudo son únicamente los recogidos en el Convenio y no los de la LEC, que sólo se aplicarán en lo que se refiere al procedimiento de exequátur.

Esta inseguridad desaparece, no obstante, en resoluciones posteriores como en el ATS de 13 de noviembre de 2001[64] en el que únicamente se analizan los motivos del Convenio de NY para verificar si el laudo incurre o no en algún motivo que haga que se pueda rechazar el reconocimiento, o en los AATSJ de Cataluña de 25 de marzo de 2013[65] y de 29 de marzo de 2012[66] en el que de forma muy clara, concisa y, a nuestro juicio, correctísima el TSJ indica por qué se aplica el CNY al reconocimiento y cómo deben considerarse sus motivos de oposición. De hecho, en todos estos Autos se adopta una posición en favor del reconocimiento, indicando que los motivos de oposición al reconocimiento del artículo v.1 son tasados y concretos y pueden prosperar únicamente si los prueba la parte que los invoca, y ello porque se pretende que el CNY sea un instrumento eficaz para el desarrollo de las relaciones comerciales internacionales.[67]

---

64 *Op. cit.*

65 Auto n.º 46/2013 dictado por la Sala de lo Civil y Penal, Sección 1.ª, RJ/2013/5392.

66 Auto n.º 51/2012 dictado por la sala de lo Civil y Penal, Sección 1.ª, RJ/2012/6128.

67 De hecho y como señala Jorge Luis Collantes, resumiendo lo indicado por F. Mantilla Serrano: «La Convención de NY de 1958 asumió tres principios rectores: en primer lugar, el de presunción de validez y ejecutoriedad del Laudo arbitral, ya que el artículo III de la Convención obliga a los Estados parte, como cuestión de principio, a reconocer y ejecutar los laudos arbitrales cubiertos por la Convención. En segundo lugar, el Convenio de Nueva York estableció el principio de excepcionalidad, mediante el cual sólo excepcionalmente podrían negarse el reconocimiento y ejecución. Pues, el uso de la forma potestativa demuestra que, ni siquiera en presencia de los casos previstos en el artículo V de la Convención, el juez del Estado al que se requiere la ejecución está obligado a rechazar el reconocimiento y ejecución del laudo. Y, en tercer lugar, consagró el principio de favorabilidad (artículo VII), mediante el cual se permite obviar la aplicación del Convenio

En España se suele conceder el exequátur de los laudos arbitrales, no apreciándose normalmente los motivos de oposición que alega la parte que se opone a dicho exequátur que suele considerarse como infundado por el tribunal. Los motivos más frecuentemente alegados son los siguientes:

- «[…] que el acuerdo arbitral no es válido en virtud de la ley que le es aplicable, o que dicho acuerdo no es válido en virtud de la ley a que las partes lo han sometido, o si nada se hubiera indicado a este respecto, en virtud de la ley del país en que se haya dictado la sentencia […]» (artículo v.1 a). A modo de ejemplo, se puede citar el ATSJ de Cataluña de 29 de marzo de 2012[68] en el que la parte que se opone al reconocimiento lo hacía indicando que faltaba el acuerdo por escrito de sumisión a arbitraje, obviando la existencia de correos electrónicos entre los contratantes en los que queda perfectamente de manifiesto la existencia de dicho convenio. De hecho, tal motivo es rechazado por la Sala que indica: «[…] si el CNY exige la forma escrita lo es a efectos de que quede constancia de la existencia del pacto, pudiendo resultar el convenio arbitral de un intercambio de cartas, telegramas, télex, fax u otros medios de telecomunicación más modernos que dejen constancia del acuerdo […]».[69]

- «Que la parte contra la cual se invoca la sentencia arbitral no ha sido debidamente notificada de la designación del árbitro o del procedimiento de arbitraje o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus medios de defensa» (artículo v.1.b). En este caso hay que tener en cuenta que en el procedimiento arbitral la

---

cuando exista una normativa más favorable al reconocimiento y ejecución del laudo». *Cfr*. J. L. Collantes: «Los ADR y el arbitraje en Derecho internacional privado». En *Derecho Internacional Privado.* C. Parra (dir.). Barcelona: Huygens, 2013, pp. 362-363.

68 *Op. cit*.

69 En el mismo sentido *vid.* AATS 17 de abril de 1998; 31 de julio de 2000; 13 de noviembre de 2001; 26 de febrero de 2002 y 7 de octubre de 2003.

notificación suele ser mucho más flexible que en el procedimiento judicial, por lo que es poco frecuente que sea apreciado éste como motivo de denegación cuando queda constancia de que no se han vulnerado los derechos de defensa de las partes.[70]

- «Que la sentencia no es aún obligatoria para las partes o ha sido anulada o suspendida por una autoridad competente del país en que, o conforme a cuya ley, ha sido dictada esa sentencia» (artículo v.1.a). La controversia surge a la hora de definir qué se entiende por laudo obligatorio y si éste se puede equiparar desde el punto de vista del Convenio de NY, a laudo ejecutivo o ejecutable. El TS en un Auto de 20 de julio de 2004 indica que: «[…] no se puede vincular la obligatoriedad del laudo al exequátur de los tribunales del país donde fue dictado, pues se estaría identificando erróneamente el carácter obligatorio de la resolución arbitral a los efectos del reconocimiento, con la eficacia de éste en el Estado donde fue dictado, confundiendo condición de reconocimiento con condición de eficacia en aquel Estado que confiere en el mismo, fuerza ejecutiva a la resolución arbitral». Por lo tanto, un laudo puede ser obligatorio en el Estado requerido, aun a pesar de que se esté tramitando un recurso de anulación en el Estado de origen o, incluso, se haya anulado en dicho Estado si el motivo de anulación no lo era para el Estado requerido.[71]

  De hecho, en el Auto de 11 de junio de 2007,[72] dictado por el Juzgado de Primera Instancia e instrucción de Rubí (Barcelona), se alude a la decisión de la *Cour D'Appel* de París de 10 de enero de 1997 (República Árabe de Egipto contra la Sociedad

---

[70] ATSJ del 29 de marzo del 2012 (*op. cit.*) y AATS del 13 de marzo del 2001 y del 3 de febrero del 2004, entre otros.

[71] Como se indica por Jorge Luis Collantes, «Los ADR y el arbitraje en Derecho Internacional privado…». *Op. cit.*, pp. 363-364.

[72] *Op. cit.*

Chromalloy Aer Services), que indica que una sentencia de arbitraje internacional no está, por definición, integrada en el ordenamiento jurídico del país de la sede arbitral. Por ello es posible que la anulación del laudo en el país de origen se deba a motivos de orden público que, no sólo son considerados como tales en otro Estado, sino que incluso se consideren contrarios a los derechos fundamentales reconocidos en ese Estado (por ejemplo, en Arabia Saudí, el artículo 929 CPC permite privar de efectos a un laudo arbitral dictado por árbitros que no sean de religión musulmana).

5. Conclusión

En la actualidad, la cooperación judicial en materia de arbitraje se está consolidando, en el sentido de apoyar al mismo sin desvirtuarlo. La dificultad de esta cooperación se acrecienta cuando ha de ser transfronteriza, pero su éxito se ha ido acrecentando a través de una mentalidad favorecedora del arbitraje; la promulgación de normas internas que la contemplan y que se inspiran en normas internacionales vinculantes o no.

De los tres aspectos abordados en este trabajo, se puede comprobar que en materia de práctica de prueba transfronteriza y de reconocimiento de laudos, la práctica de esta cooperación está consolidada y, con la salvedad del problema de los plazos en materia de prueba, la actuación de nuestros órganos judiciales es muy respetuosa con el arbitraje y muy proclive a facilitar, tanto el desarrollo del proceso arbitral como el reconocimiento de los laudos extranjeros. La cuestión que plantea mayores problemas es la de la adopción/reconocimiento de medidas cautelares en los procedimientos transfronterizos, puesto que, si no son efectivas en estos procedimientos como lo son en los internos, pierden su razón de ser y su eficacia, y ello debe ser comprendido por nuestros tribunales que han de actuar de la misma manera que en las otras dos materias contempladas y que cuentan con el ejemplo de la flexibilidad de la que ha hecho gala el TJCE.

La cláusula de la nación más favorecida en temas de jurisdicción en arbitrajes de inversiones: evolución del debate y tendencias recientes

Miguel A. Elizalde[*]

Sumario: 1. Introducción.— 2. La CNMF.— 2.1. Los conceptos: «La cláusula de la nación más favorecida» y «el trato de la nación más favorecida».— 2.2. El origen y la evolución de la cláusula de la nación más favorecida.— 2.3. Tipología de formulaciones normativas de la CNMF.— 3. Las diferencias de interpretación en materia de jurisdicción en arbitrajes internacionales.— 3.1. Antecedentes.— 3.1.1. El Caso de la Compañía Petrolera Anglo-Iraní.— 3.1.2. El asunto relativo a los derechos de los nacionales de los Estados Unidos de América en Marruecos.— 3.1.3. El asunto *Ambatielos*.— 3.2. La relación entre la CNMF y las disposiciones sobre solución de diferencias en los arbitrajes en materia de inversiones.— 3.2.1. La línea de interpretación derivada del Caso Maffezini.— 3.2.2. La línea de interpretación derivada del Caso Plama.— 3.3. Algunas decisiones con elementos distintos a las decisiones en *Maffezini* y *Plama*.— 4. La posible solución apuntada por la CDI: la opinión disidente en el asunto Impregilo.— 4.1. El asunto *Impregilo* y la opinión disidente de la Profesora B. Stern.— 4.2. El marco de análisis propuesto por la Profesora B. Stern.— 5. Conclusión.

[*] Profesor de Derecho Internacional Público. Universitat Pompeu Fabra.

1. INTRODUCCIÓN

A simple vista la Cláusula de la Nación Más Favorecida (CNMF) no parece tener un funcionamiento demasiado complejo, pero la práctica ha demostrado lo contrario. De hecho, desde hace ya varias décadas diferentes sectores de la doctrina, entre los que destaca la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas (CDI),[1] han hecho importantes esfuerzos por aclarar varios aspectos legales relacionados con su aplicación.[2]

---

[1] En 1964 Eduardo Jiménez de Aréchaga se propuso por primera vez a la CDI el estudio de la CNMF con vistas a aclarar de algunos aspectos relacionados con los tratados y terceros Estados, aunque la CDI no lo considero necesario en ese momento. Véase *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 1964*, ONU Doc. A/CN.4/SER.A/1964. En 1967, la Asamblea General de la ONU recomendó a la CDI que incluyera en su programa de trabajo el tema de la CNMF en el Derecho de los Tratados. *Cfr.* Resolución de la Asamblea General 2272 (XII), *Informe de la Comisión de Derecho Internacional*, 1 de diciembre de 1967. La labor de la CDI se centró en intentar clarificar el alcance y los efectos de la CNMF como institución legal. Esta primera etapa concluyó en 1978 con la adopción de del Proyecto de artículos sobre las cláusulas de la nación más favorecida. Véase Informe de la CDI sobre su 30.° período de sesiones, *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 1978*, vol. II (parte 2), ONU Doc. A/CN.4/SER.A/1978/Add.1(Part 2), en p. 17. En 2008, la CDI incluyó por segunda vez la CNMF en su programa de trabajo. En 2011, la CDI reconstituyó el grupo de estudio de la CNMF en donde se analizan, entre otros aspectos, la interpretación y aplicación de las CNMF en los acuerdos sobre inversiones.

[2] Véase, por ejemplo, KELSEY, H., «The problem of the Most-Favored-Nation Clause», *Cumulative Digest of International law and Relations,* Bulletins 8 y 9, 1933-1934, vol. 3, pp. 16-21. En 1948 Richard C. Snyder dedicó un estudio específico de más de 250 páginas a la cláusula de la nación más favorecida. Véase SNYDER, R.C., *The Most-Favored-Nation Clause: An Analysis with Particular Reference to Recent Treaty Practice and Tariffs*. Nueva York: King's Crown Press, Columbia University, 1948. OECD, «Most-Favoured-Nation Treatment in International Investment Law», *Working Papers on International Investment*, 2004, n.° 2. DOUGLAS, Z. «The MFN Clause in Investment Arbitration: Treaty Interpretation Off the Rails». *Journal of International Dispute Settlement*, 2011, vol. 2, n.° 1, pp. 97-113; MAUPIN, J.A. «MFN-Based Jurisdiction in Investor-State Arbitration: Is There Any Hope for a Consistent Approach?». *Journal of International Economic Law*, 2011, vol. 14, pp. 157-190; SCHILL, S.W. «Allocating Adjudicatory Authority: Most-Favoured-Nation Clauses as a Basis for Jurisdiction: A Reply to Zachary

En el año 2000, la decisión del tribunal arbitral en el asunto *Maffezini*[3] dio inició a un debate doctrinal y jurisprudencial que sigue hasta nuestros días, en el que han participado algunos de los juristas e instituciones de mayor prestigio en Derecho internacional, sobre si las CNMF pueden o no extender su aplicación a normas procedimentales, en concreto, a las normas sobre solución de diferencias contenidas en tratados con terceros Estados.[4] El objetivo de este estudio es, precisamente, analizar la evolución y tendencias recientes de este debate a través del estudio de las decisiones más representativas de las distintas posturas sobre la cuestión.[5]

Para lograr este objetivo, este artículo está estructurado de la siguiente forma. El primer apartado desarrolla los aspectos conceptuales básicos de la CNMF, su evolución y una descripción de la tipología de las CNMF en los tratados bilaterales de inversiones (TBI). El segundo apartado describe las dos posiciones que han estructurado el debate, los

---

Douglas». *Journal of International Dispute Settlement*, 2001, vol. 2, n.º 2, pp. 353-371.

3 *Emilio Agustín Maffezini vs. El Reino de España*, Ciadi Caso n.º ARB/97/7, Decisión del tribunal sobre Excepciones a la Jurisdicción, 25 de enero de 2000 (en lo sucesivo citado como *caso Maffezini*).

4 Este debate ha generado incertidumbre sobre el alcance de la CNMF en los actores encargados de negociar Tratados de Inversiones. Véase, por ejemplo, Reinisch, A. «The EU on the Investment Path - *Quo Vadis* Europe? The Future of EU BITs and other Investment Agreements». *Santa Clara Journal of International Law*, 2013, vol. 12, p. 128; Vicentelli, I.A. «The Uncertain Future of Icsid in Latin America». *Law and Business Review of the Americas*, 2010, vol. 16, p. 439; Faya, A. «The Most-Favored-Nation Clause in International Investment Agreements: A Tool for Treaty Shopping?». *Journal of International Arbitration*, 2008, vol. 25, n.º 1, pp. 89 y ss.

5 Conviene aclarar que por razones de espacio aquí no analizaremos los casos *Compañía Petrolera Anglo-Iraní*, el *concerniente a los derechos de nacionales de los Estados Unidos de América en Marruecos* y ni el *Ambatielos* que en ocasiones, equivocadamente, algunos tribunales han invocado en apoyo a sus argumentos. Un análisis con este objeto material se puede leer en Pararinskis, M. «MFN Clauses and International Dispute Settlement: Moving beyond *Maffezini* and *Plama*?». *Icsid Review - Foreign Investment Law Journal*, Fall 2011, vol. 26, n.º 2, pp. 26-28.

asuntos *Maffezini* y *Plama*,[6] así como algunas decisiones que han seguido la estela de estos casos y/o han realizado aportaciones a las mismas. Antes de la conclusión, el tercer apartado describe el marco de análisis propuesto por la profesora Stern para aportar uniformidad a la aplicación de la CNMF en este contexto.

2. LA CNMF

2.1. Los conceptos: «La cláusula de la nación más favorecida» y «el trato de la nación más favorecida»

De conformidad con el artículo 4 del *Proyecto de artículos sobre las cláusulas de la nación más favorecida* de la CDI, la CNMF se define como «una disposición de un tratado en virtud del cual un Estado contrae respecto de otro Estado la obligación de otorgar el trato de la nación más favorecida en una esfera convenida de relaciones».[7] De esta definición

---

[6] Los asuntos *Salini* y *Plama* se desarrollaron de forma simultánea y fueron los dos primeros en aportar una visión distinta a la expuesta en el asunto *Maffezini*. Véanse *Salini Costruttori S.p.A.vs Italstrade S.p.A. v. The Hashemite Kingdom of Jordan*, Caso CIADI No. ARB/02/13, Decisión sobre Jurisdicción, 29 de noviembre del 2004. (En lo sucesivo asunto *Salini*). *Plama Consortium Ltd et al. vs. República de Bulgaria*, ICSID Caso ARB/03/24, Decisión sobre Jurisdicción, 8 de Febrero del 2005. (En lo sucesivo asunto *Plama*). Aunque la decisión en el asunto *Salini* fue publicada primero, aquí partiremos de los razonamientos de la decisión en *Plama* ya que permiten explicar con mayor claridad la esencia de la posición que en este debate comparte con *Salini* y que se contrapone a la visión de *Maffezini.* Por otro lado, algunos autores observan que la decisión de *Maffezini* va en contra de cientos de años de decisiones de tribunales internacionales y que la posición de *Plama* y *Salini* es un intento por volver a la interpretación tradicional. Véase *Impregilo S.p.A. vs. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/07/17, Opinión Concurrente y Disidente de la Profesora Brigitte Stern, 21 de junio del 2011, paras. 6 y 7. (En lo sucesivo asunto *Impregilo Opinión disidente Prof. B. Stern*)

[7] Véase *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 1978*, ONU Doc. A/CN.4/SER.A/1978 (Add. 1 (Part 2), p. 19. (En lo sucesivo *CDI Anuario de 1978*) Por su parte R. C. Snyder define la CNMF como: «una disposición, generalmente incluida en un acuerdo comercial entre dos Estados, que obliga a las partes

se desprende, en primer lugar, que para existir la obligación de la CNMF debe ser incluida en un tratado internacional, ya que no existe una obligación de esta naturaleza en el Derecho Internacional general; en segundo lugar, que pese a que la CNMF habla de nación, debemos entender que se refiere a una obligación entre Estados; y en tercer lugar, que el núcleo de la obligación o, lo que es lo mismo, lo que un Estado puede exigir del otro se refiere al «trato de la nación más favorecida» (TNMF).

La CDI define en el artículo 5 del «Proyecto de artículos», lo que debemos entender por «el trato de la nación más favorecida» en los siguientes términos: «es el trato otorgado por el Estado concedente al Estado beneficiario, o a personas o cosas que se hallan en determinada relación con ese Estado, no menos favorable que el trato conferido por el Estado concedente a un tercer Estado o a personas o cosas que se hallan en la misma relación con ese tercer Estado».[8]

Por lo tanto, el efecto que produce la CNMF no es crear un trato más favorable para una nación en concreto, sino colocar a todos los Estados beneficiarios de la CNMF en igualdad de condiciones con respecto a la nación que recibe el trato más favorable.[9] Por ejemplo, si el Estado «A» concede un mejor trato a «C» que a «B» en una esfera determinada de relaciones, «B» podrá exigir de «A» el mismo trato que el que éste concede a «C» si: a) existe una obligación convencional entre

---

contratantes a extender todas las concesiones o privilegios otorgados por cada parte en el pasado, o que puedan concederse en el futuro, a artículos, agentes, o instrumentos de comercio de cualquier otro Estado de forma que el comercio mutuo nunca se encontrara en una base menos favorable que la que disfruta aquel Estado cuyas relaciones comerciales con cada una de las Partes Contratantes se realizan sobre la base más favorable» (traducción del original por el autor). Snyder, R. C. *The Most-Favored-Nation Clause: An Analisis with Particular Reference to Recent Treaty Practice and Tariffs*, Nueva York, King's Crown Press, Columbia University, 1948, p. 10.

8 *CDI Anuario de 1978 … cit.,* p. 22.

9 Snyder, R.C. *The Most-Favored-Nation Clause... Op. cit.*, p. 11.

«A» y «B» que contenga la CNMF; y b) el trato verse sobre una esfera relaciones cubiertas por la cláusula.

A este último elemento se refiere el principio *ejusdem generis*, en virtud del cual se establece que «la cláusula de la nación más favorecida sólo puede comprender materias pertenecientes a la misma categoría de asuntos que aquél al que se refiere la propia cláusula».[10] Como lo ha expuesto la CDI, es necesario que exista una identidad substancial entre las materias a las que se refiere la CNMF y aquéllas contenidas en otros tratados para que puedan ser atraídas, pues en caso contrario se estaría creando artificialmente una obligación de extender derechos a terceros Estados no contemplados por los Estados al asumir la CNMF.[11]

La CNMF suele ser sinalagmática, es decir, normalmente consiste una obligación recíproca en la que dos Estados, aunque pueden ser más, se otorgan entre sí el trato de la nación más favorecida.[12] En nuestro ejemplo, tanto «A» puede exigir de «B», como «B» puede exigir de «A» el trato que éstos conceden a terceros Estados en materias cubiertas por la CNMF. Por otro lado, resulta evidente que la CNMF no representa ninguna ventaja si el trato recibido por el beneficiario de la cláusula es mejor que el que reciben terceros Estados.

2.2. El origen y la evolución de la cláusula de la nación más favorecida

Las primeras versiones de la CNMF las encontramos en el siglo XI. España, Francia e Italia, al ver que el monopolio del comercio en el extranjero era difícil de mantener en una época de grandes avances en

---

[10] Naciones Unidas, *Reports of International Arbitral Awards*, 1963, p. 107.

[11] *CDI Anuario de 1978… Cit.,* p. 30, parágrafos. 10-11.

[12] Como observa la CDI, las obligaciones unilaterales de conceder el trato de la NMF han, prácticamente, desaparecido y solían adoptarse, por ejemplo, en el marco de los regímenes de capitulaciones, a favor de las potencias vencedoras en los tratados de paz al fin de las guerras mundiales. *CDI Anuario de 1978… Cit.,* p. 19.

el comercio internacional, intentaron a través de CNMF al menos no quedar en una situación de desventaja en relación con sus competidores. Inicialmente, este tipo de acuerdos consistían en que un país concedía un trato igualmente favorable a los comerciantes competidores de ciudades o naciones distintas identificadas de forma específica. Éste fue el caso, por ejemplo, del trato concedido en la edad media por los príncipes árabes a las ciudades de Venecia, Pisa, Génova, Ancona, y Amalfi.[13]

Durante el siglo xv los privilegios extendidos por virtud de la cláusula empezaron a aplicarse al trato comercial concedido, no ya una nación rival específica, sino a cualquier nación. Así sucedió, por ejemplo, en el tratado comercial de 1486 entre Inglaterra y Bretaña.[14] El uso de este tipo de cláusulas se generalizó en el siglo xvii, aunque no fue hasta el siglo xviii que apareció la versión moderna de la cláusula que utiliza la frase «nación más favorecida» y que se convirtió, a partir de entonces, en la base de casi todos los tratados de libre comercio, que solían denominarse tratados de Amistad, Comercio y Navegación.[15]

Así, los tratados comerciales de Utrecht de 1713 (que no llegó a entrar en vigor) y de Edén de 1786 entre Inglaterra y Francia, así como el primer tratado firmado por los Estados Unidos de América en 1778, incorporaban ya la versión moderna de la CNMF.[16] No es extraño, pues que en el régimen del comercio internacional contemporáneo, que inició

---

[13] Ustor, E. «Primer Informe sobre la cláusula de la nación más favorecida». *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 1969, vol. ii, Documento ONU n.° A/CN/4/213, pp. 165-196, en p. 167. (Los ejemplos utilizados en este apartado también son de la CDI).

[14] Ustor, E. *Primer Informe… Cit.,* p. 167.

[15] Kelsey, H. «The Problem of the Most-Favored-Nation Clause». *Cumulative Digest of International Law and Relations.* Bulletins 8 y 9, 1933-1934, vol. 3, pp. 16-21, en p. 16.

[16] Ustor, E. Primer Informe… *Cit.*, p. 168. OECD, «Most-Favoured-Nation Treatment in International Investment Law». *Working Papers on International Investment*, n.° 2, 2004, p. 3.

con la adopción del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1947 (GATT por sus siglas en inglés), incluyera la CNMF entre sus obligaciones principales.[17]

Ocasionalmente, los tratados comerciales incluían normas en materia de inversiones. No obstante, los primeros tratados específicos sobre inversiones aparecieron a finales de la década de los cincuenta,[18] y casi desde su origen, la inclusión de la CNMF se convirtió en una práctica generalizada.[19] En este contexto, las CNMF están diseñadas para garantizar que los inversores extranjeros de un Estado con el que se ha firmado un tratado, reciban, al menos, el mismo trato que el que reciben los inversores de terceros países.[20] Esta práctica está tan extendida, actualmente, que es difícil imaginar la adopción de un tratado en materia de inversiones que no incluya la CNMF.[21] De hecho, la CNMF figura en los Tratados Bilaterales de Inversiones modelo de países como los Estados Unidos de América, Canadá, Francia, Alemania, Noruega, India, Italia y Colombia, entre otros.[22]

2.3. Tipología de formulaciones normativas de la CNMF

Aunque la esencia de la obligación siga siendo la misma, existen muy diversas formas de dotar de contenido y redactar la CNMF. Como algunos sectores de la doctrina han observado: «el universo de las CNMF

---

17 Artículo II del GATT. La fallida Carta de la Habana también incluía como una de sus obligaciones principales, la CNMF.

18 Como observa Lowenfeld, el primer tratado bilateral de inversiones fue celebrado entre Alemania y Afganistán en 1957. Desde ese momento se han adoptado más de 2600 tratados bilaterales de inversiones. LOWENFELD, A.F. *International Economic Law.* Oxford: Oxford University Press, 2008, 2nd edition, p. 554.

19 OECD, «Most-Favoured-Nation Treatment...». *Op. cit.*, p. 3.

20 LOWENFELD, A.F. *International Economic Law… Op. cit.*, p. 572.

21 FAYA, A. «The Most-Favored-Nation Clause in International Investment Agreements...». *Op. cit.*, p. 89.

22 El texto de estos tratados modelo puede consultarse en: Investment Treaty Arbitration, *Investment Treaties Arbitration.* Última visita 19 de mayo de 2014 http://www.italaw.com/investment-treaties.

es diverso. Algunas son restrictivas, otras más generales. Más aún, el contexto de las cláusulas varía, al igual que lo hace el objeto y propósito de los tratados que las contienen».[23] Así, el ámbito material de aplicación de la CNMF, es decir, la esfera de relaciones o materias respecto de las cuales se puede exigir el trato de la nación más favorecida es variable y se desprende de formulación su texto.[24] A continuación, se exponen algunos ejemplos de redacción de la CNMF.

Algunas CNMF definen en términos muy amplios su ámbito material de aplicación. Por ejemplo, el Acuerdo para la Promoción y la Protección Recíproca de Inversiones entre el Reino de España y la República Argentina de 1992 en su artículo IV dispone:

> 1. Cada parte garantizará en su territorio un tratamiento justo y equitativo a las inversiones realizadas por inversores de la otra parte.
> 2. En **todas las materias** regidas por el presente Acuerdo, este tratamiento no será menos favorable que el otorgado por cada parte a las inversiones realizadas en su territorio por inversores de un tercer país.[25] (Sin énfasis en el original).

Otros tratados incluyen la CNMF sin aportar información específica sobre el ámbito material de aplicación. Por ejemplo, el Tratado de Promoción y Protección Mutua de Inversiones de 1987 entre la República de Chipre y el Gobierno de la entonces denominada República Popular de Bulgaria, que en su artículo 3 dispone:

---

[23] OECD, «Most-Favoured-Nation Treatment...». *Op. cit.*, p. 3.

[24] Como dijo la Comisión de Arbitraje en el asunto *Ambatielos* «La cláusula de la nación más favorecida sólo puede comprender materias pertenecientes a la misma categoría de asuntos que aquél al que se refiere la propia cláusula». Naciones Unidas, *Reports of International Arbitral Awards*, 1963, p. 107.

[25] Acuerdo para la Promoción y la Protección Recíproca de Inversiones entre el Reino de España y la República Argentina, hecho en Buenos Aires el 3 de octubre de 1991. (*BOE*, n.º 277, de 18 de noviembre de 1992, pp. 38879 a 38881).

> 1. Cada parte contratante deberá aplicar a las inversiones en su territorio realizadas por inversores de la otra parte contratante un trato que no sea menos favorable que el acordado a las inversiones realizadas por inversores de terceros Estados.[26] (Traducido del original en inglés al castellano por el autor).

También es posible encontrar tratados que indican, normalmente a título de ejemplo, el tipo de actividades o materias a las que se aplica la CNMF. Éste es el caso del tratado entre Uruguay y los Estados Unidos de América, relativo a la promoción y protección recíproca de inversiones, que en su artículo 4 dispone:

> 4.1. Cada parte otorgará a los inversores de la otra parte un trato no menos favorable que el que otorgue, en circunstancias similares, a los inversores de cualquier país que no sea parte, en lo que refiere al establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación y venta u otra forma de disposición de inversiones en su territorio.[27]

Otros tratados relacionan la CNMF con estándares de trato específicos, como la obligación de dar un trato justo y equitativo,[28] el estándar de protección y seguridad plenas o a la obligación de dar trato nacional. Así, por ejemplo, en su artículo 3.1, el modelo de tratado de inversiones

---

[26] Agreement between The Government of the people`s Republic of Bulgaria and The Government of the Republic of Cyprus on Mutual Encouragement and Protection of Investments (*State Gazette* No. 108/24.12.1993).

[27] El segundo párrafo del artículo 4 contiene una CNMF en términos casi idénticos, la diferencia principal es que habla de *inversiones cubiertas* y no de *inversores* como hace el párrafo 1. Tratado entre la República Oriental del Uruguay y los Estados Unidos de América relativo a la promoción y protección recíproca de inversiones, hecho en Mar de Plata en noviembre de 2005. El texto se puede consultar en línea (última visita 20 de mayo de 2014): http://www.sice.oas.org/BITS/URYUSA_s.pdf

[28] Para un estudio de la relación entre la CNMF y el Trato Justo y Equitativo véase TUDOR, I., *The Fair and Equitable Treatment Standard in the International Law of Foreign Investment*, Oxford: Oxford University Press, 2008, pp. 189-194.

de Alemania establece una relación entre la CNMF y la obligación de trato nacional.

> 3.1. Ninguna parte contratante debe conceder a las inversiones en su territorio que sean propiedad o estén controladas por inversores de la otra parte contratante un trato menos favorable que el acordado a las inversiones de sus propios inversores o a los inversores de cualquier tercer Estado.[29] (Traducido del original en inglés al castellano por el autor).

Del mismo modo, algunos tratados aportan información adicional que facilita determinar si una materia queda cubierta por la CNMF remitiendo, en el texto de la cláusula, a otros artículos del tratado que regulan dichas materias. Así, por ejemplo, el tratado de promoción y protección de inversiones celebrado entre el Reino Unido y Albania, además de establecer, en los párrafos 1 y 2 del artículo 3, la obligación de trato de NMF para inversores, inversores y algunas manifestaciones de sus actividades, en su párrafo 3 dispone:

> 3. Para evitar dudas, se confirma que el trato al que se refieren los párrafos 1 y 2 son aplicables a las disposiciones de los artículos 1 a 11 de este Acuerdo.[30] (Traducido del original en inglés al castellano por el autor).

Así, la CNMF del artículo 3 del tratado entre el Reino Unido y Albania cubre el trato relacionado con la compensación por pérdidas (artículo 4), la expropiación (artículo 5), la repatriación de inversiones (artículo 6), la solicitud de arbitrajes en el marco del Ciadi (artículo 8)

---

[29] German Model Treaty- 2008. El texto de este tratado modelo puede consultarse en Investment Treaty Arbitration, *Investment Treaties Arbitration.* Última visita 19 de mayo de 2014. http://www.italaw.com/sites/default/files/archive/ita1025.pdf

[30] Agreement between the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the Government of the Republic of Albania for the Promotion and Protection of Investments, hecho en Londres el 30 de Marzo de 1994. El texto puede consultarse en: UNCTAD, *Investment Instruments Online*. http://www.unctadxi.org/ Última visita 19 de mayo de 2014.

y la solución de diferencias entre partes contratantes (artículo 9). Es evidente que el efecto de esta cláusula es evitar las dudas o las confusiones sobre si a tales materias se les aplica o no la CNMF. En otras palabras, el hecho de que no se haga una remisión directa en una CNMF a los artículos que regulan estas materias, no las excluye automáticamente de su ámbito material de aplicación, aunque esto pueda ser algo controvertido.

Como se puede apreciar en los ejemplos expuestos, el ámbito material de aplicación de la CNMF puede ser amplio y cubrir todas las materias, no ser específico, puede referirse a una lista ejemplificativa de actividades a las que es aplicable o estar relacionada a estándares concretos de trato, entre otras posibilidades.

3. Las diferencias de interpretación en materia de jurisdicción en arbitrajes internacionales

En las controversias sobre inversiones en las que se ha analizado la posible aplicación de la CNMF a temas de jurisdicción, es común encontrar referencias a algunas decisiones resultantes de procedimientos ante la CIJ o arbitrajes relacionados con ellos.[31] Por lo tanto, antes de analizar algunas de las decisiones arbitrales más relevantes sobre el tema que nos ocupa, conviene dedicar un momento a describir algunos de los antecedentes jurisprudenciales que suelen encontrarse citados en las mismas.

[31] *Caso Maffezini… Cit.*, p. 17; *Siemens A.G. vs. República Argentina*, Ciadi Caso n.º ARB/02/8, Decisión sobre Jurisdicción, 3 de agosto de 2004 (en lo sucesivo citado como caso *Siemens*), p. 14.

3.1. Antecedentes

3.1.1. El Caso de la Compañía Petrolera Anglo-Iraní

En 1933, Irán firmó un acuerdo con la *Anglo-Iranian Oil Company* en el que, entre otras cuestiones, se establecía el recurso al arbitraje en caso de controversias. En 1951, Irán adoptó medidas legislativas a través de las cuales nacionalizaba la industria petrolera afectando a la *Anglo-Iranian Oil Company*. El Reino Unido, en ejercicio de la protección diplomática, inició un procedimiento en contra de Irán ante la Corte Internacional de Justica (CIJ), por considerar que las leyes de nacionalización constituían una violación del acuerdo de 1933 y, al mismo tiempo, del derecho internacional. [32]

La competencia de la CIJ en el caso debía resolverse con base en las declaraciones unilaterales de aceptación de la competencia emitidas por las partes de conformidad con el artículo 36.2 del Estatuto de la CIJ. Estas declaraciones operaban bajo el principio de reciprocidad. La declaración iraní, emitida cuando aún era Persia, era la más restrictiva y establecía que la Corte Permanente de Justicia Internacional (CPJI)[33] tendría jurisdicción sobre todas las diferencias que surgieren después de la ratificación de la declaración, respecto de situaciones o hechos relacionados directa o indirectamente con la aplicación de tratados o

---

[32] *Anglo-Iranian Oil Co*. ICJ Case (*United Kingdom vs. Irán*), Preliminary Objection. Judgement of July 22, 1952 (en lo sucesivo citado como *Caso de la Compañía Petrolera Anglo-Iraní*).

[33] La CIJ hereda de la CPJI las declaraciones de aceptación de voluntad vigentes. El artículo 36.5 del Estatuto de la CIJ, dispone: «Las declaraciones hechas de acuerdo con el artículo 36 del Estatuto de la Corte Permanente de Justicia Internacional que estén aún vigentes, serán consideradas, respecto de las partes en el presente Estatuto, como aceptación de la jurisdicción obligatoria de la Corte Internacional de Justicia por el período que aún les quede de vigencia y conforme a los términos de dichas declaraciones». Por lo tanto, la declaración de Irán (entonces, Persia) aceptando la competencia de la CPJI se entiende aplicable a la jurisdicción de la CIJ.

convenciones aceptados por Persia y posteriores a la ratificación de esa declaración.

Irán argumentó que la CIJ carecía de jurisdicción, ya que los hechos en disputa fueron posteriores a la ratificación de su declaración de aceptación que se produjo el 19 de septiembre de 1932.

En este contexto, el Reino Unido invocó la CNMF prevista en los tratados de 1857 y 1903 celebrados entre el Reino Unido y Persia para intentar beneficiarse del tratado entre Persia y Dinamarca de 1934, que establecía que los nacionales de las partes, sus personas y sus bienes, serían tratados conforme los principios y la práctica del Derecho Internacional y disfrutarían en el territorio de las partes de la ininterrumpida protección de las leyes y de sus autoridades.[34] La CNMF del tratado de 1857 establecía, de forma general, que los súbditos de las partes y sus actividades comerciales recibirían el trato de la nación más favorecida; mientras que el tratado de 1903, de forma muy similar, concedía ese trato a los súbditos y las importaciones de las partes.

El argumento del Reino Unido fue que los hechos sometidos a la CIJ se referían a una violación del tratado de 1934 con Dinamarca y, por virtud de la CNMF prevista en los tratados de 1857 y 1903, afectaba los derechos de la *Anglo-Iranian Oil Company*. Así se trataba de una situación posterior a 1932, fecha de la ratificación por Irán de la declaración de aceptación de la competencia de la CIJ.[35]

En este caso, la CIJ no solo no llegó a aplicar la CNMF, sino que ni siquiera analizó su ámbito de aplicación. Aunque el texto de la declaración no estaba exento de ambigüedad, la CIJ estuvo de acuerdo con Irán en que solamente las situaciones o hechos relacionados con tratados aceptados por ese país que fueran posteriores a la ratificación

---

[34] Véase Ustor, E. «Segundo informe sobre la cláusula de la nación más favorecida». UN Doc. n.° A/CN.4/228 Y ADD.l, 9 de marzo y 18 de mayo de 1970, p. 216.

[35] *Caso de la Compañía Petrolera Anglo-Iraní… Cit.*, pp. 108 y 109.

de la declaración de aceptación quedarían comprendidos dentro de la competencia de la CIJ. En su decisión, la CIJ textualmente dijo:

> *Sin considerar el significado y ámbito de aplicación de la cláusula de la nación más favorecida*, la Corte se limita a firmar que esta cláusula está presente en los Tratados de 1857 y 1903 entre Irán y el Reino Unido, que no son posteriores a la ratificación de la Declaración Iraní. Mientras Irán está obligado a cumplir con estos Tratados siempre y cuando se mantengan vigentes, el Reino Unido no tiene derecho a apoyarse en ellos para establecer la jurisdicción de la Corte, ya que están excluidos por la Declaración. (Sin cursiva en el original).[36]

En resumen, en este caso el Reino Unido intentó extender a la *Anglo-Iranian Oil Company* la aplicación disposiciones relativas al trato sustantivo (protección con base en el Derecho Internacional) que Irán concedía a los ciudadanos daneses con base en el tratado de 1934; en ningún caso estaba intentado obtener privilegios en materia de solución de diferencias. La relación entre la jurisdicción de la CIJ y la CNMF, en este caso es que el trato de protección que pretendía el Reino Unido se encontraba en un tratado celebrado por Irán con terceros, en fecha posterior a la ratificación de la Declaración Iraní; mientras que las CNMF que el Reino Unido necesitaba para incorporar tal protección, se encontraba en tratados previos a dicha ratificación. La CIJ dijo que para que el Reino Unido pudiera beneficiarse a través de la CNMF del trato concedido por Irán a terceros, el Reino Unido debería estar en posición de invocar el tratado básico, es decir, el que contiene la CNMF, ya que es el que contiene el vínculo legal entre el Reino Unido y los derechos conferidos a terceros. Así, un tratado celebrado con terceros, independiente y aislado del tratado básico, no puede producir, en opinión de la Corte, ningún efecto legal entre el Reino Unido e Irán; pues es *res inter alios acta*.[37]

---

[36] *Id.*, p. 109.

[37] *Caso de la Compañía Petrolera Anglo-Iraní… Cit.*, p. 109.

3.1.2. El asunto relativo a los derechos de los nacionales de los Estados Unidos de América en Marruecos

En 1948, cuando Marruecos se encontraba bajo el protectorado francés, las autoridades francesas adoptaron reglamentaciones en materia de importaciones destinadas a establecer limitaciones a las importaciones, reduciéndolas a un grupo de productos esenciales para la economía doméstica, y a instaurar un sistema de control de permisos para las importaciones.

Los Estados Unidos de América invocó la CNMF en el Tratado con Marruecos de 1836, que otorgaba el trato de la nación más favorecida en relación con ventajas comerciales y de otro tipo, para beneficiarse de los privilegios sobre jurisdicción consular de la que gozaban España y el Reino Unido, derivados, respectivamente, de los tratados de 1861 y 1856 celebrados con Marruecos. En esencia, Estados Unidos sostuvo que los derechos de sus ciudadanos en Marruecos no podían verse afectados por leyes y reglamentos marroquís sin el consentimiento de los Estados Unidos de América, como no podían afectarse, en virtud de sus privilegios en materia de jurisdicción consular, los derechos de españoles o de los ciudadanos británicos sin el consentimiento de sus países. Después de un prolongado e infructífero período de negociaciones, Francia inició un procedimiento ante la CIJ y, posteriormente, los Estados Unidos reconvinieron.[38]

Francia argumentó que los privilegios en materia de jurisdicción consular conferidos por Marruecos a terceros Estados ya no estaban en vigor, siendo la renuncia más reciente la del Reino Unido en 1937. En esa línea de ideas, Francia sostuvo que los derechos conferidos a terceros

---

[38] *Case Concerning Rights of Nationals of the United States of America in Morocco (France vs. United States of America*), Judgement of August 27, 1952 (en lo sucesivo citado como «El asunto relativo a los derechos de los nacionales de los Estados Unidos de América en Marruecos»).

no se conservan y no pueden atraerse por vía de la CNMF después de la terminación de los tratados que contienen esos derechos de terceros.

Por su parte, Estados Unidos argumentó que en los tratados de capitulaciones como el celebrado con países como Marruecos, la CNMF no es sólo un instrumento para garantizar la igualdad de trato respecto a terceros, sino que sirven para mantener en vigor los derechos adquiridos de terceros como consecuencia de ella. Es decir, en opinión de los Estados Unidos, el efecto de la CNMF es incorporar por referencia de forma permanente, los derechos de terceros existentes en el momento de adopción del tratado base (el que contiene la CNMF) y se podrán disfrutar, en tanto el tratado base esté en vigor, con independencia de que los tratados con terceros se encontraran ya derogados.[39]

La CIJ no estuvo de acuerdo con esa interpretación por no ajustarse a la intención de las partes, ni encontró en otros tratados de capitulaciones celebrados por Marruecos con otros países argumentos que apoyaran la idea de que la CNMF, en este tipo de tratados operara y debieran interpretarse de forma distinta a otros tratados.[40]

Ahora bien, equiparar la jurisdicción consultar con el arbitraje en materia de inversiones no está exento de controversia.[41] Sea como sea, conviene resaltar que, en este caso, la CIJ no se pronunció sobre la cuestión de si una CNMF puede incorporar por referencia privilegios relativos a la jurisdicción consular, pues en el caso los tratados que contenían esos derechos se habían extinguidos. Endre Ustor, Relator especial de la CDI sobre la cláusula de la nación más favorecida, considera que la CNMF, que en el caso se interpretaba, parecía implicar que, salvo

---

[39] *El asunto relativo a los derechos de los nacionales de los Estados Unidos de América en Marruecos… Cit.,* p. 191.

[40] *Id.,* pp. 191 y 192.

[41] Pararinskis, M. «MFN Clauses and International Dispute Settlement…». *Op. cit.,* p. 14.

acuerdo expreso en contrario, estaba limitada a las materias reguladas por el tratado base:

> La Corte no tuvo que decidir si las cláusulas de la nación más favorecida de que se trababan incluían el privilegio de la jurisdicción consular. Las cláusulas […] estaban redactadas en términos muy generales. La Corte no entró en los detalles, de la cuestión, pues en su opinión las cláusulas habían perdido todo su valor. Ello parece implicar, sin embargo, que el alcance de la cláusula de la nación más favorecida en un tratado estaba limitado a las materias de que trate dicha convención, salvo, claro está, la intención expresa en contrario.[42]

3.1.3. El asunto Ambatielos

El señor Ambatielos, de nacionalidad griega, en 1919 celebró un contrato con el Ministerio de Transporte Marítimo del Reino Unido por la compra de nueve barcos, que en ese momento se estaban construyendo en Hong Kong. El señor Ambatielos recibió siete de los barcos mucho más tarde de lo esperado por las partes —con meses de retraso— y dos no llegaron a entregarse. El señor Ambatielos sufrió importantes pérdidas que atribuía al incumplimiento de contrato por parte del Reino Unido.[43] Un punto de controversia entre las partes era si el contrato establecía fechas precisas de entrega o no. La diferencia por incumplimiento de contrato fue sometida a los tribunales ingleses, que desestimaron las pretensiones del señor Ambatielos. Inconforme con la decisión, el señor Ambatielos presentó una apelación, pero, eventualmente, desistió de la misma.

Grecia ejerció la protección diplomática e inició un procedimiento ante la CIJ en 1951. El Reino Unido objetó con éxito la jurisdicción de la Corte para resolver la diferencia, si bien ésta concluyó que el Reino

---

[42] USTOR, E., Segundo informe …, *cit.,* p. 222.

[43] Ambatielos Case (Greece v. United Kingdom), Preliminary Objection, Judgement of July 1st, 1952, p. 30.

Unido estaba obligado a someter a arbitraje su diferencia con el señor Ambatielos, de conformidad con lo establecido en el Tratado de Comercio y Navegación de 1886.[44] El procedimiento arbitral concluyó en marzo de 1956.[45]

Grecia acusó al Reino Unido de denegación de justicia en perjuicio del señor Ambatielos, ya que en el procedimiento ante los tribunales ingleses no se le trató con justicia, ya que, entre otras cosas, no se le informó de evidencia que podría favorecer sus intereses y no se le permitió defender sus derechos, mientras que a la Junta de Comercio se le permitió presentar argumentos contrarios al contenido de documentos que estaban en su poder o debían estarlo.[46]

Estos hechos, en opinión de Grecia, constituían una violación del artículo x del Tratado Navegación y Comercio de 1886 celebrado con el Reino Unido que establecía que, en todos los aspectos relacionados con el comercio y la navegación, cualquier privilegio, favor o inmunidad sería extendidos a los ciudadanos de la otra parte de forma inmediata e incondicional; siendo la intención de las partes que el comercio y la navegación de cada país fueran colocados, en todos los sentidos, en pie de igualdad con la nación más favorecida.[47] Por lo tanto, el artículo x del tratado de 1886 permitía a los ciudadanos griegos exigir un trato conforme a la «justicia», «legalidad», «equidad» y al Derecho Internacional, ya que todos estos derechos, a los que se relaciona con la administración de justicia, estaban recogidos en el tratado celebrado por el Reino Unido con terceros países.[48]

---

44 *Id.*, p. 46.

45 The Ambatielos claim (Greece, United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland) 6 March 1956, Reports of International Arbitral Awards, Vol. XII, pp. 83-153. (En lo sucesivo citado como *Asunto Ambatielos*).

46 *Id.*, pp. 100-101.

47 *Asunto Ambatielos… Cit.*, p. 106.

48 *Id.*, pp. 101-106.

En su defensa, entre otros razonamientos, el Reino Unido sostuvo que la CNMF tiene un alcance limitado, ya que sólo puede atraer materias que pertenecen a la misma categoría a la que la cláusula en sí misma se refiere. En su opinión, la CNMF en el tratado de 1886 sólo estaba relacionada con cuestiones de navegación y comercio, y no era susceptible de aplicarse a otras categorías temáticas como la administración de justicia.[49]

La Comisión Arbitral estuvo de acuerdo con el argumento de que la CNMF sólo puede atraer materias que pertenecen a la misma categoría de materias a las que se relaciona la cláusula. Sin embargo, llegó a una conclusión distinta a la propuesta por el Reino Unido. Para empezar, la Comisión Arbitral observó que la referencia a «todas las materias relacionadas con el comercio y la navegación» contenida en la CNMF no tiene en sí misma una definición estricta, su interpretación depende de las materias que regule el tratado que la contiene. En esa línea de ideas, hizo referencia a que muchos tratados sobre navegación y comercio contienen disposiciones sobre «administración de justicia» y que el tratado de 1886; por ejemplo, en su artículo XV, al igual que otros de los tratados celebrados por el Reino Unido con terceros citados por Grecia, garantizaba a las partes el libre acceso a los tribunales para defender sus derechos.[50]

La Comisión Arbitral dijo que es verdad que cuando la «administración de justicia» se ve de forma aislada, se puede considerar una materia distinta a la «navegación y comercio», pero esto no es necesariamente así, cuando se analiza en relación con la protección de los derechos de los comerciantes. Esto le condujo a afirmar que la protección de los derechos de los comerciantes, naturalmente, se encuentra entre las materias reguladas por los Tratados de Navegación y Comercio. Por lo tanto, para la Comisión Arbitral, no puede decirse que la administración de justicia, en la medida en que se relaciona con la protección de

[49] *Id.*, p. 106.
[50] *Id.*, p. 107.

los derechos de los comerciantes, esté necesariamente excluida de las materias a las que le es aplicable la CNMF. En su opinión, la cuestión debe determinarse de conformidad con la intención de las partes, tal y como se deriva de la interpretación del tratado.

Finalmente, sostuvo que no podía aceptar la interpretación restrictiva de la CNMF propuesta por el Reino Unido por ir en contra del texto del tratado de 1886 que indica, textualmente, que la intención de las partes fue que el comercio y la navegación de cada país estarían colocados, «en todos los sentidos», en pie de igualdad con la nación más favorecida.[51]

La Comisión Arbitral interpretó que las referencias a la «justicia», «legalidad», y «equidad» relacionadas con la «administración de justicia» derivadas de los tratados entre el Reino Unido y terceros Estados, de los que pretendía beneficiarse Grecia a través de la CNMF en el tratado de 1886, habían sido redactadas en el siglo xvii y no establecían derechos por encima o distintos al derecho positivo de las partes; de hecho, justicia debía interpretarse, en su opinión, como aplicación de las reglas de Derecho Interno de los Estados parte, en este caso, del Derecho inglés.[52]

Algunos tribunales arbitrales en los que se discutía sobre la posible aplicación de la CNMF para incorporar normas sobre solución de controversias, han apoyado sus conclusiones en los razonamientos antes expuestos. Por ejemplo, el tribunal en *Siemens* interpretó que las normas sobre solución de diferencias, en particular, la opción de utilizar distintos mecanismos de solución de diferencias, es parte de la protección que un tratado sobre inversiones otorga a los inversores, al igual que la administración de justicia es parte de los derechos de los navegantes mencionados por la Comisión Arbitral en el asunto *Ambatielos*.[53]

---

[51] *Asunto Ambatielos… Cit.*, p. 107.
[52] *Id.,* pp. 108-109.
[53] Caso *Siemens… Cit.,* p. 102.

Sin embargo, creemos que existe una diferencia importante entre el tipo de derechos relativos a la «administración de justicia» en el asunto Ambatielos y el derecho a elegir un procedimiento u otro para solucionar diferencias en materia de inversiones que fueron objeto de análisis en el asunto *Siemens.* La administración de justicia en el asunto Ambatielos se refería a estándares sustantivos de trato, tal y como solían definirse en el siglo XVII: justicia, equidad, legalidad.

En otras palabras, la CNMF se hace valer para incorporar trato sustantivo en tratados con terceros, si bien definidos en términos muy vagos y a los que la Comisión se refiere como temas de administración de justicia y que pueden resumirse aplicación del Derecho Interno como vía para garantizar que a los interesados no se les deniega justicia; es decir, el debido proceso. Cabe recordar que la norma sustantiva clásica en materia de inversiones clásica, es la de trato justo y equitativo que incluye, al menos, no discriminación en la aplicación del Derecho Interno, incluido el derecho de acceso a los tribunales. La cuestión en *Ambatielos* es diferente a la de *Siemens* en donde no se discute si un inversor tiene o no acceso a la administración de justicia y al debido proceso, sino que analiza si el inversor puede elegir un mecanismo u otro de solución de diferencias para hacer valer sus pretensiones; una cuestión que no fue analizada por el asunto *Ambatielos*.[54]

Del análisis de estas decisiones se desprende que no resultan del todo aplicables o son insuficientes para responder categóricamente a la cuestión central que nos ocupa.[55]

---

[54] PARARINSKIS, M. «*MFN Clauses and International Dispute Settlement*…». *Op. cit.,* p. 28.

[55] Asunto *Plama*… *Cit*., parágrafo 217. En donde el tribunal dice: «*In Maffezini the tribunal relied on Case Concerning Rights of Nationals of America in Morocco, Anglo-Iranian Oil Co. Case, and Ambatielos Claim. However, […] review of those decisions shows that they do not provide a conclusive answer to the question*».

3.2. La relación entre la CNMF y las disposiciones sobre solución de diferencias en los arbitrajes en materia de inversiones

En el año 2000 apareció el primero de una serie de casos ante el Ciadi en los que se intentó incorporar por referencia, a través de la CNMF en un TBI, disposiciones sobre solución de diferencias previstas en TBI celebrados con terceros Estados. Aunque han sido varios los tribunales arbitrales que han sido llamados a decidir sobre la cuestión, podemos decir que existen básicamente dos tendencias en cuanto a la interpretación del alcance de la CNMF.[56] Por un lado, los que bajo la influencia de los razonamientos del tribunal arbitral en el asunto *Maffezini*, han concluido que la CNMF alcanza las normas sobre solución de diferencias; y por otro lado, los que bajo la influencia de los asuntos *Salini* y *Plama* han llegado a una conclusión contraria.

A continuación expondremos los argumentos básicos de los casos *Maffezini* y *Plama*, por ser los más representativos de las diferentes formas de interpretación de la CNMF en este contexto.[57] Aunque por razones de espacio no podemos ocuparnos aquí de todas las decisiones que se han ocupado de la cuestión, los argumentos de *Maffezini* y *Plama* serán complementados con breves referencias a otras decisiones que las siguen o aportan elementos relevantes de discusión.

---

[56] Algunos autores sostienen que existen tres formas de participar en este debate: un grupo que afirma que las CNMF si cubren las normas sobre solución de diferencias, un segundo grupo engloba los que dicen que no las cubre y, la tercera posición, los que sostienen que no se pueden establecer reglas generales. Véase Douglas, Z. «*The MFN Clause in Investment Arbitration…*». *Op. cit.*, pp. 98 y ss.

[57] En palabras de Paparinskis: «*Decisions and scholarship associated with Maffezini and Plama structure the early debate, and even the more recent developments take place against their background*». Pararinskis, M. «*MFN Clauses and International Dispute Settlement…*». *Op. cit.*, p. 31.

3.2.1. La línea de interpretación derivada del Caso Maffezini

a) El Caso Maffezini

Como resultado de una diferencia relacionada con una inversión en una empresa para la fabricación y distribución de productos químicos en Galicia, España, Emilio A. Maffezini, de nacionalidad argentina, realizó una solicitud de arbitraje para dirimir su diferencia con España ante el Ciadi el 18 de julio de 1997.[58]

España objetó la jurisdicción del Ciadi y la competencia del tribunal con base en argumentos relacionados con el artículo x del TBI Argentina-España que establece las normas sobre solución de diferencias entre Estados parte e inversores de la otra parte. El párrafo 2 del artículo x contenía la obligación de someter a los tribunales internos del territorio en el que se realizó la inversión, las controversias que no hubieran podido resolverse por vía de la negociación, pasados seis meses. La opción de recurrir al arbitraje internacional estaba prevista en el párrafo 3.a) del artículo x con la condición de que hubieran transcurrido dieciocho meses sin una decisión de fondo en el proceso iniciado ante los tribunales internos previsto en el párrafo 2 del artículo x o, alternativamente, que existiera tal decisión pero la controversia subsistiera entre las partes (en lo sucesivo, para abreviar, «la regla de los dieciocho meses»).[59] España argumentó que el señor Maffezini no había cumplido con «la regla de los dieciocho meses» antes de recurrir al establecimiento del tribunal arbitral en el marco del Ciadi.[60] Por lo tanto, el tribunal arbitral carecía de competencia por falta de consentimiento de España.

Por su parte, el señor Maffezini, que admitió no haber llevado la diferencia ante los tribunales españoles,[61] argumentó que, en virtud de

---

58 *Caso Maffezini… cit.*
59 *Id.*, parágrafo 19 (reproduce el texto íntegro del art. X)
60 *Id.*, parágrafo 20.
61 *Id.*, parágrafo 26.

la CNMF prevista en el artículo IV del TBI Argentina-España, podía beneficiarse de las disposiciones sobre solución de diferencias del TBI Chile-España, que permite recurrir al arbitraje sin tener que cumplir con la regla de los dieciocho meses.[62] El artículo IV del TBI España-Argentina no decía que la CNMF fuera aplicable a la solución de diferencias; sin embargo, establecía expresamente que se aplicaba a «todas las materias» regidas por el acuerdo.[63] Además, los párrafos 3 y 4 del artículo IV contenían algunas excepciones a la CNMF, aunque no se hacía referencia expresa a la solución de diferencias.[64]

España, en su defensa, dijo que, conforme al principio *ejusdem generis*, la CNMF no podría aplicarse a otras materias no contempladas en el tratado básico y que son *res inter alios acta*. Es decir, para España, las normas sobre solución de diferencias establecidas en el TBI con Chile no estaban razonablemente relacionadas con el *trato* que debían recibir los inversores argentinos con base en la CNMF en el tratado básico. Además, sostuvo que la referencia a «las materias» debía interpretarse como aplicable exclusivamente a materias de fondo o aspectos sustantivos de trato a inversiones y en ningún caso a cuestiones de procedimiento o jurisdicción.[65]

El tribunal arbitral dijo que, pese a que la CNMF se refería a todas las materias, no decía expresamente que fuera aplicable a la solución de diferencias, por lo tanto, era necesario determinar si la omisión respondía a la intención de las partes o si la extensión de la CNMF podía deducirse.[66]

---

62 Artículo x.2 del TBI Chile-España *Caso Maffezini… Cit.*, parágrafo 39.

63 El texto de la CNMF en este tratado ha sido reproducida previamente en el apartado 1.3 de este estudio.

64 Las excepciones se referían a los acuerdos regionales de integración y los tratados sobre doble imposición.

65 *Caso Maffezini… Cit.*, parágrafo 41.

66 *Id.,* parágrafo 53.

El tribunal señaló que, aunque el tratado no lo dijera expresamente, hay razones para concluir que los arreglos sobre solución de conflictos están vinculados con la protección de los inversionistas extranjeros.[67] Para mayor precisión, el arbitraje, declaró el tribunal, está estrechamente vinculado a los aspectos sustantivos del tratado.[68] Por lo tanto, concluyó que la CNMF puede invocarse para incorporar un mejor trato sobre solución de diferencias contemplado en un tratado con un tercer país, siempre y cuando el tratado con un tercero se refiera a la misma materia que el tratado básico, comercio o inversiones, así las normas sobre diferencias se aplicarán sobre las mismas materias sin vulnerar el principio *ejusdem generis*.[69]

El tribunal en su decisión reconoció que existen ciertos límites para la aplicación de la CNMF. Así, por ejemplo, sostuvo que la CNMF no puede derogar un tratado que exige el agotamiento de los recursos internos, al reflejar una regla fundamental de Derecho Internacional. En su opinión, tampoco puede restar aplicación a los tratados que establecen la opción excluyente de recurrir a la vía nacional o a la internacional y que la decisión de la opción elegida será definitiva. Del mismo modo, la CNMF no podrá cambiar un foro particular para arbitrar señalado en un tratado, ni la aplicación de sistemas de solución de diferencias altamente institucionalizados con normas procesales detalladas que reflejen la voluntad precisa de las partes contratantes. Para el tribunal, todas estas cuestiones son consideraciones fundamentales de política pública.[70] Además, en un intento por limitar una interpretación demasiado expansiva de sus razonamientos, sostuvo que:

> En todo caso, debe quedar clara la distinción entre la legítima extensión de derechos y beneficios mediante la aplicación de la cláusula, por una parte, y la alternativa nociva de tratar de aplicar

---

67 *Id.,* parágrafo 54.
68 *Id.,* parágrafo 55.
69 *Id.,* parágrafo 56.
70 *Caso Maffezini… Cit.*, parágrafos 63 y 64.

> diversos tratados para alterar los objetivos de política en que se fundamentan algunas disposiciones específicas, por la otra.[71]

No obstante, no aportó ningún elemento que permitiera identificar de forma general las políticas que caen en esta categoría de excepciones, lo que dio lugar, como observan algunos autores, a una importante confusión y dificultades en otras diferencias similares.[72] En cualquier caso, considerando la práctica de España, que como exportador de capital siempre ha defendido el arbitraje directo, el tribunal concluyó que la exigencia de recurrir a los tribunales españoles no es una cuestión fundamental de política pública.[73]

La del asunto *Maffezini* fue la primera en una serie decisiones arbitrales que concluyeron que la CNMF, al menos las redactadas en términos similares a los del TBI España-Argentina, permite incorporar por referencia, normas sobre solución de diferencias.

b) Algunos casos que siguen los razonamientos del asunto Maffezini

El en el asunto *Tecmed*,[74] resuelto tres años después que el asunto *Maffezini*, un inversor español, invocando la CNMF en el TBI México-España, intentó aplicar retroactivamente la protección sustantiva derivada de un tratado entre México y Austria. El tribunal lo rechazó y dijo que no analizaría las disposiciones de este último tratado a la luz de la CNMF, pues estimaba que:

---

71 *Id.,* para. 63.

72 Fietta, S. «Most Favoured Nation Treatment and Dispute Resolution Under Bilateral Investment Treaties: A Turning Point?». *International Arbitration Law* Review, 2005, vol. 8, p. 133.

73 *Caso Maffezini… Cit.*, para. 64. Conviene observar que la práctica de uno solo de los Estados que han participado en un TBI no es un criterio de interpretación de los tratados. Véase Pararinskis, M. «MFN Clauses and International Dispute Settlement…». *Op. cit.*, pp. 17-18.

74 *Técnicas Medioambientales Tecmed S.A. vs. Estados Unidos Mexicanos*. Caso Ciadi n.º ARB (AF)/00/2, Laudo de 29 de mayo de 2003 (en lo sucesivo Caso *Tecmed*).

> [C]uestiones vinculadas a la aplicación en el tiempo del Acuerdo, que en realidad conciernen más al ámbito temporal de aplicación de sus disposiciones sustantivas que a cuestiones de índole procesal o jurisdiccional, por su trascendencia e importancia, integran el núcleo de *cuestiones como especialmente negociadas por las Partes Contratantes y determinantes de su aceptación* […].[75] (Sin cursivas en el original).

Por un lado, como sostiene Fietta, la decisión es enteramente congruente con los argumentos del asunto *Maffezini*, ya que el principio de no retroactividad puede considerarse un principio fundamental de Derecho Internacional y este tipo de principios fueron reconocidos como límite a la aplicación de la CNMF en *Maffezini*.[76] Por otro lado, la referencia a que existen cuestiones especialmente negociadas que no pueden verse afectadas por la CNMF puede interpretarse como un primer paso para limitar el alcance del los razonamientos en *Maffezini*.[77]

El tribunal *Tecmed*, por lo tanto, sostiene que algunas cuestiones especialmente negociadas por los Estados y que forman parte esencial del consentimiento en obligarse en un TBI no pueden ser afectadas por la CNMF.[78] Como observan algunos autores, este argumento es problemático y prácticamente imposible de aplicación en la práctica, ya que en el Derecho Internacional no existen reglas específicas para interpretar las «cuestiones especialmente negociadas».[79] Además, de una

---

[75] Caso *Tecmed*… *Cit.*, para. 69.

[76] FIETTA, S. «*Most Favoured Nation Treatment*…». *Op. cit.*, p. 133.

[77] *Idem.* El tribunal arbitral en el asunto Austrian Airlines dio apoyo a estos argumentos y dijo que, a la luz de negociación específica y la formulación restrictiva de normas sobre solución de diferencias, la intención general manifestada en la CNMF es insuficiente para desplazar tales limitaciones. *Austrian Airlines vs. Slovakia*, Caso Uncitral, Laudo de 9 de octubre de 2009, paras. 135 y ss. (en lo sucesivo, caso *Austrian Airlines*). PARARINSKIS, M. «*MFN Clauses and International Dispute Settlement*…». *Op. cit.*, p. 33.

[78] FIETTA, S. «*Most Favoured Nation Treatment*…». *Op. cit.*, p. 133.

[79] PARARINSKIS, M. «*MFN Clauses and International Dispute Settlement*…». *Op. cit.*, p. 33 Los autores, además mencionan que, en todo caso, la naturaleza de las

forma un tanto absurda, implica que las disposiciones sobre solución de diferencias son negociadas de forma más específica que el resto de disposiciones en el tratado.[80]

Por su parte, el tribunal arbitral en el asunto *Siemens*[81] fue llamado a interpretar el TBI Argentina-Alemania que contenía «la regla de dieciocho meses» en los mismos términos que el TBI España-Argentina. El inversor alemán, que no había cumplido con la «regla de los dieciocho meses», se apoyó en la CNMF del tratado para incorporar las normas sobre solución de diferencias en el TBI Argentina-Chile, que no exige someter la controversia a los tribunales argentinos como condición previa para recurrir al arbitraje. Ahora bien, a diferencia del TBI España-Argentina, la CNMF en el TBI Argentina-Alemania no decía que fuera aplicable a todas las materias, más bien estaba redactada en términos generales. En esencia, establecía que las inversiones de los inversores de la otra parte contratante, así como las actividades relacionadas con dichas inversiones, no estarían sometidas a un trato menos favorable que las inversiones de inversores de terceros Estados.[82]

---

negociaciones de una norma podría ser relevante sólo en calidad de trabajos preparatorios conforme a los términos limitados del artículo 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, y no con base en el artículo 31 que contiene la regla general de interpretación.

80 Banifatemi, Y. «*The Emerging Jurisprudence on the Most-Favoured-Nation Treatment in Investment Arbitration*». En Bjorklund, A.A., I. Laird y S. Ripinsky (eds.). *Investment Treaty Law: Current Issues III.* Reino Unido: Biicl, 2009, en p. 269.

81 *Siemens… Cit.*

82 El trato de NMF en el TBI Argentina-Alemania se regula en los siguientes términos:

Artículo 3(1).- Ninguna de las Partes Contratantes someterá en su territorio a las inversiones de nacionales o sociedades de la otra Parte Contratante o a las inversiones en las que mantengan participaciones los nacionales o sociedades de la otra Parte Contratante, a un trato menos favorable que el que se conceda a las inversiones de los propios nacionales y sociedades o a las inversiones de nacionales y sociedades de terceros Estados.

En opinión del tribunal, la intención de las partes, según se desprende de su preámbulo y propósitos del TBI, es clara: «crear condiciones favorables para las inversiones y estimular la iniciativa privada». En ese sentido, el Tribunal dice que las partes están de acuerdo en que la protección y no solo la promoción son un estimulo para la iniciativa privada.[83] Finalmente, el tribunal observó que el tratado en cuestión, como muchos otros:

> [O]frece como característica distintiva mecanismos especiales de solución de diferencias que no están normalmente abiertos a los inversores. El acceso a estos mecanismos es parte de la protección otorgada en virtud del tratado. Forma parte del trato a las inversiones extranjeras y a los inversores y de las ventajas que se obtienen a través de la CNMF.[84]

De la decisión en *Siemens*, por último, conviene destacar que el tribunal, sin dar detalles ni explicaciones, repitió las referencias hechas por el tribunal en *Maffezini* a que las consideraciones fundamentales de política pública constituyen un límite para la aplicación de la CNMF.

Artículo 3(2).- Ninguna de las Partes Contratantes someterá en su territorio a los nacionales o sociedades de la otra Parte Contratante, en cuanto se refiere a sus actividades relacionadas con las inversiones, a un trato menos favorable que a sus propios nacionales y sociedades o a los nacionales y sociedades de terceros Estados. El Protocolo indica que «actividades» se refiere en particular aunque no exclusivamente a la administración, uso y beneficio de una inversión. Además, el artículo 4 establecía que «las materias regidas por el presente artículo, los nacionales o sociedades de una de las Partes Contratantes gozarán en el territorio de la otra Parte Contratante del trato de la nación más favorecida». Las materias regidas por el artículo 4 eran: 1) el estándar de plena protección y seguridad jurídica; 2) expropiación y compensación; 3) compensación, restituciones, indemnizaciones y otros resarcimientos en caso de pérdidas en inversiones por efecto de guerra, conflictos armados, revoluciones, estados de emergencia o insurrección. El texto de éstas está reproducido en caso *Siemens… Cit.,* paras. 82 y 88.

[83] *Id.,* parágrafo 81.

[84] *Siemens… Cit.,* para. 102.

Por otro lado, exactamente la misma CNMF contenida en el TBI España-Argentina aplicada por el tribunal arbitral en el asunto *Maffezini* fue objeto de análisis años más tarde en los asuntos *Gas Natural*,[85] *Suez I*[86] y *II*,[87] y *Telefónica*.[88]

En el asunto *Gas Natural*, el inversor español invocó la CNMF para evitar dar cumplimiento a la «regla de los dieciocho meses» prevista en el TBI España-Argentina como condición previa a iniciar un arbitraje internacional. El tribunal arbitral, después de observar que las disposiciones sobre arbitraje son parte esencial de la protección de las inversiones y apoyándose en el hecho de que la CNMF en cuestión, contenía la frase todas las materias regidas por el presente acuerdo», sostuvo que en el caso se podía incorporar por referencia las disposiciones sobre solución de diferencias contenidas en otros tratados. Si bien el tribunal reconoció que la cuestión no está libre de duda, formuló una especie de principio general al decir:

> A menos que aparezca de forma clara que los Estados parte en un TBI o las otras partes en un acuerdo de inversiones acordaran un método diferente de solución de diferencias que puedan

---

85 *Gas Natural SDG, S.A. vs. República Argentina*, Caso Ciadi n.° ARB/03/10, Decisión sobre Jurisdicción, 17 de junio de 2005 (en lo sucesivo caso *Gas Natural*). En el asunto *Gas Natural* el inversor era español y el Estado demandado Argentina; justamente a la inversa de lo que ocurrió en el asunto *Maffezini*.

86 *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. (AGBAR) vs. República Argentina*, Caso Ciadi n.° ARB/03/17, Decisión del Tribunal sobre Jurisdicción, 16 de mayo de 2006 (en lo sucesivo caso *Suez I*).

87 *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. (AGBAR) and Vivendi Universal S.A. y Auglian Water Group (AWD) vs. La República Argentina*, Caso Ciadi n.° ARB/03/19, Decisión del Tribunal sobre Jurisdicción, 3 de agosto de 2006 (en lo sucesivo caso *Suez II*).

88 *Telefónica S.A. vs. República Argentina*, Caso Ciadi n.° ARB/03/20, Decisión del Tribunal sobre las Objeciones a su Jurisdicción, 25 de mayo de 2006 (en lo sucesivo caso *Telefónica*).

> surgir, la CNMF en los TBI debe entenderse aplicable a la solución de diferencias.[89]

En los asuntos *Suez I* y *Suez II*, inversionistas españoles, sin antes haber iniciado ningún procedimiento ante los tribunales internos de Argentina, recurrieron al Ciadi invocando la CNMF prevista en el artículo IV del TBI España-Argentina en relación con el artículo 8.2 del TBI Argentina-Francia.[90] Los tribunales arbitrales realizaron un análisis del ámbito material de aplicación de la CNMF de conformidad con el sentido ordinario de sus términos, como establece la regla general de interpretación de los tratados contenida en el artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (CVDT), ya que «se supone que el texto del tratado es expresión auténtica de las intenciones de las partes».[91]

En su opinión, no hay ninguna duda de que las normas sobre solución de diferencias quedan comprendidas en el término «materia» de la frase «todas las materias regidas por el presente acuerdo» en el artículo IV del TBI España-Argentina, dado que este acuerdo en su artículo 10 regula la solución de diferencias. Además, observó que la palabra «tratamiento» en la frase «un tratamiento no menos favorable» en la CNMF en el TBI España-Argentina, aunque no está definida en el tratado, incluye los derechos y privilegios otorgados a las inversiones de inversores extranjeros. Por lo tanto, como el TBI Argentina-Francia concede un trato más favorable en materia de solución de diferencias que el TBI España-Argentina, dicho trato puede incorporarse a través de la CNMF.

---

89 Caso *Gas Natural*… *Cit*., para. 49.

90 Caso *Suez I*… *Cit*., para. 52.

91 La regla general de interpretación indica que «un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin». Véase el artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. U.N. Doc n.° A/CONF.39/27 (1969), 1155 U.N.T.S. 331, en vigor desde el 27 de enero de 1980 (en lo sucesivo CVDT).

El principio general que se desprende de estas decisiones es que si la expresión «en todas las materias» en CNMF va acompañada de una lista de excepciones en la que no aparece la solución de diferencias, no queda duda de que las normas sobre solución de diferencias se pueden incorporar por vía de la CNMF.[92]

El en el asunto *Telefónica*, otro inversor español inició el arbitraje sin cumplir con la »regla de los dieciocho meses» prevista en el TBI España-Argentina e invocó, a través de la CNMF, las normas sobre solución de diferencias en el TBI Argentina-Chile, que permite el arbitraje directo. El tribunal arbitral en *Telefónica* llegó a la misma conclusión que los tribunales arbitrales en *Maffezini*, *Siemens*, *Gas Natural* y *Suez I* y *II*, aunque utilizando un razonamiento parcialmente distinto.[93]

En opinión del tribunal en *Telefónica*, «la regla de los dieciocho meses» es una limitación temporal al recurso al arbitraje. Por lo tanto, la cuestión por resolver en el caso consistía en determinar si el recurso al Ciadi conforme al TBI España-Argentina puede estar exento de la condición previa de someter la diferencia a los tribunales domésticos, gracias a la aplicación de la CNMF.[94] Este aspecto, apuntó el tribunal, pertenece al «tratamiento» que Argentina aplica «dentro de su territorio» a los inversores españoles (ambos términos figuran en el texto de la CNMF).

Por lo tanto, concluyó el tribunal, este requisito cae en el ámbito de la CNMF, ya que no es aplicado a los inversores chilenos, ni otros extranjeros, en Argentina, lo que constituye un trato más favorable.[95]

Un aspecto de separación entre *Telefónica* y otras decisiones es que el tribunal, teniendo en mente que en el asunto *Maffezini*, se sostuvo que

---

92 Casos *Suez I y II*… *Cit.*, parágrafo 55.
93 Caso *Telefónica*… *Cit.,* parágrafos 106-108.
94 Caso *Telefónica*…*Cit.,* parágrafo 102.
95 *Id.*, parágrafos 102 y 103.

el arbitraje directo es parte de la protección sustantiva de los inversores en los TBI, que puede incorporarse por vía de la CNMF, afirmó que referirse al papel y función de las normas sobre solución de diferencias en los TBI, en general, no es una herramienta adecuada para resolver la cuestión.[96] En ese sentido, observó que no todos los TBI permiten el arbitraje directo.[97]

En el caso *National Grid,* como sucedió en *Maffezini*, el inversor inició un arbitraje, en este caso, conforme a las reglas de la Cnudmi, sin cumplir previamente con la «regla de los dieciocho meses» que exigía el TBI del Reino Unido-Argentina. Sin embargo, la CNMF con la que se intentaba lograr la aplicación del TBI EE.UU.-Argentina, que no preveía la regla de los dieciocho meses, estaba redactada en términos generales, ya que no se refería expresamente «a todas las materias».[98] En opinión del tribunal, la cuestión debía resolverse analizando si la palabra «trato» en la CNMF alcanza las normas sobre solución de diferencias en otros tratados.[99]

Para resolver la cuestión, el tribunal analizó la práctica ulterior de las partes y el contenido sustancial del trato dentro de la protección acordada a los inversores por los TBI. Así, observó que a partir de 1991 el tratado modelo del Reino Unido se le añadió un párrafo en el que se establece, expresamente, que «para evitar cualquier duda», la CNMF se aplica a los artículos 1 y 11, entre los que se encuentra regulada la solución de diferencias. En cuanto a la práctica de Argentina, el tribunal destacó que, tras el asunto *Siemens*; Argentina y Panamá intercambiaron notas con una «declaración interpretativa» de que la CNMF en el TBI suscrito entre estos países, no alcanza normas sobre solución de diferencias,

---

96 Caso *Telefónica…Cit.,* parágrafo 102, nota al pie 54.

97 *Id.,* parágrafo 108, nota al pie 62.

98 *National Grid PLC v. República de Argentina*, Caso CNUDMI, Decisión sobre Competencia, 20 de junio del 2006, parágrafo 83 (en los sucesivo caso *National Grid*).

99 *Id.,* parágrafo 84.

y que ésa había sido siempre su intención.[100] También destacó que las partes no habían proporcionado pruebas al tribunal de que hubieran considerado adoptar una declaración interpretativa similar, y que Argentina no había adoptado interpretaciones de ese tipo en los más de 50 TBIs que ha celebrado con otros Estados.[101]

Sin embargo, consideró que la práctica del Reino Unido era firme; mas no concluyente la de Argentina, y pasó a analizar la palabra «trato». Al final, el tribunal coincidió con lo que calificó como «equilibradas consideraciones» en el asunto *Maffezini*; y concluyó que la palabra «trato» en la CNMF, que en el caso aplicaba, permitía someter la diferencia al arbitraje sin cumplir «la regla de los dieciocho minutos».[102]

En resumen, la línea de interpretación establecida por *Maffezini* es que si la CNMF indica que se aplica a todas las materias eso incluye la solución de diferencias si, como normalmente sucede, la solución de diferencias se regula en el tratado que contiene la cláusula. Otras decisiones, como la de *National Grid*, han llevado el argumento más lejos y han extendido la aplicación de la CNMF incluso si el texto no se refiere a todas las materias.

Una corriente de interpretación distinta a la iniciada con el asunto *Maffezini* se encuentra en el caso *Plama.*

3.2.2. La línea de interpretación derivada del Caso Plama

a) El Caso Plama

En este caso, la controversia enfrentó a una empresa constituida conforme a las leyes de Chipre, *Plama Consortium Ltd*. (en lo sucesivo, *Plama*), contra Bulgaria. *Plama* había adquirido una empresa constituida

---

[100] Caso *National Grid … Cit,* parágrafo 85.
[101] *Idem.*
[102] *Id.,* parágrafo 93.

conforme a las leyes de Bélgica y que, a su vez, era propietaria de una refinería de petróleo en Bulgaria. En agosto del 2003, *Plama* solicitó al Ciadi la constitución de un tribunal arbitral alegando las dificultades que había encontrado en Bulgaria para disfrutar plenamente de su inversión. *Plama* intentó justificar la competencia del Ciadi invocando, además del artículo 26 de la Carta de la Energía,[103] la CNMF en el TBI Bulgaria-Chipre que, en su opinión, le permitía beneficiarse de las disposiciones en materia de solución de diferencias previstas en el TBI entre Chipre y Finlandia.[104]

En el TBI Bulgaria-Chipre se preveía la posibilidad de recurrir al arbitraje internacional *ad-hoc*. Sin embargo, esta posibilidad estaba limitada a diferencias sobre el monto por compensación, en caso de expropiaciones que no hubieran podido resolverse por vía administrativa.[105] Además, no se permitía recurrir al arbitraje hasta que hubieran transcurrido tres meses de consultas sin que las partes alcanzaran un acuerdo.[106] Por su parte, el TBI Bulgaria-Finlandia permitía el recurso directo al Ciadi para resolver diferencias Estado-inversor.

Ahora bien, a diferencia de la CNMF aplicada en el asunto *Maffezini*, el TBI Chipre-Bulgaria no decía expresamente que fuera aplicable «a todas las materias». De hecho, se limitaba a disponer, de forma muy general, que las inversiones realizadas por inversores de la otra parte

---

[103] El asunto *Plama* fue el primer asunto decidido en el marco del Ciadi con base en el artículo 26 de la Carta de la Energía. Ahora bien, los aspectos relacionados con la jurisdicción y la Carta de la Energía no son relevantes a los efectos que nos ocupan; y, por lo tanto, no son aquí abordados.

[104] Caso *Plama… Cit.*, para. 183.

[105] Conviene decir que TBI Chipre-Bulgaria también exigía que la legalidad de las expropiaciones fuera verificada previamente a través de un procedimiento administrativo y legal de la parte contratante que adoptó las medidas de expropiación. Así, la posibilidad de recurrir al arbitraje *ad-hoc* sólo existía después de que, como resultado de este procedimiento, se decidiera un monto en concepto de compensación y las partes no estuvieran de acuerdo.

[106] Las disposiciones sobre solución de diferencias en el TBI Chipre-Bulgaria están reproducidas en: Caso *Plama… Cit.*, paras. 272 y 273.

contratante recibirían un trato no menos favorable que las inversiones de inversores de terceros Estados.[107]

El tribunal, siguiendo las reglas de interpretación en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados,[108] dijo que no estaba claro si el sentido ordinario del término «trato» en el TBI Chipre-Bulgaria incluía o excluía las disposiciones sobre solución de diferencias previstas en otros TBI celebrados por Bulgaria.[109]

El tribunal reconoció que el contexto del TBI Chipre-Bulgaria, que se refería a crear condiciones favorables para las inversiones, su promoción y protección, podía dar cierto apoyo a la interpretación propuesta por el inversor. Sin embargo, también dijo que el contexto por sí solo no era suficiente a la luz de otros elementos de interpretación considerados en el caso para convencerle de que las partes habían tenido la intención que la CNMF alcanzara disposiciones sobre solución de diferencias.[110] En apoyo a esta conclusión, el tribunal observó que, tras la caída del régimen comunista en Bulgaria, las partes iniciaron una revisión del tratado en 1998 que incluía una renegociación de las normas sobre solución de diferencias.

Por lo tanto, el hecho de que en a partir de los noventas, Bulgaria concluyera algunos TBIs con disposiciones más liberales en materia de solución de diferencias, no podía considerarse, en su opinión, una práctica que condujera a una interpretación extensiva de la CNMF.[111] Así, el tribunal concluyó que Bulgaria y Chipre limitaron los mecanismos para resolver las diferencias Estado-inversor a las disposiciones previstas en el

---

[107] El texto de la CNMF en este tratado ha sido reproducida previamente en el apartado 1.3 de este estudio.

[108] Artículo 31 CVDT… *Cit.*

[109] Caso *Plama… Cit.*, para. 189.

[110] *Id.,* para. 192.

[111] Caso *Plama… Cit.*, para. 196.

TBI Chipre-Bulgaria y que no tuvieron la intención de extender estas disposiciones a través de la CNMF.[112]

El tribunal en *Plama* pudo detenerse ahí, sin embargo, no lo hizo y cuestionó de forma directa los razonamientos del tribunal en el asunto *Maffezini*. El tribunal empezó diciendo que, pese a que el arbitraje es hoy en día una vía aceptada para la solucionar diferencias entre Estados e inversores, no por ello se elimina el requisito básico del arbitraje consistente en que exista un acuerdo de las partes de recurrir al arbitraje. El tribunal después observó que es un principio establecido en el Derecho Interno e Internacional que tal acuerdo debe ser claro y exento de ambigüedad.[113]

En opinión del tribunal, la duda y la ambigüedad pueden surgir si el acuerdo para recurrir al arbitraje se intenta establecer incorporándolo por referencia a través la CNMF.[114] Lo más llamativo es que el tribunal no se refiere en sus consideraciones solamente a CNMF redactadas en términos generales, como sucedía en el caso con el TBI Chipre-Bulgaria. El tribunal fue mucho más allá al sostener que la expresión «en relación con todas las materias», que aparece en CNMF en diversos TBI, no alivia ni elimina la duda de que ésta alcance las disposiciones sobre la solución de diferencias.[115] Acto seguido, el tribunal expresamente se manifestó en desacuerdo con el análisis aplicado en este punto por el

---

[112] *Id.,* paragrafo 197.

[113] *Id.,* para. 198. Esta observación del tribunal en *Plama* ha sido repetida por otros tribunales, por ejemplo, *Telenor Mobile Communications A.S. vs. Republic of Hungary*, Caso Ciadi n.° ARB/04/15, Laudo del 13 de septiembre de 2006. para. 90; *Vladimir Berschader and Moïse Berschander vs. Russian Federation*, Caso SCC n.° 080/2004, Laudo del 21 de agosto de 2006, para. 181 (en lo sucesivo caso *Berschader*); *Wintershall Aktiengesellschaft vs. República de Argentina*, Caso Ciadi n.° ARB/04/14, Laudo del 8 de diciembre de 2008, para. 167 (en lo sucesivo caso *Wintershall*).

[114] Caso *Plama… Cit.*, para. 199.

[115] *Id.,* parágrafos 204-205. El tribunal duda que puedan incorporarse por referencia las normas sobre solución de diferencias que un TBI establece para resolver diferencias sobre el incumplimiento de las obligaciones de ese tratado. Además, obser-

tribunal en el asunto *Maffezini* y también perplejo acerca del origen de «las consideraciones fundamentales de política pública», a las que el dicho tribunal se refirió como límites al tipo de materias que pueden incorporarse por referencia a través de la CNMF.[116]

Finalmente, el tribunal en *Plama* expresó lo que puede entenderse como un intento por establecer un principio general que debe guiar futuras interpretaciones en este contexto, y lo hizo en los siguientes términos:

> Una CNMF en un tratado básico no incorporará por referencia, en todo o en parte, normas sobre solución de diferencias establecidas en otro tratado, salvo que la CNMF en el tratado básico no deje dudas de que las Partes Contratantes tuvieron la intención de incorporarlas.[117] (Traducido del original en inglés por el autor)

b) Algunas decisiones en línea con la interpretación en el Caso Plama

En el asunto *Salini*, el tribunal dijo compartir la preocupación expresada por algunos sectores en relación con la inseguridad y el riesgo del

va que no siempre es sencillo determinar qué trato es más favorable; por ejemplo, si un tratado establece el arbitraje ante el Ciadi u otro con base en la Uncitral.

116 Textualmente, el tribunal dijo: «*The present tribunal was puzzled as to what the origin of these "public policy consideration" is. When asked by the Tribunal at the Hearing, counsel for the Claimant responded: "They just made it up"*». Caso *Plama… Cit*., para. 221. Para algunos autores esta lista puede tener sentido si se ve como un reflejo de la intención derivada del texto del tratado. Sin embargo, resulta controvertido si se ve como una lista *ad-hoc* de «consideraciones de política pública» elegidas por el tribunal. Freyer, D.H. and D. Herlihy. «*Most-Favored-Nation Treatment and Dispute Settlement in Investment Arbitration: Just How "Favored" is "Most-Favored"*». *Icsid Review - Foreign Investment Journal,* 2005, vol. 20, n.º 1, 2005, p. 82.

117 Caso *Plama… Cit*., para. 223.

treaty shooping que la solución adoptada en *Maffezini* podría generar.[118] No obstante, en su decisión apuntó que la CNMF que en el caso analizaba no se refería «a todas las materias», como sucedió en el asunto *Maffezini*.[119]

La CNMF en este caso estaba redactada en términos muy generales, únicamente indicaba que el trato más favorecido (TMF) sería concedido a las inversiones efectuadas por inversores de la otra parte contratante, así como a las ganancias resultantes u otros beneficios no previstos derivados de desarrollos normativos internos o internacionales. Además, el TBI que contenía la CNMF hacia obligatorio solucionar las diferencias contractuales, como era el caso, con base en los mecanismos establecidos en tales contratos. El Tribunal concluyó que en el caso la CNMF no eliminaba la obligación de solucionar las diferencias con base en los mecanismos previstos en el contrato que motivó la controversia.[120]

En el asunto *Telenor* el TBI aplicable permitía el arbitraje pero solo para controversias relacionadas con expropiaciones. Los inversores intentaron invocar la CNMF para justificar la competencia del tribunal arbitral en contextos distintos al de una expropiación. El tribunal no aceptó extender la jurisdicción más allá de lo previsto en el tratado básico que contenía la CNMF y dijo respaldar de todo corazón (*wholeheartedly*) el análisis y declaraciones de principios de *Plama*.[121] En el caso, la CNMF estaba redactada en términos amplios, en esencia establecía que las inversiones recibirán un trato no menos favorable que el acordado a las inversiones de inversores de terceros Estados. El tribunal dijo que el sentido ordinario de estos términos, aplicando la regla general de interpretación de los Tratados de la CVDT, es que los derechos sustantivos en relación con las inversiones son los que no deben ser tratados

---

[118] Caso *Salini… Cit.,* parágrafo 115. Véase también FAYA, A. «*The Most-Favored-Nation Clause in International Investment Agreements...*». *Op. cit.*

[119] Caso *Salini… Cit.,* parágrafo 117.

[120] Caso *Salini… Cit.,* parágrafo 119.

[121] Caso *Telenor… Cit.*, parágrafo 90.

de forma menos favorable, pero que no hay nada en ellos que permita incorporar también derechos procesales.[122]

El asunto *Bershader* es interesante ya que el tribunal fue llamado a interpretar una CNMF que, expresamente, indicaba ser aplicable «en todas las cuestiones comprendidas» en el tratado básico y, sin embargo, dos de tres miembros del tribunal señalaron que, incluso, una cláusula redactada en esos términos, aparentemente claros, no puede decirse que indique inequívocamente que alcance a las normas sobre solución diferencias.[123]

En el asunto *Wintershall*, un inversor alemán, que no había cumplido con la «regla de los dieciocho meses», invocó la CNMF, que establecía el derecho al trato más favorable de los inversores extranjeros, en general, para incorporar las normas sobre solución de diferencias TBI Argentina-EE.UU., preveía el arbitraje obligatorio en cualquier controversia sobre inversiones.[124] Para el tribunal, el consentimiento de un Estado para recurrir al arbitraje es reflejo de su soberanía e independencia y, por lo tanto, no se pude presumir. En sus palabras: «un consentimiento presunto no es considerado como suficiente, porque los tribunales no pueden presumir una restricción cualquiera a la independencia de un Estado —que no haya sido consentida—».[125] En ese sentido, el consentimiento en materia de arbitraje, en su opinión, no se puede importar de otro tratado vía la CNMF. El tribunal reconoció que la CNMF en este caso no decía ser aplicable a «todas las materias», como en el asunto *Maffezini*, pero no manifestó certeza en cuanto a que, en caso de que el texto hubiera recogido esa frase, hubiera sido suficiente para respaldar la interpretación propuesta por el inversor y se limitó a decir que «(tal vez)».

---

[122] *Id.,* parágrafo 92.
[123] Caso *Berschader… Cit.*, parágrafos 179-181.
[124] Caso *Wintershall… Cit.*, parágrafo 18.2.
[125] Caso *Wintershall… Cit.*, parágrafo 160.3.

En cualquier caso, el tribunal advirtió que «[d]ebe evitarse agregar palabras a un tratado sobre la base de una intención presunta. Se trata de un ejercicio que se ha caracterizado como una interpretación que "tiende a crear significado en lugar de desentrañarlo"». [126]

En el asunto *Austrian Airlines* el tribunal sostuvo que la CNMF se debe leer en su contexto; es decir, tomando en cuenta otras disposiciones del tratado. De hecho, que otras normas en el tratado, por ejemplo, las que se refieren a la solución de diferencias, puedan ser consideradas como una limitación a la CNMF.[127]

El tribunal en *Daimler* sigue a *Plama* y otras decisiones en las que se ha negado extender la aplicación de la CNMF a la solución de diferencias para evitar hacer inferencias sobre el consentimiento de forma contraria al principio de soberanía del Estado.[128] En otras palabras, la restricción a la soberanía no puede basarse en suposiciones, ni siquiera aquéllas basadas en la aplicación de la CNMF.[129] La aceptación de la jurisdicción de un tribunal arbitral, como puede ser el Ciadi, constituye una limitación a la soberanía del Estado en ese contexto específico.[130] No obstante, en este caso, la decisión del tribunal no fue unánime.

En resumen, los argumentos del tribunal en *Plama* y de otras decisiones se inclinan a negar una interpretación extensiva de la CNMF a las normas sobre solución de diferencias, incluso si el texto de la cláusula se refiere a todas las materias como demuestra el asunto *Bershader*, salvo que el texto de la cláusula sea absolutamente claro y lo permita.

---

126 *Id.*, parágrafo 185.

127 Caso *Austrial Airlines… Cit.,* parágrafo 131.

128 *Daimler Financial Services AG vs. República Argentina*, Caso Ciadi n.° RB/05/1, 22 de agosto de 2012, parágrafo 164.

129 *Idem.*

130 *Idem.*

Las anteriores son las dos formas principales en las que se ha abordado la posible aplicación de la CNMF a normas sobre solución de diferencias, pero no son las únicas.

3.3. Algunas decisiones con elementos distintos a las decisiones en Maffezini *y* Plama

En el asunto *Tza Yap Shum*, un inversor chino en Perú intentó utilizar la CNMF en el TBI Perú-China para invocar el TBI Perú-Colombia que, a diferencia del primero que limitaba el arbitraje ante el Ciadi para los casos de expropiación u otras controversias que acordaran las partes, permitía demandar directamente al Estado peruano ante el Ciadi en controversias sobre trato justo y equitativo.[131] En el caso, el ámbito de aplicación de la CNMF se establecía con referencia al estándar de tratamiento justo y equitativo concedido a inversiones de inversionistas de un tercer Estado. El tribunal, basándose en el hecho de que las partes en el artículo 8 del TBI China-Perú, dispusieron expresamente la posibilidad de someter al Ciadi, además de los relativos a expropiaciones, otros asuntos si así lo acordaban las partes, sostuvo que el lenguaje general de la CNMF no podía prevalecer sobre el lenguaje específico del artículo 8.[132] Es decir, hizo prevalecer la norma más específica sobre la general.

El asunto *Renta 4* presenta ciertas similitudes fácticas y en el resultado con el asunto *Tza Yap Shum*, aunque el razonamiento del tribunal fue un poco distinto. El inversor intentó extender la jurisdicción limitada en el tratado básico a casos de expropiación invocando la CNMF que cubría el trato justo y equitativo. El tribunal sostuvo que la solución

---

[131] *Tza Yap Shum vs. República del Perú*, Caso Ciadi n.° ARB/07/6, Decisión sobre Jurisdicción y Competencia del Tribunal de Arbitraje, 19 de junio del 2009, para 192 (en lo sucesivo Caso *Tza Yap Shum*).

[132] Caso *Tza Yap Shum… Cit*, parágrafo 216.

de diferencias no es un aspecto inherente al tratamiento justo y equitativo.[133]

Por su parte, los tribunales en los asuntos *Urbaser*[134] y *Teinver*[135] decidieron sin entrar a analizar la aplicación de la CNMF sobre la obligación de la «regla de los dieciocho meses», argumentando que ese periodo, o ya había sido satisfecho al momento del laudo o que no resultaba aplicable porque no se podía esperar razonablemente que los tribunales internos de Argentina pudieran resolver la diferencia dentro del plazo de dieciocho meses.[136]

4. La posible solución apuntada por la CDI: la opinión disidente en el asunto *Impregilo*

Como hemos tenido oportunidad de exponer, previamente, la CDI desde el año 2008 ha estado analizando la CNMF en el ámbito de las inversiones. Aunque la CDI ha reconocido que no es fácil extraer alguna conclusión general sobre los planteamientos interpretativos en las decisiones sobre inversiones y, en especial, ha dicho que constituye un reto identificar, a raíz de las decisiones, un marco teórico subyacente que explicara el razonamiento seguido en las decisiones.[137] La labor de la CDI ya ha empezado a producir algunos de sus resultados. Si bien

---

[133] *Renta 4 vs. Rusia*, Caso SCC Case n.° v (024/2007), Decisión sobre objeciones preliminares, de 20 de marzo de 2009 (en lo sucesivo caso *Renta 4*).

[134] *Urbaser SA* y *Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa vs. República de Argentina*, Caso Ciadi n.° ARB/07/26, Decisión sobre jurisdicción de 19 de diciembre de 2012.

[135] *Teinver SA, Transportes de Cercanías SA y de Autobuses Urbanos del Sur SA vs. República de Argentina*, Caso Ciadi n.° ARB/09/1, Decisión sobre jurisdicción de 21 de diciembre de 2012.

[136] CHENG, T.H. y R. TRISOTTO. «*Urbaser SA and others vs. Argentine Republic and Teinver SA and others vs. Argentine Republic: A Workaround to the Most-Favoured-Nation Clause Dispute*». *Icsid Review*, 2014, vol. 29, n.° 2, p. 291.

[137] *Informe de la Comisión de Derecho Internacional 63.°* período *de sesiones (26 de abril - 3 de junio y 4 de julio al 12 de agosto de 2011. General Assembly Official Records*

algunos de ellos se refieren a cuestiones muy básicas. Por ejemplo, ha afirmado, por un lado, que existe un entendimiento general de que los derechos a los que se refieren la CNMF están en el tratado base y no en el tratado de una tercera parte y, por otro lado, que por lo que se refiere al principio *ejusdem generis*, no hay necesidad de más interpretación cuando la CNMF incluye o excluye de su ámbito material de aplicación los procedimientos de solución de diferencias.[138] Pero, más importante es que los resultados de la CDI también incluyen indicios sobre cuál es el marco de análisis que puede ser adecuado para abordar los casos más complejos; es decir, aquéllos en los que se intenta aplicar una CNMF que, expresamente, no permite ni excluyen su aplicación a procedimientos de solución de diferencias.[139] La CDI ha observado que un posible marco de análisis del principio *ejusdem generis*, en el contexto que nos ocupa, se encuentra en el voto particular de la árbitro profesora Stern en el asunto *Impregilo.*[140]

4.1. El asunto Impregilo *y la opinión disidente de la Profesora B. Stern*

Al igual que en muchas de las controversias mencionadas hasta ahora, en el asunto *Impregilo* un inversor, en este caso una empresa italiana, sin cumplir con «la regla de los dieciocho meses» prevista en el TBI Italia-Argentina, recurrió al Ciadi e invocó la CNMF para beneficiarse del TBI Argentina-EE.UU. La CNMF en el TBI Italia-Argentina establecía que se acordaría un trato no menos favorable para las inversiones de

---

Sixty-Sixth Session Supplement n.° 10 (A/66/10), para. 358 (en lo sucesivo, *Informe de la CDI 2011*).

138 *Id.,* para. 356.

139 Algunos autores observan que en la mayor parte de los casos los tribunales arbitrales, son llamados a interpretar cláusulas generales y abstractas. Faya, A. «*The Most-Favored-Nation Clause in International Investment Agreements...*». *Op. cit.*, p. 97.

140 *Informe de la CDI 2011… Cit.,* parágrafo 357. *Impregilo S.p.A. vs. República Argentina*, Caso Ciadi n.° ARB/07/17, Laudo, 21 de junio de 2011 (en lo sucesivo caso *Impregilo*).

inversores de la otra parte contratante, para las ganancias y actividades vinculadas con aquéllas y a todas las demás cuestiones reguladas por el Acuerdo.

Además, contenía una lista de ventajas y privilegios a los que no se aplicaría la CNMF, relacionados con acuerdos de integración, económicos o fiscales.[141] Aunque en el CNMF se refería aplicable a todas las cuestiones reguladas, para el tribunal, el término «trato» en la CNMF fue, suficientemente, amplio para hacerla aplicable a cuestiones procesales, como la solución de diferencias.[142] El tribunal, además, analizó si la solución de diferencias en el TBI Argentina-EE.UU. era *más favorable* que el TBI Italia-Argentina, y concluyó que sí, ya que el primero daba la opción al inversor de elegir entre un proceso interno o uno internacional, mientras que el segundo no brinda esa opción.[143]

Argentina intentó, sin éxito, persuadir al tribunal sobre el hecho de que nunca había tenido la intención de que las normas sobre solución de diferencias en el TBI Italia-Argentina fueran sustituidas, vía la CNMF, por las que se contienen en el TBI Argentina-EE.UU.[144] El tribunal dio una importancia particular al hecho de que la CNMF se refiriera por aplicable a «todas las demás cuestiones» reguladas por el acuerdo y dijo que, de forma casi unánime, las decisiones arbitrales que

---

[141] Concretamente, la CNMF no se aplica a ventajas y privilegios que una parte contratante otorga un tercero que resultaran de su participación en: a) una unión aduanera o económica, b) un mercado común, c) zonas de libra comercio, d) acuerdos económicos multilaterales internacionales, e) acuerdos para evitar la doble imposición, f) otros acuerdos en materia impositiva o acuerdos para facilitar los intercambios fronterizos.

[142] Caso *Impregilo… Cit.,* parágrafo 99.

[143] *Id.,* parágrafo 101.

[144] El argumento de Argentina fue decir que se podía deducir su falta de intención del hecho que Argentina había incluido en muchos TBIs "la regla de los 18 meses", incluso muchos de ellos habían sido concluidos con posterioridad al TBI Argentina-EE.UU. El Tribunal dijo que el argumento no lo convencía porque el TBI Argentina-Italia era previó al TBI Argentina-EE.UU. Caso *Impregilo…cit.,* parágrafo. 102.

han interpretado CNMF redactadas en términos similares apoyaban la conclusión que alcanzan las normas procesales.[145]

Stern no estuvo de acuerdo con la decisión de la mayoría en que la CNMF fuera aplicable a la resolución de diferencias, y expuso una opinión disidente. En su parecer, incorrectamente se permitió que el inversor evitara cumplir «la regla de los dieciocho meses» prevista en el tratado base, el TBI Argentina-Italia, invocando la CNMF para beneficiarse del TBI Argentina-EE.UU., que prevé para los inversores dos opciones excluyentes entre sí: a) someter la diferencia a los tribunales locales o; b) recurrir al arbitraje obligatorio pasados seis meses del surgimiento de la diferencia. Para Stern, los mecanismos previstos en estos acuerdos son distintos y no pueden compararse. De hecho, considera que importar únicamente un plazo de un mecanismo a otro, no tiene ningún sentido, ya que no puede basarse en una comparación seria entre las dos cláusulas que tienen una lógica subyacente distinta.[146]

El razonamiento base de la decisión de la mayoría, es que la opción de recurrir al arbitraje directo en el TBI Argentina-EE.UU., es más favorable que tener que iniciar un procedimiento local, como exige el TBI Argentina-Italia; y, por lo tanto, resulta aplicable la CNMF que alcanza todas las cuestiones reguladas por el acuerdo base.

Para Stern, este razonamiento es apresurado, ya que en el caso también se podría argumentar que un mecanismo que prevé la posibilidad de recurrir a dos foros (aunque para iniciar el arbitraje se deban esperar

---

[145] *Id.,* parágrafos 102–104, 108.

[146] Caso *Impregilo,* Opinión Concurrente y Disidente de la Profesora Brigitte Stern, 21 de junio de 2011, para. 11 (en lo sucesivo, Caso *Impregilo, Opinión Disidente B. Stern*) Stern explica que estos acuerdos atienden a una lógica distinta, mientras que el tratado base exige recurrir a los tribunales internos antes de acudir al arbitraje, el TBI Argentina-EE.UU. prohíbe recurrir a los tribunales locales si se quiere recurrir al arbitraje.

dieciocho meses), es más favorable que un mecanismo que permite sólo uno.[147]

Más aún, afirma que en el caso, el inversor terminó encontrándose en una situación mejor que la que se prevé para los inversores en los dos TBI en cuestión, ya que obtuvo lo mejor de ambos tratados. Se eliminó la regla de los dieciocho meses del primero, y sus opciones de iniciar un procedimiento interno, no quedaron excluidas tras iniciar el arbitraje, como se exige en el segundo. Por lo tanto, no se le concedió el trato más favorable establecido en un tratado, sino un trato más favorable inexistente.[148]

Tras realizar estas aclaraciones, Stern pasó a proponer un marco de análisis de la CNMF basado en el principio *ejusdem generis*.

4.2. El marco de análisis propuesto por la Profesora B. Stern

Stern sostiene que la división entre materias sustantivas y procesales es relevante en este contexto, aunque considera que las razones que lo justifican, *aún no han sido explicadas con precisión.*[149] Además, reconoce que el acceso a la jurisdicción internacional puede ser un elemento de protección importante para los inversores y, por lo tanto, quedar comprendida en el trato que éstos reciben.

---

147 *Idem.*

148 *Id.,* parágrafo. 12.

149 Caso *Impregilo, Opinión Disidente B. Stern… Cit.,* parágrafos. 29 y 30. Aunque encuentra interesante la distinción que hace H.L. Hart entre normas primarias (normas sustantivas) y normas secundarias (normas sobre las normas primarias, incluidas la solución de diferencias) como fuente explicativa, admite que no hay doctrina ni jurisprudencia sólida que respalde esta distinción académica en este contexto y coincide con el caso *Renta 4* en que el criterio apropiado es el principio *ejusdem generis.*

Eso, a simple vista, parecería dificultar una separación tajante entre los aspectos sustantivos y procesales.[150] Sin embargo, en su opinión, es posible y se debe separar, a los efectos del principio *ejusdem generis*, el trato sustantivo del trato jurisdiccional, porque las condiciones de admisibilidad para beneficiarse con cada tipo de trato, no son las mismas.[151]

La razón que apunta para no incluir las normas sobre solución de diferencias en la aplicación de la CNMF, es que a nivel nacional, todos los derechos tienen automáticamente un medio para defenderlos por medio del sistema jurisdiccional. Sin embargo, en el ámbito internacional, ese derecho existe sólo excepcionalmente, cuando el Estado ha prestado su consentimiento para que el trato jurisdiccional complemente el trato sustantivo. Por lo tanto, el principio *ejusdem generis* impide que sean asimilados y aclara que el trato diferenciado no se basa en la distinción sustantivo/procesal *per se*, sino en que el acceso a la jurisdicción internacional requiere que se cumpla una condición complementaria, el consentimiento.[152] Además, coincide con *Berschader*, en que no por el hecho de que una CNMF se refiera aplicable a todas las materias, se elimina en todos los casos la duda de si alcanza o no a los mecanismos de solución de diferencias.[153]

Para mayor precisión, Stern explica que «existen derechos y existen condiciones fundamentales para acceder a los derechos»; es decir, «existen normas que confieren derechos sustantivos y jurisdiccionales» y «existen normas que regulan el acceso […] a los derechos sustantivos y jurisdiccionales otorgados por el tratado base».

En su opinión, la CNMF sólo puede referirse a los derechos que puede gozar un inversor, pero no puede modificar las condiciones

[150] *Id.,* parágrafo. 32.
[151] *Id.,* parágrafo. 37.
[152] *Id.,* parágrafo. 45.
[153] *Id.,* parágrafo. 46.

exigidas para disfrutar de tales derechos.[154] En su razonamiento, Stern se apoya en los trabajos de Endre Ustor en su calidad de Relator Especial de la CDI, quien hace más de cincuenta años escribió: «El Estado beneficiario sólo puede invocar derechos que correspondan al objeto al que se refiere la cláusula, comprendidos dentro de los límites cronológicos y otras condiciones y restricciones que estipule el acuerdo y que se refieran a personas».[155] Este pasaje es de suma importancia para Stern, ya que considera que explica cabalmente el modo en que debe implementarse la CNMF.

Así, sostiene que para beneficiarse de los derechos sustantivos contenidos en un TBI es necesario que se cumplan condiciones *ratione personae*, *ratione materiae* y *ratione temporis*.[156] Si alguna de las condiciones no se cumple no se podrá disfrutar de los derechos sustantivos conferidos por el tratado, ya que constituyen un prerrequisito para el goce de dichos derechos.[157] Además, si el beneficio se refiere a recurrir al arbitraje, es necesario que se cumpla con una condición adicional del tipo *ratione voluntatis*. En otras palabras, el Estado debe haber otorgado su consentimiento para que el inversor pueda recurrir al arbitraje directo.[158]

Stern aplica este marco teórico al TBI Argentina-Italia para ilustrar su funcionamiento. La condición *ratione personae* indica que la controversia debe surgir entre un Estado parte y un nacional de la otra parte; la condición *ratione materiae* exige que la controversia verse sobre una inversión; la condición *ratione voluntatis* requiere que el Estado presente un ofrecimiento de someter la diferencia a arbitraje, que puede ser aceptado discrecionalmente por el inversor; la condición *ratione temporis* exige que el TBI esté en vigor al momento de surgir la diferencia.

---

154 Caso *Impregilo, Opinión Disidente B. Stern… Cit.,* para. 47.
155 *Id.,* parágrafo 48.
156 *Id.,* parágrafo 51.
157 *Id.,* parágrafos 59 y 60.
158 *Id.,* parágrafo 52.

Lo esencial del argumento de Stern, es que ninguna de estas condiciones puede ser alterada o modificada por la CNMF.

Por ejemplo, la definición de inversor se encuentra incluida en «todas las demás cuestiones» (formulación similar a todas las materias) reguladas por un TBI; sin embargo, no puede modificarse a través de la CNMF, ya que la definición establece la condición necesaria para el acceso a la protección prevista en el TBI. Así, si en el tratado base no se pueden considerar inversores las personas que tengan doble nacionalidad, el hecho de que un tratado con un tercer país permita considerarlas inversores, no puede modificar la definición del tratado base, aunque la definición sea una materia regulada por el tratado. Tampoco puede modificarse la condición *ratione materiae*. Si un TBI protege inversiones en el ámbito de la agricultura, no puede extenderse por virtud de la CNMF a las inversiones en materia de industria; ni tampoco se puede modificar la condición *ratione temporis*; por ejemplo, extendiendo la protección de un tratado, *más allá de su vigencia por el hecho de que otro TBI tenga un plazo más amplio de aplicación.*[159]

Por la misma razón, la CNMF no puede modificar la condición *ratione voluntatis*, ya que constituye «una condición de admisibilidad para gozar de los derechos jurisdiccionales».[160]

Por último, Stern aclara que el consentimiento para someter una diferencia en concreto al arbitraje, es distinto del consentimiento que un Estado confiere a otro cuando ratifica el tratado, dado que la necesidad de un consentimiento complementario es parte de la estructura del Derecho Internacional. Para que los inversores puedan recurrir al arbitraje internacional «debe otorgarse un consentimiento específico en el tratado», y deberán cumplir cualquier condición que acompañe dicho consentimiento.

---

[159] Caso *Impregilo, Opinión Disidente B. Stern… Cit.,* parágrafo 70.
[160] *Id.,* parágrafo 78.

En otras palabras, el otorgar derechos sustantivos en un tratado no implica automáticamente que se conceda también el derecho de acceder a un recurso jurisdiccional a nivel internacional, ya que la jurisdicción internacional, ya sea de un tribunal arbitral o de la CIJ, es una competencia de atribución que debe respetar los límites establecidos por los Estados al dar su consentimiento, no poseen competencia general y obligatoria.[161]

5. CONCLUSIÓN

Después de muchos años de debate doctrinal y jurisprudencial, el apoyo expreso a los razonamientos de la profesora Stern que contienen los resultados provisionales de la CDI, parecen apuntar, finalmente, un marco general para analizar, en el contexto del principio *ejusdem generis*, la relación entre la CNMF y los mecanismos de solución de diferencias en los TBI.

El marco de análisis propuesto está firmemente anclado en los principios que por cientos de años han regido el Derecho Internacional; en particular, la jurisdicción por atribución que caracteriza la solución judicial internacional.

Ahora bien, la aplicación uniforme de este marco de análisis dependerá de la voluntad de los integrantes de los tribunales arbitrales llamados a resolver una cuestión de esta naturaleza. Por el momento, podemos observar que casos muy recientes que se alejan del marco de análisis propuesto, como el asunto *Garantzi Koza LLP*.[162] Desde un punto de vista de fondo, este tipo de decisiones lejos de favorecer la uniformidad de criterios, parecen añadir nuevos elementos de confusión que llevan a una nueva dimensión el debate iniciado con *Maffezini*.

---

[161] *Id.,* parágrafo 53.

[162] *Garanti Koza LLP. vs. Turkmenistán*, Caso Ciadi n.° ARB/11/20 del 3 de julio del 2013.

En particular, parece ampliar la aplicación de la CNMF, no sólo para evitar cumplir con un plazo antes de recurrir al arbitraje directo aceptado por el Estado en el tratado base, como se había venido haciendo en los casos que hemos comentado, sino que han ido mucho más lejos al importar el consentimiento de recurrir al arbitraje de un tratado con un tercero, sin que dicho consentimiento se hubiera otorgado en el tratado base.[163]

Los resultados finales de los trabajos que, actualmente, está desarrollando la CDI en la materia que se espera vean la luz muy pronto, pueden favorecer la aplicación uniforme del marco de análisis propuesto por Stern a los tribunales arbitrales. Ya que, si bien es verdad, la CDI no tiene autoridad para emitir normas vinculantes, nadie puede cuestionar la autoridad moral de sus opiniones, que en gran medida han contribuido al desarrollo progresivo del Derecho Internacional.

[163] Véase *Garanti Koza LLP. vs. Turkmenistán*, Caso Ciadi n.° ARB/11/20, Opinión Concurrente y Disidente de Laurence Boisson de Chazournes del 3 de julio de 2013.

Constitución y arbitraje de inversiones

Horacio Andaluz Vegacenteno[*]

Abstract: According to Bolivian Law of Arbitration, investment arbitration must be Bolivian. This is a sui generis regulation of this matter. The point of this article is to demonstrate that such a provision does not have its source in the Law of Arbitration, but in the Bolivian Constitution.

Resumen: De acuerdo con la legislación boliviana, el arbitraje de inversiones debe tener por sede Bolivia. Esta es una regulación *sui generis* de esta materia. El punto de este artículo es demostrar que tal obligación no tiene su fuente en la ley de arbitraje, sino en la Constitución de Bolivia.

Key words: Investment Arbitration, Ciadi, Bolivian Arbitration, Bolivian Constitution.

---

[*] LL.M. Harvard Law School, antiguo alumno de la Academia de La Haya de Derecho Internacional, Máster en Derecho Internacional (Universidad Complutense de Madrid). Profesor de Teoría General del Derecho y de Derecho Constitucional (UPSA). Árbitro (CCAC-Cainco, CEAR-CBHE y CAC-CNC). Autor de seis libros y una veintena de artículos académicos publicados y reproducidos en Bolivia, Chile, España, México, Colombia, Perú y Uruguay. Publicaciones vinculadas con este tema: ¿Retando el concepto de validez? La naturaleza jurídica del reconocimiento de laudos anulados (VII-3 Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones, 2014); *Argumentación, arbitraje y arbitrariedad: las contradicciones del Tribunal Constitucional en el Recurso Directo de Nulidad contra laudos* (XLI-2 Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 2013); *Algunas consideraciones generales sobre la aplicación de la Convención de Nueva York en Bolivia* (publicada en las fuentes indicadas en el párrafo 1 del texto principal). Socio del Club Español del Arbitraje.

Palabras clave: Arbitraje de inversiones, Ciadi, arbitraje boliviano, Constitución boliviana.

Sumario: 1. Introducción.— 2. Sometimiento a la jurisdicción boliviana: su lectura jurídica (interpretación del artículo 320. II).— 3. Prohibición de arbitraje internacional: su lectura jurídica (interpretación del artículo 366).— 4. Prohibición de reclamaciones diplomáticas: sus efectos.

1. INTRODUCCIÓN

1. Se acaba de promulgar la Ley n.° 708 (Ley de Conciliación y Arbitraje, de 25 de junio de 2015). La ley dedica sus artículos 127 a 133 a regular el arbitraje de inversiones, definiéndolo por su carácter nacional. Regular que «serán nacionales» (artículo 129.1) y tendrán por «sede» Bolivia (artículo 129.2); es decir, dos veces lo mismo. Ya la ley dijo que es nacional el arbitraje de sede boliviana (artículo 54.I) y, a contrario, que es extranjero un laudo dictado en otra sede (artículo 120). Ergo, en el lenguaje de la ley, nacionalidad y sede son sinónimos. Por tanto, decir que un arbitraje nacional tendrá por sede Bolivia, es redundar. Para decir que el derecho boliviano condiciona la validez del arbitraje de inversiones, bastaba con referirse a su sede: «un concepto puramente legal» (Corte de Apelaciones de París, asunto *Société Procédés de Préfabrication pour le Béton vs. Libye*, 1998),[1] que vincula al laudo con el sistema jurídico nacional que gobierna su validez. Puesta a un lado la reduplicación enfática de su texto, en esta materia la ley sigue a la Constitución y nada más, que al transferir al Poder Legislativo su poder de producción jurídica, lo

[1] En HILL, Richard. *On-line Arbitration: Issues and Solutions* (15 Arbitration International, 1999), p. 203.

hizo condicionando la validez de sus resultados a los límites de sus artículos 320.II[2] y 366.[3]

2. Lo que sigue es un juicio sobre la constitucionalidad de prohibir la elección de sede en el arbitraje de inversiones. En tal orden, debe primero atribuirse significado jurídico a los artículos 320.II y 366 de la Constitución. Una peculiaridad de la interpretación constitucional, es que por todo fundamento tiene al mismo objeto materia de interpretación: la Constitución. A diferencia de lo que ocurre con las fuentes ordinarias del derecho, cuya interpretación debe hacerse en coherencia con las otras fuentes que les son pares y de acuerdo con el contenido de las fuentes que condicionan su validez, la Constitución es autosuficiente a tiempo de interpretarse. Queda excluido que pueda recurrirse a otra fuente para determinar su significado. Tal cosa supondría subvertir su carácter fundacional del sistema jurídico. Y es que si la Constitución es la norma suprema del ordenamiento, lo es porque condiciona la validez del resto de fuentes. Por tanto, si su significado jurídico se determinase según el derecho ordinario, éste, y no ella, sería la norma suprema. En resumida coloquialidad: no puede interpretarse la Constitución según lo que diga el derecho ordinario. Aparejado a lo anterior, la argumentación, como expresión del razonamiento y construcción interpretativa, es también más compleja a nivel constitucional. Es una consecuencia natural de que haya menos insumos positivos para fundar el acto interpretativo que en el derecho ordinario. Sirva esto de justificativo de las páginas siguientes, que, a pesar de su extensión,

---

[2] «Toda inversión extranjera estará sometida a la jurisdicción, a las leyes y a las autoridades bolivianas, y nadie podrá invocar situación de excepción, ni apelar a reclamaciones diplomáticas para obtener un tratamiento más favorable».

[3] «Todas las empresas extranjeras que realicen actividades en la cadena productiva hidrocarburífera en nombre y representación del Estado estarán sometidas a la soberanía del Estado, a la dependencia de las leyes y de las autoridades del Estado. No se reconocerá en ningún caso, tribunal ni jurisdicción extranjera y no podrán invocar situación excepcional alguna de arbitraje internacional, ni recurrir a reclamaciones diplomáticas».

sólo explicitan la comprensión de un significado jurídico (y en esto lleva la razón Gadamer al sostener que comprender es siempre interpretar).[4]

3. Se prescinde aquí de un análisis de política legislativa. Simplemente porque ello exorbita los límites de un juicio positivo sobre la validez del derecho ordinario.

2. SOMETIMIENTO A LA JURISDICCIÓN BOLIVIANA: SU LECTURA JURÍDICA (INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 320.II)

4. En lo aplicable directamente al arbitraje de inversiones, el artículo 320.II de la Constitución dice: «toda inversión extranjera estará sometida a la jurisdicción […] boliviana […]». Esta norma prohíbe menos de lo que su texto aparenta. Para determinar su significado jurídico, acordemos (1) que el arbitraje es un derecho, (2) que las limitaciones a los derechos deben interpretarse restrictivamente y (3) que la unidad jurisdiccional no es antinómica con el arbitraje.

5. El arbitraje es un derecho, y de fuente constitucional, porque deriva de la propiedad privada (artículo 56 de la Constitución). Deducir un derecho en la vía arbitral, es en naturaleza jurídica un acto de disposición. Cuando la Constitución garantiza la propiedad, garantiza sus facultades, esto es, la posibilidad de usar, gozar y disponer de un derecho de contenido patrimonial, que es lo definitorio de su contenido esencial (STC n.° 121/2012-AAC, 2 de mayo de 2012, párrafo III.4). Como siendo propietario se puede disponer de un derecho, al garantizar la propiedad se está garantizando también la libertad de contratación, como medio para ejercer dicho poder de disposición. Por tanto, derechos tales como vender, comprar o donar, que tienen todos su fuente en un contrato, enraízan en la

[4] GADAMER, Hans-Georg. *Verdad y método*. Salamanca: Sígueme, 1977, 1.ª edición, p. 67.

Constitución, porque todos derivan del ejercicio de la libertad de disposición como facultad comprendida en la propiedad, instrumentalizada, en el caso de los ejemplos, a través de un acto jurídico. Y lo mismo ocurre con el arbitraje. Que se pacte someter a la decisión de un tercero una controversia de carácter patrimonial es tan sólo ejercer la libertad de disposición que corresponde a los titulares de los derechos envueltos en tal controversia; nada más. Por ello, habiendo propiedad, hay arbitraje.

6. Siendo el arbitraje un derecho, debe interpretárselo a favor de su ejercicio. La razón de Estado republicana es instituir un gobierno de poderes limitados para garantizar los derechos, porque sólo la libertad política «hace posible la única forma de convivencia entre individuos digna de un ser humano», y es la «condición previa de nuestra responsabilidad personal, de nuestra humanidad».[5] Respecto de los derechos, la organización del poder es tan sólo un instrumento, el medio que ha concebido la organización política para cumplir su finalidad garantista. Por tanto, el fundamento del Estado es la guarda de los derechos. Eso es lo que justifica su existencia como poder público. Nada de esto es ajeno a nuestra jurisprudencia constitucional, que ha dicho del Estado boliviano «que responde a un modelo de naturaleza eminentemente garantista, el cual se estructura bajo una premisa esencial: la eficacia máxima de los derechos fundamentales» (STC n.° 1112/2012-AAC, 6 de septiembre de 2012, párrafo III.2). Pues bien, si los derechos deben interpretarse a favor de su ejercicio, a contrario, sus limitaciones deben interpretarse restrictivamente. La fórmula política del Estado constitucional se hace efectiva en una norma general que excluye de licitud la privación de conductas no prohibidas expresamente (artículo 14.IV de la Constitución). Y consecuencia de esta libertad general de actuación, es que las limitaciones a los derechos deban interpretarse restrictivamente, porque para que lo prohibido se

[5] Popper, Karl R. *La responsabilidad de vivir. Escritos sobre política, historia y conocimiento*. Barcelona: Paidós, 1995, 1.ª edición, pp. 147 y 236.

mantenga expreso, debe rechazarse que argumentos *a simile*, amplíen sus supuestos de hecho. Es así que concluyendo que (1) el arbitraje es un derecho y (2) sus limitaciones deben interpretarse restrictivamente, el artículo 320.II debe ser tomado en el sentido menos gravoso para su ejercicio.

7. Al decir que la «inversión extranjera estará sometida a la jurisdicción […] boliviana», el artículo 320.II está diciendo que estará «sometida» a la «potestad de impartir justicia» (artículo 178.I de la Constitución) que corresponde a la «función judicial» (artículo 179.I). Hay, cuando menos, dos alternativas para entender este texto: (1) entender que la obligación de sometimiento a la jurisdicción boliviana queda cumplida sólo si los méritos del caso son juzgados por los tribunales del país (*i.e.*, en su jurisdicción ordinaria); ó (2) entender que hay sometimiento a la jurisdicción boliviana siempre que el juzgamiento de méritos no exorbite la unidad que rige a la función judicial. Ambas alternativas conllevan regular un derecho: el derecho a arbitrar, nacido de la libertad de disposición. Para decidir si en la producción legislativa se ha violado un derecho, desde el año 2001 el Tribunal Constitucional ha adoptado la garantía del contenido esencial, como técnica para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculantes para el legislador. En su aplicación, excluye de regulación el núcleo esencial de los derechos, que no puede ser afectado para que no se «altere el derecho como tal» (STC n.° 4/2001-RDI, 5 de enero de 2001, párrafo v.2). Al decir «el derecho como tal», el Tribunal Constitucional tomaba partido por la teoría absoluta del contenido esencial, que sostiene que los derechos están definidos por una específica esfera permanente, que existe como una medida preestablecida, fija y determinable en forma abstracta, como lo ha hecho al definir los derechos a la propiedad (STC n.° 121/2012-AAC, 2 de mayo de 2012, párrafo III.4), a una sentencia fundada (STC n.° 2221/2012-AAC, 8 de noviembre de 2012, párrafo III.1) y al debido proceso (STC n.° 284/2015-AAC, 2 de marzo de 2015, párrafo III.2).

8. Junto a la teoría absoluta, la garantía del contenido esencial tiene también una vertiente relativa, en la cual «el contenido esencial es aquello que queda después de una ponderación».[6] Se trata del principio de proporcionalidad, un ejercicio conceptual de ponderación de intereses contrapuestos de reiterado uso en el derecho constitucional. Como técnica para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador, la ponderación fue aplicada primero por la Corte Suprema de los Estados Unidos de América. Ya en 1928 el juez Holmes había escrito, en su disidencia en el asunto *Panhandle Oil Co. vs. Mississippi ex rel. Knox*, que «en los días de [Marshall] no estaba reconocido, como sí lo está hoy en día, que muchas de las distinciones del derecho son distinciones de grado».[7] Pero su razonamiento recién influenciaría en la Corte en las décadas siguientes, entendiéndose que una intromisión en la esfera de un derecho era innecesaria si es que la misma no era la más benigna con el derecho en cuestión (o la menos gravosa), entre todas aquellas medidas conducentes al cumplimiento de un fin constitucionalmente válido, como fue aplicado en los asuntos *Home Building & Loan Association vs. Blaisbell*[8] (1934), sobre moratoria hipotecaria, *Schneider vs. State*[9] (1939), sobre libertad de expresión, y *Korematsu vs. United States*[10] (1944), sobre discriminación. En el derecho continental europeo, la aplicación pionera del principio de proporcionalidad la hizo el Tribunal Constitucional Federal alemán, recurriendo en 1958 a la ponderación en un asunto que involucraba la libertad de elegir una profesión y en el que razonó que «el legislador ten[ía] que elegir siempre la forma de

---

6 Alexy, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, 3.ª reimpresión, p. 288.

7 277 U.S. 218, 223 (1928).

8 290 U.S. 398 (1934).

9 308 U.S. 147 (1939).

10 323 U.S. 214, 216 (1944).

intervención que limitase lo menos posible»[11] una libertad constitucional. Nada de esto es ajeno a la jurisprudencia boliviana, que a la vez que se ha mantenido aferrada a la teoría absoluta del contenido esencial, también ha dado aplicación a su vertiente relativa, como lo ha hecho al declarar la inconstitucionalidad del delito de desacato, por tratarse de una intromisión «desproporcionada» en la libertad de expresión (STC n.° 1250/2012-AIC, 20 de septiembre de 2012, párrafo III.3.1).

9. Que el Tribunal Constitucional se haya decantado, a la vez, por la garantía del contenido esencial (teoría absoluta) y por el principio de proporcionalidad (teoría relativa) es constitucionalmente válido, porque ambas son definiciones operativas del concepto jurídico de inviolabilidad de los derechos (artículo 13.I de la Constitución). Hasta acá el marco que debe usarse para el enjuiciamiento constitucional de las dos alternativas dadas. Enjuiciada la primera según la teoría absoluta, entender que la obligación de sometimiento a la jurisdicción boliviana queda cumplida sólo si los méritos del caso son juzgados por los tribunales del país (*i.e.*, en su jurisdicción ordinaria) es inconstitucional, por su velada privación del derecho a arbitrar. Como el contenido esencial de este derecho consiste en la libertad de decidir si una controversia se somete a la jurisdicción ordinaria o al arbitraje, la primera alternativa supone vaciarlo de contenido, excluyendo de antemano la prerrogativa de someter una controversia a arbitramento allí donde la Constitución no la ha excluido expresamente. Enjuiciada según el principio de proporcionalidad, la primera alternativa es por igual violatoria del derecho a arbitrar. La causa ya no es el vaciamiento en sí mismo de su contenido esencial, sino la desproporción entre la medida adoptada para dar cumplimiento al artículo 320.II y el derecho a arbitrar. Como la medida que adopta la primera alternativa supone que el juzgamiento

[11] BVerfGE 7, 377, en SCHWABE, Jurgen (compilador). *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán*. Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2009, 1.ª edición, p. 322.

de méritos quede a cargo exclusivamente de la jurisdicción ordinaria, la decisión de someter una controversia a arbitramento estaría completamente excluida. Con esto, la primera alternativa se configura como una intromisión innecesaria en la libertad de disposición. Y ya que la «necesidad» de la intromisión en la esfera de un derecho es un concepto relacional, véase que la segunda alternativa es la más benigna con el derecho a arbitrar, haciendo de la primera la menos benigna o la más gravosa y, por tanto, inconstitucional.

10. La segunda alternativa entiende que hay sometimiento a la jurisdicción boliviana siempre que el juzgamiento de méritos no exorbite la unidad que rige a la función judicial. Hay unidad jurisdiccional cuando la justicia que emana del pueblo (artículo 178.I de la Constitución) sólo la ejerce el órgano por él delegado. Dice de su monopolio por parte del Estado y de su encargo al Poder Judicial. Arraiga en la división de poderes. Viene de la prohibición de delegación de las competencias públicas (artículo 12.III). Está en la declaración de unicidad de la función judicial (artículo 179.I) y en la prohibición de tribunales de excepción (como organización, artículo 180.III; como derecho, artículo 120.I). El Poder Judicial está formado por una pluralidad de órganos independientes entre sí (jueces y tribunales). Forman una unidad si sus decisiones son revisables, directa o indirectamente, por un único órgano supremo. En los sistemas que vienen del *common law*, la unidad la dan sus cortes supremas. Aunque en los niveles inferiores la jurisdicción es especializada, la competencia de las cortes supremas no queda cercenada. El único alto tribunal son ellas. En los sistemas que evolucionaron de la Revolución Francesa, la unidad la dan sus tribunales constitucionales. Acá no hay diferencia con los sistemas del *common law*: mientras que en la tradición romano-germánica la defensa de la Constitución se encarga a un tribunal especializado, el mundo anglo-americano la confía a sus cortes supremas. En ambos casos la unidad de la jurisdicción viene de la unidad de la norma fundacional del sistema jurídico. Sólo puede venir de allí. Esa norma es la

Constitución. Y la unidad jurisdiccional es la representación funcional de su defensa. No hay decisión judicial que no pueda ser enjuiciada por violaciones constitucionales: todas están sujetas al imperio de la Constitución. Y, por tanto, lo están a la competencia de su custodio: las decisiones de la jurisdicción ordinaria y de sus jurisdicciones especializadas, de la jurisdicción militar (artículo 180.III), de la jurisdicción agroambiental (artículo 186) y de la jurisdicción indígena originario campesina (artículo 190.II) son todas enjuiciables por el Tribunal Constitucional. Hasta aquí podemos decir que no hay antinomia entre la unidad jurisdiccional y el arbitraje, porque todo acto de aplicación del derecho está sujeto a las garantías constitucionales para el ejercicio de la jurisdicción; y, por tanto, a la competencia del Tribunal Constitucional para su enjuiciamiento. Lo contrario sólo sería explicable si el arbitraje exorbitara el sistema constitucional. No siendo así, es simplemente insostenible. Por tanto, aplicado al arbitraje, la unidad jurisdiccional significa la competencia que tiene el Poder Judicial para enjuiciar la validez de las decisiones arbitrales. Y si resulta que el arbitraje de inversiones es de sede boliviana (artículos 129.1 y 129.2 de la Ley n.° 708), el sistema jurídico que gobierna la validez del laudo es el nacional y la jurisdicción competente para decidir sobre su nulidad es también la boliviana. Por tanto, al entender que hay sometimiento a la jurisdicción boliviana siempre que el juzgamiento de méritos no exorbite la unidad que rige a la función judicial, la segunda alternativa asegura que «toda inversión extranjera est[é] sometida a la jurisdicción […] boliviana» (artículo 320.II de la Constitución), porque está sometida a su «potestad de impartir justicia» (artículo 178.I de la Constitución), que corresponde a la «función judicial» (artículo 179.I) a través del recurso de nulidad del laudo.

11. Enjuiciada la segunda alternativa según la garantía del contenido esencial, esta vez el derecho a arbitrar no queda desprovisto de sustancia. Como la competencia de la jurisdicción boliviana para resolver el recurso de nulidad contra el laudo es consecuencia de la

sede del arbitraje, para que el sometimiento a la jurisdicción boliviana quede asegurado, debe asegurarse que la sede sea Bolivia. Esto es lo que hace la Ley n.° 708 (artículos 129.1 y 129.2). Al reglar que el arbitraje de inversiones será nacional (artículo 129.1) y tendrá por sede Bolivia (artículo 129.2) está reservando la competencia de resolver el recurso de nulidad contra el laudo al Poder Judicial boliviano. Con esto, hace dos cosas: (1) somete a la jurisdicción boliviana el enjuiciamiento de la validez de las decisiones arbitrales; y (2) regula el derecho a arbitrar sin cercenarle su esencia. La decisión de someter una controversia patrimonial a arbitramento sigue en la esfera protegida de la libertad de disposición, siendo lícito decantarse por someterse a la jurisdicción ordinaria o al arbitraje. Lo único que se ha regulado, prohibiéndoselo, es la decisión sobre la sede del arbitraje. Esta decisión, por importante que es, es de naturaleza accesoria respecto al derecho a arbitrar. Mientras que decidir someter una controversia a arbitramento hace a la esencia de este derecho, la elección de la sede está en su periferia. Por tanto, es constitucionalmente válido que la decisión sobre la sede esté sometida a una regulación imperativa. Es así porque no importa privación del derecho a arbitrar, sino que lo presupone. Y si se somete la segunda alternativa a un juicio de proporcionalidad, el resultado también es su constitucionalidad. Esta vez el fundamento no viene de preservar el contenido esencial del derecho, sino de la proporcionalidad entre la medida de cumplimiento del artículo 320.II de la Constitución y la intromisión en la esfera de la libertad de disposición. Al reservar, a través de la sede, la competencia del recurso de nulidad a los tribunales bolivianos a cambio de prohibir la elección de una sede distinta a la nacional, la segunda alternativa se configura como una intromisión «necesaria» en la esfera de la libertad de disposición, porque es la más benigna para cumplir el fin constitucionalmente válido de sometimiento a la jurisdicción boliviana. Por el contrario, no hay manera menos invasiva del derecho a arbitrar que prohibir la elección de sede para dar cumplimiento al artículo 320.II. Por tanto, el significado jurídico de este artículo consiste en reservar

para el Poder Judicial el enjuiciamiento en vía de nulidad de los laudos producidos en arbitrajes de inversiones. Así determinado su significado, su texto prohíbe menos de lo que efectivamente norma. Hasta acá la interpretación del artículo 320.II.

3. Prohibición de arbitraje internacional: su lectura jurídica (interpretación del artículo 366)

12. Pasemos ahora al artículo 366 de la Constitución. Éste, en lo aplicable directamente al arbitraje de inversiones, dice: «las empresas extranjeras que realicen actividades en la cadena productiva hidrocarburífera en nombre y representación del Estado […] no podrán invocar situación excepcional alguna de arbitraje internacional […]». Pasa acá lo mismo que con el artículo 320.II: la norma prohíbe menos de lo que aparenta su texto. Pero con una agravante: hay que liberar a la norma de la literalidad de su propio texto para que produzca algún efecto jurídico.

13. Por su ámbito de aplicación personal, el artículo 366 se dice aplicable a «todas las empresas extranjeras que realicen actividades en la cadena productiva hidrocarburífera en nombre y representación del Estado». Acá está el problema. Si sólo Yacimientos Petrolíferos Fiscales Bolivianos (YPFB) es (1) la "única [empresa] facultada para realizar las actividades de la cadena productiva de hidrocarburos y su comercialización» (artículo 361.I de la Constitución); y, (2) por consecuencia de tal calidad, es la única autorizada a «suscribir contratos […] con empresas públicas, mixtas o privadas, bolivianas o extranjeras, para que dichas empresas, a su nombre y representación, realicen determinadas actividades de la cadena productiva» (artículo 362.I), es constitucionalmente imposible que una empresa extranjera participe en la cadena productiva hidrocarburífera «en nombre y representación del Estado» (artículo 366). Por el contrario, la única posibilidad para que participase sería que el Estado

incumpla su propia Constitución y contrate directamente con ella, rehusando la participación obligatoria de YPFB. Hasta acá, la literalidad del artículo 366 sustrae su aplicación a sus propios sujetos normativos. Por tanto, (1) gramaticalmente el artículo 366 no produce efecto alguno (*i.e.*, no hay sujeto al cual aplicarla), y (2) produce, más bien, una antinomia con el artículo 361.I.

14. Ya para 1803 el juez Marshall había importado para la interpretación constitucional una regla tan antigua como que ya estaba inscrita en el Digesto de Justiniano (s. VI) y que manda que «en casos ambiguos, lo más conveniente es aceptar que la cosa de que se trata más bien sea válida a que perezca»,[12] razonando por la Corte que «no puede presumirse que cláusula alguna de la Constitución esté pensada para no tener efecto» (Corte Suprema de Estados Unidos, asunto *Marbury vs. Madison*, 1803).[13] La corrección racional de esta regla la dota de la universalidad suficiente para aplicarla a cualquier fuente del derecho. Pero en el caso de la Constitución boliviana, su aplicación debe sortear primero su artículo 196.II.

15. El artículo 196.II es una cláusula de interpretación: «En su función interpretativa, el Tribunal Constitucional Plurinacional aplicará como criterio de interpretación, con preferencia, la voluntad del constituyente, de acuerdo con sus documentos, actas y resoluciones, así como el tenor literal del texto». Las reglas de interpretación positivadas son meta normas (fuentes). Ellas, al reglar la reconstrucción interpretativa de las disposiciones jurídicas, están sujetando sus condiciones de validez al criterio de interpretación positivado por la regla. Y aunque por su ámbito de aplicación personal el artículo 196.II sólo vincula al Tribunal Constitucional, su cumplimiento es una exigencia de razonabilidad práctica, que dicta que al interpretar la Constitución se la interprete según los criterios que

[12] *Quoties in ambigua oratio est, commodissimum est, id accipi, quo res, de qua agitar, magis valeat quam pereat.* (Digesto, Ley n.° 12, Tít. 5, Lib. 34).

[13] 5 U.S. (1 Cranch) 137, 174 (1803).

usará el Tribunal para juzgar la corrección de tal interpretación. La locución adverbial «con preferencia» es la que da al artículo 196. II su significado jurídico, más allá del mandato literal de preferir la «voluntad del constituyente» (interpretación histórica) y el «tenor literal del texto» (interpretación gramatical). No dice que preferirá un criterio al otro, sino que preferirá ambos: «con preferencia» uno «así como» el otro, que es lo mismo que «con preferencia» uno «y» el otro. La determinación de su significado jurídico es más compleja que la lectura de su texto. Si ambos criterios deben aplicarse «con preferencia», otros criterios también pueden aplicarse, pero sin tal carácter preferente. Por el operador deóntico que contiene, «con preferencia» no es una prohibición, sino un permiso: autoriza a servirse de otros criterios, frente a los cuales tienen preferencia los mencionados en la cláusula. Por tanto, la cláusula de interpretación no confina a la aplicación de sus criterios, sino que obliga a justificar su inaplicación, cuando existan razones excluyentes[14] para hacerlo (razones que justifiquen que, a pesar de inaplicarlos, no se está incumpliendo la Constitución). Hasta aquí se extiende su sentido normativo.

16. En este punto, hay dos razones para rehuir la interpretación gramatical del artículo 366. (1) Cuando el texto no conduce a ningún resultado, como es el caso acá, los límites naturales de la interpretación gramatical actúan como razones excluyentes de la obligación de aplicarla. Cada criterio de interpretación está limitado por las propias razones que lo justifican como tal y ninguno está libre de no conducir a ningún resultado, sucumbiendo por agotamiento interno. Cuando un criterio queda rendido por consunción, son sus propias limitaciones las que devuelven al intérprete la plenitud de su libertad hermenéutica, debiendo prescindir de él. Y esto es lo que ocurre acá, donde «el tenor literal del texto» sustrae la aplicación del

[14] El concepto de «razones excluyentes para la acción» es de Raz (*cf.* Raz, Joseph. *Practical Reason and Norms*. Oxford University Press: Nueva York, 2002, reimpresión, pp. 35 y ss.).

artículo 366 a sus propios sujetos normativos. (2) Cuando el texto es antinómico con otras normas constitucionales, la unidad del sistema jurídico es también razón excluyente suficiente para no interpretarlo gramaticalmente. El sistema jurídico forma una unidad en la medida de que la validez de la pluralidad de sus normas puede ser reconducida hacia una única norma mayor como fuente universal de validez. Para que un sistema jurídico forme una unidad, la norma que le provee validez debe también formar una unidad: lo que se traduce en que el seno de la Constitución no puede albergar antinomias (principio de unidad de la Constitución). Por tanto, una interpretación constitucional posible es aquélla que se justifica en la unidad de la Constitución. Por el contrario, debe rechazarse aquella interpretación que quiebre la unidad del sistema, aun cuando fundada en el «tenor literal del texto». Y tal es el caso acá, donde la literalidad del artículo 366 es antinómica con el artículo 361.I.

17. Basta con leer el artículo 366 según los artículos 361.I y 362.I para reconstruir interpretativamente su sujeto normativo. Si ya el primero dijo que YPFB es la «única [empresa] facultada para realizar las actividades de la cadena productiva de hidrocarburos y su comercialización», y si ya el segundo la autorizó a «suscribir contratos […] con empresas públicas, mixtas o privadas, bolivianas o extranjeras, para que dichas empresas, a su nombre y representación, realicen determinadas actividades de la cadena productiva», al referirse a «las empresas extranjeras que realicen actividades en la cadena productiva hidrocarburífera en nombre y representación del Estado», el artículo 366 se está refiriendo a las empresas que lo hagan en nombre y representación de YPFB, porque sólo YPFB está facultado a participar en las actividades de la cadena productiva y a contratar a su nombre y representación los servicios de terceros para la ejecución de dichas actividades. Ésta es una interpretación sistémica, fundada en la coherencia formal y material entre los artículos que pertenecen a una misma fuente (la Constitución) y que comparten el mismo contenido (hidrocarburos).

18. Agotada la elaboración a que obligaba la sustracción literal del sujeto normativo, toca determinar el significado jurídico de la prohibición de «invocar […] arbitraje internacional». Como la fórmula política del Estado constitucional se positiva en una norma general que excluye de licitud la privación de conductas no prohibidas expresamente (artículo 14.iv de la Constitución), si lo prohibido es el arbitraje internacional, por el contrario, el arbitraje nacional está permitido. Pero esto es cambiar una imprecisión por otra, ya que el artículo 366 no define el carácter internacional del arbitraje, no puede excluirse de su definición a su antónimo. Lo que sí puede hacerse es leer el artículo 366 en conjunto con el artículo 320.ii. La razón: ya que una «empresa extranjera» (artículo 366) es una «inversión extranjera» (artículo 320.ii), hay entre ambas categorías una relación de identidad, donde «inversión extranjera» es el género y «empresa extranjera [de hidrocarburos]» la especie, por lo que es atendible al pensamiento jurídico que las reglas del género sean por igual aplicables a sus especies, salvo regla expresa en contrario.

19. Ya está visto que el significado jurídico del artículo 320.ii consiste en reservar para el Poder Judicial la competencia de enjuiciar en vía de nulidad los laudos producidos en arbitrajes de inversiones. Ergo, el arbitraje excluido de la prohibición del artículo 366 será aquél que no cumpla con dicha reserva. Y ya que la competencia para declarar la nulidad del laudo es consecuencia de la sede del arbitraje, sólo se incumpliría con la reserva si es que la sede del arbitraje no fuera Bolivia. La razón: la sede es simplemente la vinculación del laudo con el sistema jurídico que gobierna su validez, de ahí que sean los tribunales de dicho sistema los competentes para juzgar su nulidad. Hasta aquí podemos decir que, si leído según el artículo 320.ii lo permitido por el artículo 366 es el arbitraje de sede boliviana, lo que su texto debió prohibir es el arbitraje extranjero: aquél gobernado por un sistema jurídico que no sea el nacional. Al prohibir el «arbitraje internacional», su texto se contradijo a sí mismo: si está normando el arbitraje entre «empresas extranjeras» y YPFB

(*i.e.*, una empresa boliviana), se trata de un arbitraje con conexiones a otros sistemas jurídicos; y, por tanto, convencionalmente calificado como internacional, ya sea por la nacionalidad o el domicilio de las partes, como sería el caso acá, o por la materia controvertida, el lugar de cumplimiento de las obligaciones o el lugar que guardase la relación más estrecha con el objeto de la controversia. Al prohibir el arbitraje internacional, el artículo 366 quiso significar que prohibía el arbitraje en sede extranjera. Éste es el significado jurídico de su prohibición.

20. En consecuencia, la Ley n.° 708, al regular que el arbitraje de inversiones será nacional (artículo 129.1) y de sede boliviana (artículo 129.2), aunque redundante, no hizo más que normar la materia de acuerdo con la Constitución, que (1) reserva para la jurisdicción boliviana la decisión de nulidad de los laudos de inversiones (artículo 320.II) y (2) prohíbe que las inversiones foráneas en hidrocarburos se arbitren en sede extranjera (artículo 366). Por tanto, la obligación de arbitrar con el Estado en su propia sede, si cuestionable, no lo es como decisión de política legislativa, sino como obligación de fuente constitucional.

4. Prohibición de reclamaciones diplomáticas: sus efectos

21. Es común a los artículos 320.II y 366 de la Constitución la prohibición de «reclamaciones diplomáticas» (cláusula Calvo). Al prohibirlas, la Constitución apunta a atajar una técnica de adjudicación propia del derecho internacional: la protección diplomática. Respecto de ésta, el arbitraje de inversiones es tan sólo la respuesta de derecho positivo a su ineficacia connatural a su pertenencia a un orden de técnica de regulación descentralizada. Las reglas de competencia que autorizan a identificar el derecho válido, aplicarlo y modificarlo son descentralizadas en el derecho internacional, haciendo que el propio sujeto sea, a la vez, autoridad normativa de

este sistema. Esto es lo que ocurre en la protección diplomática. Es el propio Estado perjudicado quien califica la ilicitud internacional de la acción de su par. Como tal, es una técnica de defensa de los derechos del propio Estado, reconduciéndose las violaciones al orden internacional dañosas para sus súbditos al «derecho que tiene a hacer respetar el derecho internacional en la persona de sus nacionales» (Corte Permanente de Justicia Internacional, asunto *The Mavrommatis Palestine Concessions, Grecia vs Turquía*, 1924).[15] En la medida en que es un derecho del Estado, su ejercicio queda librado a su discreción, pudiendo muy bien decidirse por no defender los derechos de sus súbditos (si esto, a su vez, le genera responsabilidad por dejar desprotegidos a sus nacionales es un asunto que depende de cada derecho interno). Pero, si se decide a defenderlos, (1) como «el vínculo de la nacionalidad entre el Estado y el individuo es el único que da al Estado el derecho de protección diplomática» (Corte Permanente de Justicia Internacional, asunto *Panevezys-Saldutiskis Railway, Estonia vs. Lituania*, 1939),[16] el inversionista afectado debe ser nacional del Estado que reclama; (2) en este sentido, si el inversionista es una sociedad comercial, «el derecho a ejercer la protección diplomática de una sociedad corresponde al Estado bajo cuyas leyes se ha constituido y en el que la misma tiene su sede» (Corte Internacional de Justicia, asunto *Barcelona Traction, Light and Power Company, Bélgica vs. España*, 1970);[17] (3) si el inversionista es un accionista de una sociedad comercial, la protección del Estado de su nacionalidad sólo se ejerce a título excepcional: por un lado, si es que el hecho reclamado ha lesionado los derechos del accionista en cuanto tal, y, por otro lado, si es que la sociedad ha dejado de existir; (4) y, para todos los supuestos en general, el inversionista debe haber «sometido la esencia de la [reclamación] a las jurisdicciones competentes y haber perseverado, sin éxito, tan lejos como lo permitan las leyes y los procedimientos locales» (Corte

[15] *PCIJ*, Series A - n.° 5, p. 12.
[16] *PCIJ*, Series A/B - n.° 76, p. 4.
[17] *ICJ Reports* 1970, p. 3.

Internacional de Justicia, asunto *Elettronica Sicula, Estados Unidos vs. Italia*, 1989),[18] lo que es igual a agotar infructuosamente todos los medios de defensa útiles o efectivos existentes en el ordenamiento del Estado sindicado de responsabilidad.

22. La prohibición de reclamaciones diplomáticas viene desde las reformas constitucionales de 1938 (artículo 18),[19] pero sus efectos son, cuando menos, dudosos: (1) una norma de derecho interno que trate de excluir el ejercicio de la protección diplomática con base en la renuncia previa del inversionista es vana respecto del derecho internacional general; (2) si la protección diplomática es un derecho del Estado, un inversionista no puede renunciar al ejercicio de un derecho que no es suyo; (3) aun si se asume que sólo renuncia al derecho propio de reclamar ante su Estado, igual es una renuncia ineficaz, porque tal derecho lo otorga el sistema jurídico de su nacionalidad y sólo ante dicho sistema puede ser renunciado; (4) y aun asumiendo que la renuncia fuese plenamente eficaz, la misma no alcanzaría a los hechos ilícitos del Estado en contra de la defensa del inversionista en su jurisdicción interna, como el supuesto de denegación de justicia, excluido de renuncia en las reformas de 1938, porque tal cosa supondría institucionalizar la tropelía como regla de convivencia, en disenso con la pretensión de corrección que distingue al derecho, y su «dimensión ideal necesaria que lo saca del ámbito de la pura contingencia»,[20] de la fuerza bruta.

23. Como el derecho es un epifenómeno de la cultura, la política normativa es a la vez reactiva y proyectiva. Reactiva, porque responde a una necesidad normativa no satisfecha por el orden en vigor. Y

---

[18] *ICJ Reports* 1989, p. 15.

[19] «Los súbditos o empresas extranjeras están, en cuanto a la propiedad, en la misma condición de los bolivianos, sin que en ningún caso puedan invocar situación excepcional ni apelar a reclamaciones diplomáticas, salvo caso de denegación de justicia».

[20] Alexy, Robert. *El concepto y la validez del derecho*. Barcelona: Gedisa, 1994, 1.ª edición, p. 33.

proyectiva, porque al dar una respuesta a tal necesidad, propone un estado de cosas normativamente deseable. Esto explica que la práctica vaya en dirección distinta a la protección diplomática, escapando de los riesgos de su ineficacia, por parte del inversionista, y evitando contaminar sus relaciones internacionales con una eventual controversia con un particular, por parte de los Estados, innovando su relacionamiento mutuo a través del arbitraje. Con independencia de su fuente positiva, el arbitraje de inversiones excluye el ejercicio inmediato de la protección diplomática por parte del Estado de la nacionalidad, al estar obligado el inversionista a recurrir previamente a la vía arbitral. Pero subsiste el ejercicio mediato de la protección diplomática, ya que en el caso de que el Estado vencido no honre de buena fe el laudo dictado en su contra, el Estado de la nacionalidad puede reclamarle su incumplimiento. Tal es la hipótesis legislada en el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados (Convenio de Washington, 1965, artículo 27.1),[21] denunciado por Bolivia,[22] que codifica la convicción de obligatoriedad que la práctica de la protección diplomática ha producido en el derecho internacional general. Que tal hipótesis haya sido codificada significa su preexistencia como norma de derecho internacional general. Por tanto, si bien no por la fuerza de un tratado, por la fuerza del derecho internacional consuetudinario los Estados por igual pueden reclamar por las violaciones al derecho internacional en las personas de sus inversionistas, cuando los medios previstos para zanjar sus controversias fracasen.

---

[21] «Ningún Estado Contratante concederá protección diplomática ni promoverá 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».

[22] De acuerdo a su artículo 71, la denuncia de Bolivia al Convenio de Washington tuvo efecto el 3 de noviembre de 2007.

La defensa frente al reconocimiento de laudos extranjeros según la Convención de Nueva York: una condición implícita para su ejercicio y exégesis de su artículo V

Horacio Andaluz Vegacenteno[*]

Abstract: When an arbitral award is not fulfilled by its debtor, its creditor can execute it in any country where his debtor has property. But, in order to enforce it, the award must be recognized by the foreign country. Most probably, those proceedings will be governed by the 1958 United Nations Convention. According with its article V, the award debtor has seven arguments to oppose the recognition. That is the entire defense he has. Besides commenting on those arguments, this article argues that there is an implied condition in the Convention which fulfillment cannot be avoided by the party that opposes the recognition of the award.

Key words: New York Convention, article V, international arbitration, incapacity, formal invalidity, violation of due process, excess of authority, public order.

Resumen: Cuando un laudo arbitral no es cumplido por el deudor, el acreedor puede ejecutarlo en cualquier país en el que el deudor tenga patrimonio. Pero, para ejecutarlo, el laudo debe primero ser reconocido en el Estado extranjero. Lo más probable es

[*] LL.M. Harvard Law School, antiguo alumno de la Academia de La Haya de Derecho Internacional, Máster en Derecho Internacional (Universidad Complutense de Madrid). Profesor de Teoría General del Derecho y de Derecho Constitucional (UPSA). Árbitro (CCAC-Cainco, CEAR-CBHE y CAC-CNC). Socio del Club Español del Arbitraje.

que el procedimiento de reconocimiento aplique la Convención de las Naciones Unidas de 1958. De acuerdo a su artículo v, el deudor tiene siete argumentos para oponerse al reconocimiento. Esa es toda la defensa que tiene. Además de comentar sobre esos argumentos, este artículo sostiene que hay una condición implícita para que una defensa frente al reconocimiento prospere.

Palabras clave: Convención de Nueva York, artículo V, arbitraje internacional, incapacidad, invalidez formal, violación del debido proceso, exceso de autoridad, orden público.

Sumario: Introducción.— 1. Condición implícita de defensa frente al reconocimiento. La protesta previa como presupuesto procesal.— 2. Causales que defienden los intereses del deudor (artículo v.1).— 2.1. Incapacidad (artículo v.1.A).— 2.2. Invalidez del acuerdo arbitral (artículo v.1.a).— 2.3. Indefensión (artículo v.1.b).— 2.4. Laudos *ultra* y *extra petita* (artículo v.1.c).— 2.5. Infracción al procedimiento (artículo v.1.d).— 2.6. Laudo no obligatorio, anulado o suspendido (artículo v.1.e).— 3. Causales que defienden los intereses del Estado del foro (artículo v.2).— 3.1. Materia no arbitrable (artículo v.2.a).— 3.2. Orden público (artículo v.2.b).

1. INTRODUCCIÓN

El reconocimiento es un juicio sobre la admisibilidad de los efectos de una decisión extranjera, reconociéndole la misma eficacia que produciría una decisión del foro de naturaleza equiparable. Para los laudos arbitrales extranjeros a los que les fuera aplicable la Convención sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras (Convención de Nueva York, 1958), el reconocimiento puede denegarse por siete razones, especificadas en su artículo v.[1] Estas siete causales

[1] «1. Sólo se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de la sentencia, a instancia de la parte contra la cual es invocada, si esta parte prueba ante la autoridad

son el único medio de defensa que tiene el deudor para impedir el reconocimiento del laudo en su contra. Su margen de defensa es estrecho, porque lidia con causales formales, tasadas, de interpretación restrictiva y que presumen la licitud del reconocimiento. (1) Formales, porque los tribunales competentes en la materia están prohibidos de juzgar el fondo del asunto.[2] Su competencia se circunscribe a verificar y pronunciarse sobre la causal opuesta como defensa, nada más. (2) Tasadas (*numerus clausus*), porque el reconocimiento sólo puede denegarse por una de las

---

competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución: a) Que las partes en el acuerdo a que se refiere el artículo 2 estaban sujetas a alguna incapacidad en virtud de la ley que le es aplicable o que dicho acuerdo no es válido en virtud de la ley a que las partes lo han sometido, o si nada se hubiera indicado a este respecto, en virtud de la ley del país en que se haya dictado la sentencia; o b) Que la parte contra la cual se invoca la sentencia arbitral no ha sido debidamente notificada de la designación del árbitro o del procedimiento de arbitraje o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus medios de defensa; o c) Que la sentencia se refiere a una diferencia no prevista en el compromiso o no comprendida en las disposiciones de la cláusula compromisoria, o contiene decisiones que exceden de los términos del compromiso o de la cláusula compromisoria; no obstante, si las disposiciones de la sentencia que se refieren a las cuestiones sometidas al arbitraje pueden separarse de las que no han sido sometidas al arbitraje, se podrá dar reconocimiento y ejecución a las primeras; o d) Que la constitución del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo celebrado entre las partes o, en defecto de tal acuerdo, que la constitución del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado a la ley del país donde se ha efectuado el arbitraje; o e) Que la sentencia no es aún obligatoria para las partes o ha sido anulada o suspendida por una autoridad competente del país en que, o conforme a cuya ley, ha sido dictada esa sentencia. 2. También se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de una sentencia arbitral si la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución comprueba: a) Que, según la ley de ese país, el objeto de la diferencia no es susceptible de solución por vía de arbitraje; o b) Que el reconocimiento o la ejecución de la sentencia serían contrarios al orden público de ese país». (Convención de Nueva York, artículo v).

[2] Corte de Apelaciones de Luxemburgo, asunto *Sovereign Participations International SA vs. Chadmore Developments Ltd.*, 1999: «La Convención no permite en ningún caso a los tribunales de ejecución revisar la manera en la que los árbitros decidieron el fondo del asunto». (Fuente: http://www2.ambrac.nl/kli-ka-csg/document.aspx?id=ipn17889).

siete razones del artículo v, no por ninguna otra más.[3] Ergo, no cabe defenderse alegando hechos distintos a los allí previstos. De estas causales, las cinco primeras operan a pedido y prueba de la parte que se opone al reconocimiento (su cometido es garantizar los intereses del deudor). Las dos restantes lo hacen aún de oficio (su cometido es garantizar los intereses del Estado del foro). (3) De interpretación restrictiva, porque para que el elenco de causales se mantenga cerrado debe rechazarse que argumentos *a simile* amplíen sus respectivos supuestos de hecho. Doctrina[4] y jurisprudencia[5] coinciden en esto. (4) Y que presumen la licitud del reconocimiento, porque «la carga de la prueba la soporta quien se opone al reconocimiento, [que] debe probar las causales en las que funda su oposición» (Tribunal de la Reina de la Corte Suprema de Justicia de Inglaterra y Gales, asunto *Rosseel NV vs. Oriental Commercial Shipping*, 1990).[6] A contrario, deberá demostrarse más allá de toda duda razonable que el laudo está incurso en una de las causales del artículo v para que la defensa frente al reconocimiento prospere.

---

[3] Corte de Apelaciones del Segundo Circuito de Estados Unidos, asunto *Yusuf Ahmed Alghanim & Sons vs. Toys «R» Us Inc.*, 1997: «La Convención de Nueva York es clara en el sentido de que cuando una solicitud de reconocimiento es presentada a un Estado extranjero, el Estado puede denegar el reconocimiento sólo con fundamento en las causales expresamente dichas en el artículo v de la Convención» (126 F.3d 15. Fuente: http://openjurist.org/126/f3d/15/yusuf-ahmed-alghanim-sons-wll-v-toys-r-us-inc).

[4] «Cualquier defensa frente al reconocimiento de un laudo debe interpretarse restrictivamente» (VON MEHREN, Robert B. *The Enforcement of Arbitral Awards under Conventions and United States Law*, 9 The Yale Journal of World Public Order, 1982, p. 349).

[5] Corte de Apelaciones del Segundo Circuito de Estados Unidos, asunto *Diapulse Corp. of America vs. Carba Ltd.*, 1980: «el propósito del arbitraje es permitir un relativamente rápido y económico medio de solución de controversias, evitando el costo y retraso de los dilatados procesos judiciales. En consecuencia, es una proposición bien afirmada que la revisión judicial de un laudo debe ser, y lo es, restrictivamente limitada» (626 F.2d 1108. Fuente: http://openjurist.org/626/f2d/1108/diapulse-corporation-of-america-v-carba-ltdm).

[6] Fuente: http://www2.ambrac.nl/kli-ka-csg/document.aspx?id=ipn3985.

Pero hay una hipótesis que haría de la ya estrecha, defensa más estrecha aún. Es el caso de protestar la verificación de una de las causales del artículo v en el curso del arbitraje, para su remedio en esa instancia, y, de persistir el daño, controvertir luego la validez del laudo con fundamento en tal causal, si la ley del lugar del arbitraje reglase tal medio de defensa. Si la protesta fuese una condición implícita de la defensa frente al reconocimiento, entonces su naturaleza sería la de un presupuesto procesal, cuyo efecto impeditivo, en caso de incumplimiento, cerraría el paso al juzgamiento de méritos de la causal invocada como defensa.

Dicho esto, el cometido de este artículo es doble. (1) A partir de un ejercicio interpretativo de la decisión de 1994 de la Corte Suprema de Hong Kong en el asunto *China Nanhai Oil Joint Service Corp. Shenzhen Branch vs. Gee Tai Holdings Co. Ltd.*, dejar planteado que tal condición implícita es una exigencia derivada de la obligación general de buena fe ínsita a todo sistema jurídico (parte ii). (2) Aprovechar el vasto y generalmente uniforme cuerpo de jurisprudencia surgido de la aplicación de la Convención para hacer exégesis de las causales de defensa frente al reconocimiento, según garanticen los intereses del deudor (parte iii) o los del Estado del foro (parte iv).

Todas las citas a sentencias extranjeras son traducciones libres. Los párrafos tienen una sola numeración correlativa e independiente de los títulos en los que se divide el artículo. Con indiferencia de su extensión, cada párrafo se define por la unidad conceptual que conforma.

2. Condición implícita de la defensa frente al reconocimiento: la protesta previa como presupuesto procesal

Las razones de la Convención para denegar el reconocimiento son sustancialmente las mismas que las causales de anulación de la Ley Modelo Uncitral sobre Arbitraje Comercial Internacional (artículo 34, para la versión de 1985 y sus enmiendas del año 2006). La única excepción es

la causal del artículo v.1.e de la Convención, porque, que el laudo no sea aún obligatorio o haya sido anulado o suspendido, sólo puede ser, en sí misma, razón para impedir su reconocimiento. Por tanto, los mismos supuestos, de hecho sirven a la vez para controvertir la validez del laudo como para defenderse frente a su reconocimiento.

Llegados acá, surge la pregunta: si para controvertir la validez de un laudo se exige que previamente se proteste la producción de la causal que fundamentará el procedimiento de nulidad, para defenderse de su reconocimiento, ¿debiera exigirse también (1) haber hecho protesta de tal causal en el curso del arbitraje para su remedio por los árbitros? y, ante la persistencia del daño y siempre que la ley del lugar del arbitraje regulase un procedimiento de impugnación del laudo, ¿(2) debiera haberse luego impugnado la validez del laudo con fundamento en la misma causal?

Si la respuesta fuese afirmativa, la protesta previa operaría como un presupuesto procesal de la defensa frente al reconocimiento. Se trataría de una condición implícita a la Convención de Nueva York, de cuyo cumplimiento dependería el ejercicio de su artículo v. Si así fuera, quien no protestó una causal de anulación estaría consintiendo el eventual vicio con su silencio. El justificativo: si el supuesto vicio no es reclamado, será porque no produce un daño cierto e irreparable (*v.gr.*, que sólo pueda repararse con su nulidad).

Por tanto, quien consiente los efectos del acto, convalida sus defectos, si alguno. Si controvertir la validez del laudo es más que defenderse frente a su reconocimiento, por fuerza, renunciar a oponerse a su validez debiera traer consigo la renuncia a defenderse frente a su reconocimiento.

La razón: si anular un laudo en la jurisdicción primaria que condiciona su validez supone la imposibilidad de ejecutarlo en cualquier

jurisdicción, no controvertir su validez supone aceptar la posibilidad de que el laudo sea reconocido en cualquier jurisdicción secundaria.

Por el contrario, si exitosamente pudiese haber defensa frente al reconocimiento sin protesta previa, se estaría premiando el cumplimiento de las normas a conveniencia, y castigando el comportamiento en buena fe, porque se estaría permitiendo que, aquél a quien un eventual vicio no causó daño alguno al punto de que no lo reclamó, se opusiese a los efectos ejecutivos del laudo que el mismo reconoce válidos.

Pero, si la respuesta fuese negativa, la protesta previa, y con ella el procedimiento ulterior para controvertir la validez del laudo, no sería un presupuesto procesal, por lo que cabría defenderse frente al reconocimiento, alegando una causal verificada, y no objetada ni intentada de remediar, durante el arbitraje.

De momento, parece que la jurisprudencia toma como regla esta segunda respuesta: «está claro que una parte que tiene un laudo en su contra tiene dos opciones. Primero, puede recurrir a los tribunales del país donde el laudo fue dictado para intentar anularlo. Si el laudo es anulado, la anulación en sí misma es una razón para oponerse al reconocimiento en el marco de la Convención. Segundo, la parte deudora puede decidir no tomar ninguna acción para anular el laudo y esperar hasta que el reconocimiento sea buscado, e intentar en esa etapa alegar una causal reconocida por la Convención para oponerse al reconocimiento» (Corte Suprema de Hong Kong, asunto *China Nanhai Oil Joint Service Corp. Shenzhen Branch vs. Gee Tai Holdings Co. Ltd.*, 1994).[7]

Pero, la Corte Suprema de Hong Kong también construyó una excepción para esta regla. Echando mano de la doctrina del *estoppel*, atribuyó a la protesta previa los efectos de un presupuesto procesal,

[7] [1994] 3 HKC 375. Fuente: http://neil-kaplan.com/wp-content/uploads/2013/08/China-Nanhai-Oil-Joint-Service-Corporation-Shenzhen-Branch-v-Gee-Tai-Holdings-Co-Ltd-HCMP2411-of-1992.pdf.

concluyendo que la parte estaba impedida (*estopped*) de defenderse frente al reconocimiento con causa en la errónea composición del tribunal arbitral, por no haber objetado tal hecho en el curso del arbitraje. En sus textos: «El *estoppel* ha sido ciertamente considerado en relación con el artículo II de la Convención de Nueva York.

La primera parte de dicho artículo obliga a los Estados parte a reconocer el acuerdo escrito que compromete a sus suscriptores a resolver en arbitraje una controversia posible de resolverse en tal vía. La segunda parte del artículo intenta definir el concepto «acuerdo por escrito», y su tercera parte obliga a los tribunales de los Estados parte, a enviar al arbitraje los casos sometidos a ellos y que cuenten con una cláusula arbitral, a menos que la misma sea nula, ineficaz o inaplicable.

El asunto ha surgido en casos en los que ha habido arbitraje, el laudo ha sido dictado y el reconocimiento ha sido solicitado. En esa etapa, la parte deudora esgrime el argumento que el acuerdo de arbitraje no cumple con la forma requerida por el artículo II.

En estas circunstancias, ¿está el artículo II regido por el *estoppel*? Este punto en específico ha sido contestado por el doctor Albert Jan van den Berg en su libro *La Convención de Nueva York de 1958* (Kluwer, 1981). En la página 181 presenta la siguiente pregunta: «[…] si una parte ha actuado específicamente en respeto del acuerdo arbitral sin objetarlo, dando a entender que lo considera válido, ¿está luego imposibilitada [*estopped*] de invocar la falta de forma escrita del acuerdo en los términos del artículo II.2?

Esta situación puede surgir, por ejemplo, cuando una parte ha cooperado en el nombramiento de los árbitros, ha participado en el arbitraje o ha invocado el acuerdo de arbitraje para objetar la competencia de la jurisdicción ordinaria para conocer de la disputa. […]». Si la doctrina del *estoppel* puede ser aplicada a los argumentos relativos al requisito de escritura de la cláusula arbitral bajo el artículo II.2, entonces no se

entiende por qué no se la podría aplicar a las defensas al reconocimiento previstas en el artículo v.

Parece bastante injusto que una parte que se da cuenta de que puede haber algo equivocado en la constitución del tribunal, y no hace protesta formal alguna al tribunal arbitral respecto a su propia competencia o a la comisión de arbitraje que constituyó el tribunal, sino que procede a defenderse del fondo del asunto, pueda luego, dos años después de dictado el laudo, tratar de invalidar todo el arbitraje con pie en la [errónea constitución del tribunal]. […].

Una certera interpretación de la Convención requiere una obligación de buena fe que, en las circunstancias presentes, exigía a la parte que se opone al reconocimiento protestar la incorrecta formación del tribunal.

Lo cierto es que no lo ha hecho y su obvia política de guardarse este tema bajo la manga para sacarlo a la luz, sólo si perdía el caso, no son consistentes con una obligación de buena fe ni con ninguna noción de justicia y debido proceso. Hacemos notar que otros tribunales de reconocimiento han tomado actitudes similares.

La Corte Suprema suiza tuvo un caso en el que el reconocimiento fue objetado con fundamento en que el tribunal consultó a un perito en ausencia de las partes. La Corte rechazó que al hecho se aplicase el artículo v.1.b, porque la parte que se oponía no había protestado contra ese hecho cuando fue informado de ello por el presidente del tribunal, breve tiempo después que la consulta se hizo. De acuerdo a la Corte, apelar a ese argumento recién en la etapa del reconocimiento sólo manifestaba mala fe y constituía un abuso del derecho (Yearbook xi, p. 439, Switzerland 10).

Del mismo modo, el Tribunal Supremo español sostuvo que quien se oponía al reconocimiento estaba impedido de objetar la competencia

de los árbitros en sede de reconocimiento, porque debió hacerlo durante el curso del procedimiento arbitral (Yearbook *ibid*, Spain 6). La Corte de Apelaciones de Atenas sostuvo que la falta de forma escrita del acuerdo arbitral no puede ser objetada en la etapa de reconocimiento, cuando se participó en el arbitraje sin formular objeción alguna al respecto. La Corte llegó a esta conclusión con fundamento en el derecho alemán (ley de la sede) y en el derecho griego (Yearbook XIII & XIV, p. 575, Greece 10)».

Reconstruido este razonamiento, la condición implícita de protesta previa es la regla, no la excepción, en disenso con la expresión textual de la Corte. La razón: si lo que se exige para que opere como condición implícita es que la parte que alega el hecho impeditivo del reconocimiento no lo haya consentido con su inacción durante el arbitraje, entonces, por el contrario, únicamente no podría imputarse el *estoppel* a una parte que no se opuso a tal hecho porque se encontraba, cuando menos, pero necesariamente respecto del mismo, en un genuino estado de indefensión (exclúyase por antitético con la buena fe cualquier supuesto de indefensión provocada por mano propia y de rebeldía táctica).

Por tanto, fuera de la indefensión, en todos los demás supuestos la parte por igual habría podido oponerse al hecho que luego viene en denunciar como impeditivo del reconocimiento, protestando en su contra, primero, e impugnando la validez del laudo con fundamento en su verificación, después. De esta manera, conviértase la excepción en regla: la condición implícita de protesta previa es un presupuesto procesal de la defensa frente al reconocimiento, excepto cuando la parte que se opone al mismo haya estado privada real y efectivamente, por causa imputable de modo inmediato y directo al tribunal arbitral, de hacer valer como medio de defensa su oposición a ese hecho durante el curso del arbitraje.

Hasta acá la condición implícita. Su fundamento: el mismo del *estoppel*, ya que éste es sólo la traducción procesal de su incumplimiento.

A diferencia de la doctrina de los actos propios desarrollada por la tradición civil, el *estoppel* no crea, modifica ni extingue un acto jurídico: su eficacia es procesal, actúa como un medio de defensa que hace inadmisible en juicio la alegación contraria al acto propio. Pero, al igual que la doctrina de los actos propios, el *estoppel* es también una derivación de la regla *venire contra factum propium non valet* (no es lícito actuar en contra de los propios actos).

Por tanto, es también una consecuencia de racionalidad práctica derivada de la buena fe, por lo que todo sistema jurídico que reconozca a la buena fe como principio, podrá jurisprudencialmente desarrollar un *estoppel* para cuando no se hubiese cumplido la protesta como condición implícita para la defensa frente al reconocimiento.

3. Causales que defienden los intereses del deudor (artículo v.1)

3.1. Incapacidad (artículo v.1.a)

El artículo v.1.a es una disposición continente de dos normas distintas. Ambas producen el mismo efecto jurídico, a saber, la denegatoria del reconocimiento, pero una lo hace con causa en la incapacidad de las partes para celebrar el acuerdo arbitral y la otra con pie en la invalidez de tal acuerdo.

Hay dos extremos que merecen relevarse de la incapacidad. (1) La Convención ata la incapacidad a la «ley que le es aplicable». Al hacer esto, la Convención, al eludir determinar ella misma el derecho aplicable a la capacidad, delega la tarea a los tribunales del Estado del foro, que la ejecutarán aplicando las reglas de conflicto de su sistema jurídico. (2) Y, al decir «alguna incapacidad», la Convención está abriendo su texto a otros conceptos jurídicos que, aunque distintos, por igual su incumplimiento produce en la formación del acto jurídico un vicio en el consentimiento.

Tal es el caso del mandato, que si bien como poder de representación es conceptualmente distinto a la capacidad, el acto que exorbita sus términos no obliga al mandante, por no haber consentido su participación en el mismo, del mismo modo que el consentimiento de quien es incapaz es ineficaz para la formación de un acto jurídico válido. Ya sobre esto se ha pronunciado la jurisprudencia. Por ejemplo, es el caso de la Corte de Casación italiana: «aunque capacidad en el artículo 17 de las disposiciones preliminares del Código Civil se refiere a la capacidad de las personas naturales —como se hizo claro por la inclusión de una provisión de *status* personal y capacidad y relaciones familiares— la incapacidad de las partes del contrato de arbitraje en el artículo v.1.a, que generalmente concierne a las entidades involucradas en relaciones comerciales internacionales, tiene un significado más amplio.

En la provisión respectiva de la Convención de Nueva York, «capacidad» significa no sólo la capacidad de una persona natural para ejecutar un acto —con vista en las llamadas incapacidades legales especiales— sino que también comprende la capacidad de las personas naturales y jurídicas; debiéndose prestar especial atención en el último caso a la representación de los órganos y a sus poderes de representación» (Corte de Casación de Italia, asunto *Dalmine S.p.A. vs. M&M Sheet Metal Forming Machinery A.G*, 1997).[8] Y es también el caso del Tribunal Supremo de España: «ocurre que la sociedad oponente no ha acreditado que, con arreglo a la correspondiente ley aplicable —que, como se ha visto, de acuerdo con nuestro sistema conflictual habría de ser la francesa—, la entidad solicitante careciese de la capacidad necesaria para otorgar el compromiso, ni que quienes intervinieron en el negocio jurídico careciesen de ella, como personas físicas, o de las suficientes facultades de representación para vincular a la persona jurídica, ya actuando como órganos de la misma, ya como apoderados de

[8] Suárez Anzorena. *La defensa de incapacidad en la Convención de Nueva York*, en Tawil, Guido S. – Zuleta, Eduardo (directores). *El arbitraje comercial internacional. Estudio de la Convención de Nueva York con motivo de su 50.º aniversario.* Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2008, 1.ª edición, p. 405.

éstos; por lo tanto, no debe atenderse a la causa de oposición esgrimida» (Tribunal Supremo de España, asunto *Unión de Cooperativas Agrícolas Epis-Centre v. La Palentina*, 1998).[9]

3.2. Invalidez del acuerdo arbitral (artículo v.1.a)

De acuerdo al texto del artículo v.1.a, la validez del acuerdo arbitral está gobernada por (1) el derecho escogido por las partes para regir el acuerdo («la ley a que las partes lo han sometido»; *i.e.*, *lex voluntatis*) y, en su defecto («o si nada se hubiera indicado a este respecto»), (2) la ley de la sede del arbitraje («de la ley del país en que se haya dictado la sentencia»; *i.e.*, *lex loci arbitri*). A pesar de estas reglas de conflicto, la Corte de Apelaciones de Celle (Alemania) decidió la invalidez de un acuerdo arbitral por faltarle forma escrita, fundándose en el artículo ii de la Convención: «[no hay un acuerdo escrito de arbitraje en los términos de la Convención], porque las partes no lo firmaron ni mencionaron en las condiciones generales del contrato de venta, ni tampoco lo acordaron a través de un canje de cartas» (Corte de Apelaciones de Celle, 2003).[10] La corrección del razonamiento de fondo (*i.e.*, la invalidez del acuerdo arbitral) no es el problema.

El problema es conflictual: el error está en no haber llegado al requisito de escritura a través de las reglas de conflicto del artículo v.1.a. Merced a la aplicación de tales reglas, la escritura, como condición de validez, sólo podía imponerla la *lex voluntatis* y, en su defecto, *la lex loci arbitri*. Pero en modo alguno el artículo ii de la Convención. Un caso de correcta aplicación de las reglas de conflicto es el asunto *Société Van Hopplynus vs. Société Coherent Inc.*, en el cual el demandado objetó la validez de la cláusula arbitral fundándose en el derecho belga. La respuesta del Tribunal de Comercio de Bruselas: «la común intención de las partes fue someter el contrato entre ellas al derecho del Estado de California.

---

[9] Suárez Anzorena. O*b. cit.*, p. 406.

[10] Van den Berg. *New York Convention of 1958: Refusals and Enforcement.* 18 ICC International Court of Arbitration Bulletin, 2007, p. 4.

La Convención de Nueva York reconoce el principio de la autonomía contractual (artículo v.1.a) y, de hecho, otorga a las partes la libertad de acordar el derecho aplicable. En el presente caso, la cláusula arbitral es válida según el derecho de California» (Tribunal de Comercio de Bruselas, asunto *Société Van Hopplynus v. Société Coherent Inc.*, 1994).[11]

Al referirse a la validez del «acuerdo», el artículo v.1.a dicta una regla de competencia: si el reconocimiento puede denegarse por la invalidez del acuerdo arbitral, la competencia del Estado del foro se agota en el enjuiciamiento de tal acuerdo, nada más. Por el contrario, la competencia para enjuiciar la validez del contrato continente del acuerdo arbitral le está vedada. «El tema central de este caso es si el vicio en el consentimiento por dolo, que afecta a todo el contrato, debe ser resuelto por tribunales federales o por árbitros. La opinión de la Corte de Apelaciones del Segundo Circuito es que, salvo que las partes hubiesen tenido esa intención, las cláusulas arbitrales son separables de los contratos que los contienen. Un tribunal federal únicamente puede considerar demandas a la formación y cumplimiento de la cláusula arbitral» (Corte Suprema de Estados Unidos, asunto *Prima Paint Corp. vs. Flood & Conklin Manufactoring*, 1967).[12]

3.3. Indefensión (artículo V.1.b)

El significado jurídico del artículo v.1.b está definido por el carácter general y abierto de su texto final. Éste dice: «o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus medios de defensa». Es general, porque al decir «por cualquier otra razón» se está refiriendo a cualquier hecho dañoso. Y es abierto, porque al comprender a los «medios de defensa» está incluyendo bajo su protección todas las situaciones que en el curso

---

[11] UNCTAD. *Recognition and Enforcement of Arbitral Awards: The New Youk Convention* (EDM/Misc.232/Add.37). Nueva York; United Nations, 2003, 1.ª edición. p. 30.

[12] 388 U.S. 395 (1967). Fuente: https://supreme.justia.com/cases/federal/us/388/395/case.html.

del arbitraje pudiesen ser dañosas para la defensa y el debido proceso. Así leído, su texto inicial, que dice «no [haber] sido [la parte que se opone al reconocimiento] debidamente notificada con la designación del árbitro o del procedimiento de arbitraje», no aparece como el específico normativo del artículo, sino como el único supuesto dañoso determinado de una norma cuyo propósito es tutelar frente a supuestos que, por su similar entidad con el expresado («por cualquier otra razón»), su producción sea por igual dañosa a la defensa y al debido proceso («no ha podido» «hacer valer sus medios de defensa»).

Llegados a que éste es su significado jurídico, resta (1) determinar el derecho aplicable (*i.e.*, el derecho según el cual se ha producido indefensión) y (2) definir operativamente las violaciones a la defensa y al debido proceso que son suficientes para justificar una denegatoria del reconocimiento.

En cuanto a lo primero, si el arbitraje se ha regido por el derecho de un Estado determinado, como en efecto tiene que haber sido, ese mismo derecho debiera ser el que se utilizase para determinar la producción de hechos dañosos a la defensa y al debido proceso. Pero, aunque valiosa intuitivamente, esta conclusión supondría que el Estado del foro aplicase estándares de derecho público del Estado cuyo sistema jurídico gobernó el arbitraje.

Y, aunque las reglas de conflicto llevan a que un Estado aplique en su territorio el derecho sustantivo de otros Estados, lo cierto es que el ingreso del derecho extranjero puede ser atajado por el orden público del Estado del foro. Aplicado esto al artículo v.1.b, los conceptos de defensa y debido proceso están tan vinculados al concepto de orden público que aparece natural que el Estado del foro determine su violación de acuerdo a su propio derecho, si bien no necesariamente porque la aplicación del derecho extranjero en la materia fuera violatorio de

su orden público,[13] pero sí porque la defensa y el debido proceso son garantías de derecho público excluidas de la libertad negocial de los particulares. La jurisprudencia reconoce esto: «AVCO argumenta que la Corte de Distrito correctamente denegó el reconocimiento del laudo basándose en el artículo v.1.b de la Convención de Nueva York, porque no le fue posible presentar su caso al tribunal.

La Convención de Nueva York dispone la denegatoria del reconocimiento cuando la parte contra la cual el laudo es invocado no haya sido debidamente notificada con la designación del árbitro o del procedimiento de arbitraje o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus medios de defensa. Nosotros hemos reconocido que el medio de defensa previsto en el artículo v.1.b esencialmente determina la aplicación de los estándares del debido proceso del Estado del foro, y que aquellos derechos del debido proceso tienen fuerza plena, de acuerdo a la Convención, como defensa ante el reconocimiento.

Bajo nuestro derecho, el requisito fundamental del debido proceso es la oportunidad de ser oído en un tiempo y de una manera relevante. Por consiguiente, si a AVCO se le negó la oportunidad de ser oído en un tiempo y de una manera relevante, el reconocimiento del laudo debe ser denegado en aplicación del artículo v.1.b. En la audiencia preparatoria, el juez Mangard específicamente aconsejó a AVCO no sobrecargar al tribunal enviado «kilos y kilos» de facturas.

---

[13] «Debe notarse que no se especifican los estándares para juzgar el carácter debido de una notificación o la oportunidad para ser oído. Por referencia al artículo [v.1.a] se podría argumentar que la ley escogida por las partes o la ley del lugar del arbitraje debería regir esta materia. Por otro lado, el concepto de debido proceso está estrechamente vinculado con el orden público del foro y puede esperarse que el Estado del foro aplique sus propios estándares sobre el debido proceso». (Quigley. *Accession by the United States to the United Nations Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards*, 70 The Yale Law Journal, 1961, p. 1067).

En cambio, el juez Mangard aprobó el método propuesto por AVCO; a saber, enviar las cuentas auditadas de AVCO. Luego, cuando el juez Ansari cuestionó el método probatorio de AVCO, nunca contestó a las explicaciones de AVCO en sentido que estaba procediendo de acuerdo a un entendimiento previo.

Por tanto, AVCO no fue consciente de que el tribunal ahora requería de las facturas para sustanciar su demanda. Habiendo dejado que AVCO creyese que usó un método apropiado para sustanciar su demanda, el tribunal luego la rechazó por falta de pruebas. Creemos que por confundir a AVCO, aunque involuntariamente, el tribunal negó a AVCO la oportunidad de exponer su caso en una manera relevante. Por consiguiente, AVCO estuvo imposibilitado de presentar su caso, de acuerdo a lo previsto por el artículo v.1.b, por lo que el reconocimiento del laudo fue correctamente denegado» (Corte de Apelaciones del Segundo Circuito de Estados Unidos, asunto *Iran Aircraft Industries vs. AVCO Corp*, 1992).[14]

En cuanto a lo segundo, la definición operativa de violaciones a la defensa y al debido proceso, queda claro que el cumplimiento estricto de las normas de procedimiento del Estado del foro no es parte de dicha definición: «No obstante, las partes que han optado por solucionar sus controversias a través del arbitraje en vez de en un juicio no deben esperar los mismos procedimientos que encontrarían en la arena judicial» (Corte de Apelaciones del Segundo Circuito de Estados Unidos, asunto *Parsons & Whittemore Overseas Co. vs. Société Générale de l'Industrie du Papier*, 1974).[15]

Y, «Aunque el procedimiento arbitral es de naturaleza cuasi judicial, la primera virtud del arbitraje es su informalidad y sería inapropiado

---

[14] 980 F. 2d 141 (2nd Cir. 1992). Fuente: http://openjurist.org/980/f2d/141/iran-aircraft-industries-v-avco-corporation.

[15] 508 F.2d 969. Fuente: https://bulk.resource.org/courts.gov/c/F2/508/508.F2d.969.74-1676.74-1642.174.637.html.

que las cortes ordenen el cumplimiento estricto de las normas de procedimiento» (Corte del Distrito Este de Pensilvania, Estados Unidos de América, asunto *Transport Workers Union vs. Philadelphia Transportation Co.*, 1964).[16]

Excluidas las normas de procedimiento de la definición, la jurisprudencia recurre a una formulación abstracta, complementada con una exigencia de relevancia. Así, se define el debido proceso como aquel «que cumple con los requerimientos mínimos de justicia, a saber, que las partes sean puestas en conocimiento del proceso, que puedan producir y contradecir la prueba de su contrario y que reciban una decisión imparcial» (Corte de Apelaciones del Séptimo Circuito de Estados Unidos de América, asunto *Generica Limited vs. Pharmaceuticals Basics Inc.*, 1997).[17] Ésta es la formulación abstracta. Y ésta es la exigencia de relevancia: el debido proceso se considera violado «sólo si dicha violación ocasionó un perjuicio sustancial a la parte afectada» (Corte de Distrito de Columbia, Estados Unidos de América, asunto *Compagnie Des Bauxites de Guinee vs. Hammermills Inc.*, 1992).[18]

El perjuicio sustancial referido es lo que la jurisprudencia boliviana denomina relevancia constitucional: «que debe provocar una lesión al debido proceso, causar indefensión material y dar lugar a que la decisión impugnada, en caso de subsanarse el error, tenga diferente resultado» (STC n.° 1293/2010-RAC, 13 de septiembre, párrafo III.3).

Y, al igual que la jurisprudencia constitucional nacional, que no admite la indefensión provocada por mano propia como violación al

---

16 228 F. Supp. 423 (1964). Fuente: http://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/228/423/2386279/.

17 125 F.3d 1123 (7th Cir. 1997). Fuente: http://caselaw.findlaw.com/us-7th-cir-cuit/1233630.html.

18 880 F.2d 685. Fuente: http://openjurist.org/880/f2d/685/compagnie-bauxites-guinee-v-argonaut-midwest-insurance-company.

debido proceso (STC n.° 3/2007-Rii, 17 de enero, párrafo iii.3),[19] tampoco la jurisprudencia comparada la admite: «A la luz de los hechos, el demandado no puede seriamente afirmar que no tuvo noticia del arbitraje londinense como para justificar que esta corte deniegue el reconocimiento al laudo en aplicación del artículo v.1.b de la Convención. El demandado alega que no participó en el arbitraje. Aún si fuera cierto, su conducta solo puede entenderse como intencional» (Corte de Distrito del Distrito Sur de Nueva York, asunto *Overseas Cosmos, Inc. vs. NR Vessel Corp*, 1997).[20] Y es el caso también del Tribunal Supremo de España, que ante una parte que se oponía al reconocimiento aduciendo indefensión porque el proceso se habría conducido en inglés, resolvió que (1) el derecho aplicable para verificar si hubo indefensión es el del foro, por razón de orden público; (2) que operativamente hay una violación a la defensa si la misma es material, real y efectiva (relevancia constitucional); y (3) que la indefensión provocada queda excluida de tutela: «el argumento únicamente se sustenta en el menoscabo a los derechos de defensa que la oponente dice sufrido por causa del idioma empleado en las comunicaciones, que, se infiere, le impidió tener completo conocimiento de su contenido y, consecuentemente, articular su defensa de forma eficaz y en toda su dimensión.

---

[19] «En cuanto a la presunta lesión del derecho al debido proceso y su componente esencial el derecho a la defensa, ello tampoco es evidente, por cuanto en la hipótesis del precepto legal cuestionado, es el mismo demandado el que se pone en actitud de inercia frente al proceso, pese a tener pleno conocimiento de él, renunciando así tácitamente, por actitud propia, al ejercicio de su defensa, por circunstancias que en todo caso no son en modo alguno atribuibles al juzgador y/o a la parte contraria; en otros términos, es el demandado el causante de su propia indefensión y quien se pone a sí mismo, en una situación de desventaja frente al demandante, por la apatía que demuestra frente al proceso, no pudiendo existir entonces vulneración alguna de derechos, cuando éstos no quieren ser ejercidos por su titular, como ocurre en el caso del declarado rebelde en los términos del art. 68 del CPC, no siendo posible asignar un defensor de oficio a quien no desea asumir defensa y no quiere ser defendido en el ejercicio de su libertad o autodeterminación».

[20] 148 F.3d 51. Fuente: http://www2.ambrac.nl/kli-ka-csg/document.aspx?id=ipn7953.

El carácter netamente constitucional que en la actualidad se atribuye al concepto de orden público, en sentido internacional, identificándolo substancialmente con los principios esenciales del ordenamiento recogidos y consagrados en los preceptos constitucionales (específicamente en el artículo 24 de la Constitución de España tratándose de la vertiente procesal del orden público) aconseja tener a la vista la caracterización que a su vez ha hecho el Tribunal Constitucional del derecho a no sufrir indefensión, que ha de ser material, real y efectiva para ser relevante, y no, por tanto, meramente nominal o formal, lo cual excluye tajantemente la desidia, pasividad, desinterés o negligencia de la parte que dice haberla sufrido».[21]

3.4. Laudos ultra y extra petita (artículo V.1.c)

El artículo v.1.c deniega el reconocimiento a los laudos dictados *ultra* («diferencia no prevista en el compromiso») y *extra petita* («o contiene disposiciones que exceden los términos del compromiso»). El fundamento del artículo es doble. (1) La libertad de disposición de las partes, en cuyo ejercicio deciden someter sus controversias a arbitramento y deciden las específicas pretensiones que serán materia de arbitraje. Al formular estas últimas, el ámbito de aplicación material de la competencia arbitral queda fijado, estando el laudo atado a ellas (deber de congruencia). (2) El derecho a la defensa, porque una decisión que exorbita las pretensiones sometidas a arbitramento es una decisión dictada sin juicio previo: por su aparición *ex nihilo* en el laudo, a la parte afectada de facto le es vedado pronunciarse y producir pruebas en contrario de ella, condenándosela, al mejor estilo kafkiano, sin haber sabido siquiera que estaba siendo enjuiciada por una pretensión no contenida en la demanda en su contra.

A decir de Park, «puede que no hubiese un examen intelectualmente satisfactorio para distinguir entre el exceso de autoridad de un árbitro

[21] Tribunal Supremo (España), Sala de lo Civil, exequátur, recurso n.º: 1467/1998.

y el mero error del árbitro al redactar un mal laudo».[22] Esto puede ser cierto. Pero, usar esta causal como argumento para que la jurisdicción ordinaria revise los fundamentos de un laudo es igual a confundir la decisión con sus fundamentos, cosa que la jurisprudencia ha sabido no hacer: «Como las partes acordaron someter sus controversias a un árbitro elegido por ellas en vez de a un juez, es la opinión del árbitro respecto a los hechos y al contrato lo que ellas han acordado aceptar. Siempre y cuando el árbitro al interpretar y aplicar el contrato haya actuado en el ámbito de su autoridad, el hecho que una corte esté convencida que incurrió en serios errores no es suficiente para revocar su decisión. No es función de la Corte oír reclamos por errores de hecho o de derecho incurridos por un árbitro, como lo hace un tribunal de apelación al revisar las sentencias de los jueces inferiores» (Corte Suprema de los Estados Unidos de América, asunto *United Paperworkers vs. Misco Inc.*, 1987).[23]

3.5. Infracción al procedimiento (artículo V.1.d)

El artículo v.1.d permite defenderse del reconocimiento apelando a dos supuestos de hecho de igual naturaleza, pero distintos por cuestión de su especialidad: (1) la infracción a las reglas de constitución del tribunal y (2) la infracción al procedimiento arbitral. Son de igual naturaleza, porque en ambos casos se trata de reglas de procedimiento infringidas. Y son distintos por su especialidad, porque el primer supuesto se refiere a la infracción a las reglas de procedimiento específicamente aplicables a la constitución del tribunal arbitral, lo que significa, por exclusión, que la infracción a toda otra regla de procedimiento caerá en el ámbito de aplicación del supuesto general.

---

[22] Park. *Judicial Controls in the Arbitral Process.* 5 Arbitration International, 1989, p. 251.

[23] 484 U.S. 29 (1987). Fuente: https://supreme.justia.com/cases/federal/us/484/29/case.html

Hasta acá los supuestos. Para la determinación del derecho aplicable a ellos, la Convención opta abiertamente porque los acuerdos de procedimiento reemplacen a las reglas del lugar del arbitraje («no se han ajustado al acuerdo celebrado entre las partes» o, «en defecto de tal acuerdo», «no se han ajustado a la ley del país donde se ha efectuado el arbitraje»). La defensa por infracción a la reglas acordadas para la constitución del tribunal arbitral fue exitosa en el asunto *Encyclopaedia Universalis SA vs. Encyclopaedia Britannica Inc.*: «El acuerdo de partes contiene tres requisitos: (1) los árbitros deben estar en desacuerdo antes del nombramiento del tercer árbitro; (2) los árbitros de parte deben intentar designar a un tercer árbitro; y (3) sólo ante la imposibilidad de acordar su designación, [la jurisdicción ordinaria] nombrará al tercer árbitro de la lista de la Cámara Británica de Comercio.

El primer requisito se cumplió, porque los árbitros estaban en desacuerdo respecto a las reglas procesales aplicables. [Pero] el segundo requisito no se cumplió. No hay prueba de que se hubiese intentado designar a un tercer árbitro. La designación prematura del tercer árbitro [por parte de la jurisdicción ordinaria] irremediablemente frustró el arbitraje. Aunque hay una fuerte posición [jurisprudencial] favorable al arbitraje internacional, nunca se ha sostenido que las cortes deban pasar por alto los acuerdos de procedimiento para honrar tal posición. En efecto, como lo ha dicho la Corte Suprema, «la política federal consiste simplemente en asegurar la ejecución, de acuerdo a sus propios términos, de los acuerdos arbitrales». Más aún, el procedimiento para la designación del tercer árbitro es más que una trivialidad formal, [como ha sido calificado por la parte interesada].

El artículo v.1.d de la Convención de Nueva York revela la importancia que tiene la constitución del tribunal arbitral, ya que el incumplimiento de los acuerdos de las partes para la designación de los árbitros es una de las siete causales para denegar el reconocimiento a un laudo.

Respecto al argumento de que esto da primacía a la forma respecto a la sustancia, lo cierto es que las partes expresamente acordaron una forma y la Convención de Nueva York obliga que su pacto sea respetado» (Corte de Apelaciones del Segundo Circuito de Estados Unidos, asunto *Encyclopaedia Universalis SA vs. Encyclopaedia Britannica Inc.*, 2005).[24]

Si el reemplazo de la ley del lugar del arbitraje por los acuerdos de procedimiento se extiende a todo aquello que los acuerdos hayan regulado, a contrario, la ley del lugar del arbitraje se aplicará a la integración de sus lagunas técnicas: «Al Haddad se defiende invocando que la constitución del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo celebrado entre las partes o, en defecto de tal acuerdo, que la constitución del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado a la ley del país donde se ha efectuado el arbitraje (artículo v.1.d).

En particular, la cláusula arbitral establecía un tribunal compuesto por un árbitro designado por cada parte y, si los dos árbitros no se ponían de acuerdo, un tercer árbitro designado por ellos dos dictaría la decisión final. Al Haddad señala que el laudo fue hecho solamente por el árbitro designado por Diakan.

El laudo cuyo reconocimiento busca Diakan, efectivamente, no fue dictado según el pacto acordado por las partes, pero ese hecho no es suficiente para restarle validez. La Convención permite el reconocimiento de un laudo que, aunque no de acuerdo con el pacto de las partes, cumpla con las leyes del país del lugar del arbitraje (artículo 1.v.d).

Bajo la ley arbitral británica, un único árbitro designado por una sola de las partes puede decidir una disputa cuando la otra parte incumple con designar a su árbitro de acuerdo a lo pactado, después de

[24] 403 F.3d 85, 92 (2nd Cir. 2005). Fuente: http://caselaw.findlaw.com/us-2nd-circuit/1133324.html.

habérsele pedido que lo haga. Sin embargo, la parte que sí designó a su árbitro debe esperar siete días desde la designación antes de notificar a su contrario que el árbitro actuará como árbitro único. Diakan siguió este procedimiento. No habiendo recibido respuesta de Al Haddad, Diakan nombró a su árbitro como árbitro único, notificándoselo a Al Haddad. Al Haddad no niega que recibió las notificaciones. Por tanto, según la Convención, el laudo londinense debe ser reconocido y ejecutado» (Corte de Distrito de Delaware, Estados Unidos de América, asunto *Al Haddad Bros. Enterprises Inc. vs. M/S Agapi and Diakan Love SA*, 1986).[25]

En el asunto *Imperial Ethiopian Government vs. Baruch-Foster Corp*., siendo el laudo favorable para Etiopía, Baruch-Foster se opuso a su reconocimiento, porque el presidente del tribunal arbitral había participado remuneradamente en la redacción del Código Civil etíope. Y ya que el acuerdo de arbitraje establecía que el tercer árbitro no debía tener ninguna relación directa ni indirecta con las partes, argumentaba que el acuerdo había sido violado. Pero, ya que «Baruch-Foster no aportó nada para que su intento de descalificar la relación entre el profesor René David [el tercer árbitro] y el gobierno etíope tenga alguna sustancia o cuando menos muestre que fue hecha en buena fe» (Corte de Apelaciones del Quinto Circuito de los Estados Unidos de América, asunto *Imperial Ethiopian Government vs. Baruch-Foster Corp*., 1976),[26] se confirmó el reconocimiento del laudo.

En puridad, el hecho acusado no se trataba de una infracción al procedimiento de constitución del tribunal, sino de un cuestionamiento a

---

[25] 635 F. Supp. 205 (1986). Fuente: http://www.leagle.com/decision/1986840635FSupp205_1792.xml/AL%20HADDAD%20BROS.%20ENTERPRISES,%20INC.%20v.%20M/S%20AGAPI.

[26] 535 F. 2d 334. Fuente: http://openjurist.org/535/f2d/334/imperial-ethiopian-government-v-baruch-foster-corporation.

la imparcialidad e independencia del tercer árbitro.[27] Para esto se tiene a la recusación, como procedimiento específico y de tramitación concomitante a la constitución del tribunal. Habiendo un procedimiento propio para el supuesto en cuestión, su relación con el artículo v.1.d, en lo que se refiere a la infracción a las reglas de constitución, se rige por el criterio de especialidad, excluyéndose del ámbito de aplicación material del artículo v.1.d los hechos que controviertan la imparcialidad e independencia de los árbitros, no obstante el ejercicio argumentativo por reconducirlos a supuestos normativos distintos.

A pesar de la literalidad del artículo, al reemplazar la ley del lugar del arbitraje por los acuerdos de procedimiento, la libertad negocial de las partes tiene un límite implícito: los requisitos fundamentales o contenido esencial de la garantía al debido proceso del lugar del arbitraje. La razón: dilúyase en la noción de orden público el núcleo inviolable del debido proceso. Por tanto, el acuerdo de procedimiento será válido en todo lo que no viole dicha garantía.

Pero esto no quiere decir que toda infracción al procedimiento sea razón suficiente para denegar el reconocimiento. Ya que el fin del procedimiento es garantizar el debido proceso, sólo constituirá razón suficiente para denegar el reconocimiento una infracción que «ocasión[e] un perjuicio sustancial a la parte afectada» (Corte de Distrito de Columbia, Estados Unidos de América, asunto *Compagnie Des Bauxites de Guinee vs. Hammermills Inc.*, 1992).[28] Por el contrario, habrá reconocimiento, no obstante las infracciones, si «el procedimiento arbitral otorgó a las partes los elementos básicos de un proceso contencioso».

---

[27] Cuestionamiento que, por lo demás, era inmotivado, por la década que separaba al arbitraje de las labores codificadoras: el laudo es de 1974 y el profesor René David participó en la redacción del Código etíope de 1954 a 1958, sus servicios fueron remunerados en 1958 y el Código fue publicado en 1960, año desde el cual no mantuvo ninguna relación con el gobierno de Etiopía.

[28] 880 F.2d 685. En *ob. cit.* en nota al pie 29.

(Corte de Distrito de Florida, asunto *Nicor International Corporation/ Carib Consult vs. El Paso Corporation*, 2003).[29]

3.6. Laudo no obligatorio, anulado o suspendido (artículo V.1.e)

El artículo v.1.e abre la vía a tres medios de defensa distintos frente al reconocimiento. Uno es que el laudo «no [sea] aún obligatorio para las partes». Que una decisión no sea obligatoria significa que no es autoritativa: que no ha sido investida por el sistema jurídico con la autoridad para ser definitiva y final.

Y, a consecuencia de su falta de autoridad, no es tampoco exigible. Al determinar que el laudo «no es aún obligatorio», la jurisprudencia tiende a aplicar la voluntad acordada de las partes, como lo dejó dicho la Corte de Apelaciones de Bruselas: «el acuerdo de las partes establece que el laudo será final y obligatorio y, por tanto, inmediatamente ejecutable al ser dictado. No prevé una apelación. Conforme al arreglo de las partes, el laudo adquirió obligatoriedad al ser dictado. De hecho, el laudo dice que es «efectivo» desde su fecha».[30] Lo mismo ocurrió en el asunto *Gotaverken Arendal AB vs. Libyan General National Maritime Transport Co.*, en el que la Corte Suprema de Suecia declaró que el laudo era obligatorio desde su dictado, ya que, al aceptar arbitrar bajo las reglas de la Cámara Internacional de Comercio, las partes habían renunciado a apelar la decisión.[31]

El segundo medio de defensa es que el laudo haya sido anulado. Las razones de la Convención para denegar el reconocimiento son sustancialmente las mismas que las causales de anulación de la Ley n.º 708 (artículo 112). La única excepción es la causal del artículo v.1.e de la

---

[29] 292 F. Supp.2d 1357 (2003). Fuente: http://www2.ambrac.nl/kli-ka-csg/document.aspx?id=ipn26025

[30] En Unctad; en *ob. cit.* en nota al pie 11, p. 34.

[31] PAULSSON. *Arbitration Unbound: Award Detached from the Law of its Country of Origin*. 30 The International and Comparative Law Quarterly, 1981, p. 372.

Convención, porque, que el laudo no sea aún obligatorio o haya sido anulado o suspendido, sólo puede ser, en sí misma, razón para impedir su reconocimiento. Pero, que las causales sean las mismas no significa que, al denegar el reconocimiento, el Tribunal Supremo esté anulando el laudo extranjero.

La competencia para declarar la invalidez de un laudo está reservada a la autoridad judicial competente de la jurisdicción ordinaria (artículo 113 de la Ley n.º 708). Sólo ellos pueden anular un laudo cuya sede hubiese sido Bolivia (jamás uno extranjero).

Al Tribunal Supremo lo que le está reservado es el reconocimiento de laudos extranjeros. Respecto de éstos, la jurisdicción boliviana es secundaria: es un foro en el que se busca su reconocimiento y ejecución, nada más, pero no uno cuyo derecho condicione su validez.

El condicionamiento de validez de una decisión lo ejerce el sistema jurídico que le otorga su nacionalidad, y sólo a éste corresponde, por lo mismo, el poder para declarar su nulidad. La suya es una jurisdicción primaria, por ser sus tribunales los de la ley del lugar del arbitraje. Por tanto, si el Tribunal Supremo anulase un laudo extranjero, en derecho, tal pronunciamiento debiera leerse tan sólo como una denegación del reconocimiento, nada más. Carecería de la oponibilidad *erga omnes* que caracteriza a toda decisión de anulación, porque solamente lo que no es válido para la jurisdicción primaria es jurídicamente inexistente (artículo v.1.e de la Convención).

Tan simple como esto: al negar el reconocimiento a un laudo anulado en el lugar del arbitraje o según su ley, el artículo v.1.e está diciendo, por implicancia, dos cosas: (1) que sólo la jurisdicción cuya ley otorga nacionalidad al laudo puede anularlo (*i.e.*, que sólo los tribunales de dicha jurisdicción primaria, de acuerdo a sus reglas de competencia, pueden anularlo); y (2) que ninguna otra jurisdicción puede anularlo.

Así tomado, el artículo v.1.e no sólo regla una causal de denegación del reconocimiento, sino que, al hacerlo, devela su naturaleza de norma de competencia, haciendo que solo la jurisdicción primaria esté autorizada por la Convención para declarar la invalidez de un laudo. Y, puesto que toda norma de competencia es en sí misma excluyente de las autoridades normativas a las que no confiere poder, al conferirse el poder de anular el laudo a la jurisdicción primaria, quedan excluidas las jurisdicciones secundarias de poder hacerlo. Por eso, cuando confrontada con laudos anulados en jurisdicciones secundarias, la jurisprudencia no ha dudado en reconocerlos.

Es el caso de un laudo estadounidense anulado en República Dominicana: «La Corte toma nota que *Nicor* y *Carib* parecen sugerir en un pie de página que el laudo arbitral no debiera ser reconocido, porque los tribunales dominicanos han denegado su reconocimiento.

De acuerdo al artículo v.1.e de la Convención de Nueva York, la Corte no debe reconocer un laudo arbitral si el mismo fue anulado o suspendido por una autoridad competente del país en que, o conforme a cuya ley, fue dictado. Como el laudo arbitral no fue hecho en o bajo las leyes de la República Dominicana, la denegación de reconocimiento por parte de los tribunales dominicanos no es argumento para denegar el reconocimiento de acuerdo a la Convención de Nueva York.

El asunto *Baker Marine Ltd. vs. Chevron Ltd*. citado por *Nicor* es inaplicable al presente caso. Más aún, una decisión de esta Corte reconociendo la sentencia de las cortes dominicanas violaría claramente el orden público estadounidense que favorece al arbitraje» (Corte de Distrito de Florida, asunto *Nicor International Corporation/Carib Consult vs. El Paso Corporation*, 2003).[32]

[32] 292 F. Supp.2d 1357 (2003). Fuente: http://www2.ambrac.nl/kli-ka-csg/document.aspx?id=ipn26025.

Y es también el caso de un laudo suizo anulado en Indonesia: «La Convención de Nueva York proporciona un cuidadosamente estructurado marco para la revisión y ejecución de los laudos arbitrales. Sólo una corte de un país con jurisdicción primaria sobre un laudo puede anularlo. Las cortes de otros países son jurisdicciones secundarias: una corte de jurisdicción secundaria está limitada a decidir si el laudo puede ejecutarse en ese territorio. La Convención establece regímenes muy diferentes para la revisión de un laudo (1) en los países en los que, o bajo cuya ley, el laudo fue hecho, y (2) en los países en los que se busca su reconocimiento y ejecución. Según la Convención, el país en el que, o conforme a cuya ley, el laudo fue dictado, tiene jurisdicción primaria sobre él.

Todos los otros Estados signatarios de la Convención son jurisdicciones secundarias, en las que las partes pueden solamente controvertir si ese Estado debe o no ejecutar el laudo. […]. De acuerdo con la Convención de Nueva York, el acuerdo arbitral de las partes y el expediente arbitral, Suiza tuvo jurisdicción primaria sobre el laudo. Ya que Indonesia no tiene jurisdicción primaria para invalidar el laudo, esta Corte confirma la decisión de la Corte de Distrito, en sentido de que la anulación dictada por un tribunal indonesio no es defensa para evitar la ejecución del laudo al amparo de la Convención de Nueva York» (Corte de Apelaciones del Quinto Circuito de los Estados Unidos de América, asunto *Karaha Bodas Co. vs. Preusan Pertambangan*, 2004).[33]

El tercer medio de defensa es la suspensión del laudo. Ya que al decir «en el lugar del arbitraje o según su ley» el artículo v.1.e se refiere por igual a la anulación y a la suspensión, los efectos de esta regla, en tanto norma de competencia, se aplican por igual a este supuesto.

Un laudo suspenso es un laudo inhabilitado para desplegar su fuerza ejecutiva. Y, como tal, no hay efecto que reconocerle en el Estado del foro. Es lo ocurre con un laudo sometido a revisión judicial: «este

[33] 364 F.3d 274. Fuente: http://caselaw.findlaw.com/us-5th-circuit/1207034.html.

tribunal determina aplazar su decisión de reconocer el laudo hasta que los tribunales indios decidan con carácter final si el laudo es correcto de acuerdo al derecho indio» (Corte de Distrito de Ohio, Estados Unidos de América, asunto *Fertilizer Corporation of India vs. IDI Management Inc.*, 1981).[34]

4. CAUSALES QUE DEFIENDEN LOS INTERESES DEL ESTADO DEL FORO (ARTÍCULO V.2)

4.1. Materia no arbitrable (artículo V.2.a)

Se puede denegar el reconocimiento del laudo si la materia no es arbitrable según la ley del Estado del foro (artículo V.2.a). Al decir el «objeto de la diferencia no es susceptible de solución por vía de arbitraje», la Convención está acá adoptado un criterio objetivo de arbitrabilidad, a diferencia del criterio subjetivo que adoptó en el artículo V.1.a (defensa por incapacidad), pues la incapacidad es el nombre propio de la exclusión de una persona del ámbito de aplicación de una norma.

Tratándose de un supuesto de inarbitrabilidad por razón de la materia, un buen ejemplo es el asunto *Libyan American Oil Co. (Liamco) vs. Socialist People's Libyan Arab Jamahirya*[35] (1981), en el que la Corte de Apelaciones del Distrito de Columbia (Estados Unidos de América) acogió el argumento libio de que la nacionalización no era materia de arbitramento, porque por necesidad tendríase que decidir sobre la validez misma del hecho nacionalizatorio, lo que supondría juzgar los actos soberanos de un Estado efectuados en su propio territorio, en repudio

---

[34] 517 F. Supp. 948 (1981). Fuente: http://www.leagle.com/decision/19811465517FSupp948_11336.xml/FERTILIZER%20CORP.%20OF%20INDIA%20v.%20IDI%20MANAGEMENT,%20INC.

[35] 684 F. 2d 1032 (D.C. Cir. 1981). Fuente: http://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/684/1032/40823/.

del principio reconocido por los tribunales americanos de inhibirse en tales situaciones (*Act of State Doctrine*).

Doctrinalmente suele vincularse la inarbitrabilidad con el orden público.[36] También lo ha hecho la jurisprudencia comparada: «Con el fin de determinar si la cuestión relacionada con la titularidad de los derechos de autor cae fuera de la jurisdicción arbitral, debemos definir el concepto de orden público en el contexto del arbitraje con mayor claridad, en donde podría surgir en una diversidad de formas, tal como lo hace acá, por ejemplo, con respecto a circunscribir la jurisdicción *ratione* materia del arbitraje.

Por lo tanto, un asunto puede ser excluido de la materia abarcada por el arbitraje por su naturaleza de materia de orden público» (Corte Suprema de Canadá, asunto *Desputeaux vs.* Éditions *Chouette Inc.*, 2003).[37]

Y lo mismo ha ocurrido en Bolivia. Acá, el Tribunal Constitucional ha fallado en sentido que la pretensión de nulidad de un acto jurídico es un asunto de orden público. Pero, sostuvo tal conclusión aplicando la inarbitrabilidad objetiva como razonamiento: «La arbitrabilidad es un elemento imprescindible en un acuerdo de someter un litigio al ámbito del arbitraje, de inicio se debe determinar la vocación arbitrable del asunto sometido a jurisdicción de un órgano arbitral, en función de

---

[36] «La inarbitrabilidad objetiva] es meramente otra forma de decir que el reconocimiento y la ejecución serían contrarias al orden público» (Sanders. *A Twenty Year's Review of the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards*, 13 International Lawyer, 1979, p. 270). Y también Okekeifere: «En el arbitraje internacional la arbitrabilidad está cercanamente vinculada a consideraciones de orden público. Cuando una nación sostiene que una clase particular de controversias no es arbitrable lo hace normalmente basándose en consideraciones de orden público» (Okekeifere. *Public Policy and Arbitrability under de Uncitral Model Law*, 2 International Arbitration Law Review, 1999, p. 70).

[37] 2002 SCC 17. Fuente: https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/2048/index.do.

dos tipos de parámetros: los objetivos (*ratione materia*) y los subjetivos (*ratione personae*). […]. Por ello es la primera condición de validez de una convención arbitral, es imperativo que el tribunal arbitral abra su competencia exclusivamente para conocer problemáticas que el legislador admite como arbitrables. [En este punto, el Tribunal glosa el artículo 3 (derechos sujetos a arbitraje) y el artículo 6 (materias excluidas del arbitraje) de la Ley n.º 1760].

De ahí que la imposibilidad de someter una controversia al arbitraje puede sintetizarse en tres grandes grupos: Materias expresamente excluidas; derechos sobre los cuales las partes no pueden pactar libremente; indisponibilidad de aspectos vinculados al orden público que sólo pueden ser dilucidados por la jurisdicción estatal. […].

Por ello, este régimen de nulidades imperativas creadas por ley, resultan de orden e interés público por lo cual la imposición de la sanción debe producirse a través del pronunciamiento del órgano jurisdiccional como así lo determina el artículo 546 del CC, mismo que bajo el *nomen juris* de verificación judicial de la nulidad y la anulabilidad, estipula que la nulidad y la anulabilidad de un contrato deben ser pronunciadas judicialmente; por ende, se puede concluir que el régimen de nulidades de la normativa sustantiva civil glosada hace alusión a nulidades de orden público que deben ser declaradas judicialmente» (STC n.° 2471/2012-RDN, 22 de noviembre, párrafos III y IV).[38]

A partir de esta sentencia, en consecuencia, además de por cualquiera de las materias listadas en los artículos 4 y 5 de la Ley n.º 708,[39]

---

[38] Mis críticas a esta sentencia en ANDALUZ. *Argumentación, arbitraje y arbitrariedad: las contradicciones del Tribunal Constitucional en el Recurso Directo de Nulidad contra laudos.* VII Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones, 2014, pp. 255 a 283.

[39] Artículo 4: «Materias excluidas de la conciliación y del arbitraje: No podrá someterse a la Conciliación ni al Arbitraje, lo siguiente: 1.- La propiedad de los recursos naturales. 2.- Los títulos otorgados sobre reservas fiscales. 3.-Los tributos y regalías. 4.- Los contratos administrativos, salvo lo dispuesto en la presente Ley.

en Bolivia también le sería denegado el reconocimiento a un laudo que resolviese sobre las pretensiones de nulidad de los actos jurídicos.

4.2. Orden público (artículo v.2.b)

Al decir que se podrá denegar el reconocimiento si el laudo fuese contrario al «orden público de ese país», la Convención se está refiriendo al orden público internacional (artículo V.2.b). Uno es el orden público interno y otro el internacional. El interno se refiere a las normas imperativas, que no aceptan pacto en contrario de los particulares. El internacional se refiere a «las nociones más básicas de moralidad y justicia del Estado del foro» (Corte de Apelaciones del Segundo Circuito de los Estados Unidos de América, asunto *Parsons & Whittemore Overseas Co. vs. Société Générale de l'Industrie du Papier*, 1974).[40]

No es que existan normas de orden público internacional, sino reglas extranjeras que, de aplicarse, contrariarían el orden público del Estado del foro. Opera como una excepción: excluyendo la aplicación de la ley extranjera que, de otra manera, sería aplicable según las reglas

---

5.- El acceso a los servicios públicos. 6.- Las licencias, registros y autorizaciones sobre recursos naturales en todos sus estados. 7.- Cuestiones que afecten al orden público. 8.- Las cuestiones sobre las que haya recaído resolución judicial firme y definitiva, salvo los aspectos derivados de su ejecución. 9.- Las cuestiones que versen sobre el estado civil y la capacidad de las personas. 10.- Las cuestiones referidas a bienes o derechos de incapaces, sin previa autorización judicial. 11.- Las cuestiones concernientes a las funciones del Estado. 12.- Las cuestiones que no sean objeto de transacción. 13.- Y cualquier otra determinada por la Constitución Política del Estado o la Ley». Artículo 5: «Exclusión expresa: Quedan excluidas de la aplicación de la presente Ley: 1.- Las controversias en materia laboral y de seguridad social, por estar sometidas a disposiciones legales que le son propias. 2.- Los acuerdos comerciales y de integración entre Estados, suscritos por el Estado Plurinacional de Bolivia, los cuales se regirán por las disposiciones sobre conciliación y arbitraje que determinen las partes, en el marco de éstos. 3.- Los contratos de financiamiento externo que suscriba el Estado Plurinacional de Bolivia con organizaciones u organismos financieros internacionales».

[40] Ver nota al pie 15.

de conflicto; o negando la admisión de los efectos jurídicos de las decisiones y documentos que, si no fuera por dicho motivo, debieran reconocerse. Como el orden público internacional es conceptualmente distinto al orden público interno, sólo a título de excepción la violación del segundo significaría necesariamente la violación del primero: tendría que coincidir que la norma imperativa violada (orden público interno) fuese a su vez constitutiva del orden público internacional del Estado del foro.

De ahí que la jurisprudencia no deniegue el reconocimiento cuando entiende que lo que se acusa es tan sólo la violación del orden público interno. En *Parsons*, por ejemplo, la defensa frente al reconocimiento se fundó en el rompimiento de relaciones diplomáticas entre los Estados Unidos de América y Egipto; en *National Oil Corporation of Libya vs. Libyan Sun Oil Company*[41] (Corte de Distrito de Delaware, 1990), la defensa se fundó en la prohibición estadounidense de que sus nacionales viajasen a Libia; y en *MGM Productions Group, Inc. vs. Aeroflot Russian Airlines*[42] (Corte de Apelaciones del Segundo Circuito de los Estados Unidos de América, 2004), la defensa se fundó en la prohibición de que los nacionales estadounidenses comerciasen con Irán. Para los tres casos el resultado fue el mismo: el reconocimiento de los respectivos laudos porque las violaciones acusadas no contrariaban el orden público internacional de los Estados Unidos de América.

Que el orden público internacional esté constituido por «las nociones más básicas de moralidad y justicia del Estado del foro» (asunto *Parsons*), significa que es el fundamento ético del sistema jurídico de dicho Estado: es el sustento moral de la filosofía política que lo determina. Similar criterio al del asunto *Parsons*, incluyendo el lenguaje

---

41 733 F. Supp. 800 (1990). Fuente: http://www.leagle.com/xmlResult.aspx?xmldoc=19901533733FSupp800_11400.xml&docbase=CSLWAR2-1986-2006.

42 Fuente: http://federal-circuits.vlex.com/vid/mgm-productions-aeroflot-russian-airlines-18536506.

empleado en su formulación, se usa en Hong Kong (Corte Superior de la Región Administrativa Especial de Hong Kong, asunto *Hebei Import and Export Corporation vs. Polytek Engineering Company Ltd*, 1998)[43] e Irlanda (Corte Superior de Irlanda, asunto *Brostom Tankers AB vs. Factorías Vulcano SA*, 2004).[44]

Lo mismo que en Alemania y Suiza, donde hay violación al orden público, respectivamente, cuando se infringe «una norma que regula los principios básicos de la vida pública o económica o cuando tal infracción contradice de un modo intolerable el concepto alemán de justicia», o cuando «el sentimiento innato de justicia es lastimado de modo intolerable al inaplicarse una disposición fundamental del sistema jurídico suizo».[45]

Igual es el caso noruego, en el que hay violación al orden público «únicamente cuando [el laudo] discrepa en grado inaceptable con el orden jurídico del Estado, violando un principio fundamental del mismo» (*Pulsarr Industrial Research BV vs. Nils H. Pilsen AS*, 2002).[46] O en Canadá, donde una violación al orden público es tal por ser «contraria a la moralidad esencial del Estado» (Corte de Ontario, Canadá, asunto *Arcata Graphics Buffalo Ltd. vs. Movie-Magazine Corp*., 1993).[47] Y en España, país en el que se denomina orden público constitucional al

---

43 [1999] 2 H.K.C. 205.Fuente: http://arbitrationlaw.com/files/free_pdfs/hebei_import_and_export_corp_v_polytek_engineering_co_ltd_cacv_116-1997.pdf.

44 [2004] IEHC 198. Fuente: http://www.bailii.org/ie/cases/IEHC/2004/198.html.

45 Ungar. *The Enforcement of Arbitral Awards Under Uncitral's Model Law on International Commercial Arbitration.* 25 Columbia Journal of Transnational Law, 1987, p. 751.

46 Born. *International Commercial Arbitration: Commentary and Materials*. La Haya: Kluwer, 2001, 2.ª edición, p. 740.

47 Fuente: http://interarb.com/clout/clout037.htm.

régimen compuesto por los derechos y libertades fundamentales reconocidos en su Constitución.[48]

Tratándose de Estados de cuño liberal, su fundamento ético es la libertad individual. En esto lleva la razón Popper: «No escogemos la libertad política porque nos prometa esto o aquello. La escogemos porque hace posible la única forma de convivencia entre individuos digna de un ser humano; la única forma en la que podemos ser completamente responsables por nosotros mismos». «La libertad política es una condición previa de nuestra responsabilidad personal, de nuestra humanidad».[49]

Por tanto, para que esa condición previa quede asegurada, tiene que asegurarse la existencia del Estado en la acepción garantista del término. Y la condición para su garantía son los frenos y contrapesos en la organización del poder. Ya sobre esto ha dicho el Tribunal Constitucional que «el Estado de Derecho [se] caracteriza por la sujeción de los poderes públicos y los ciudadanos al ordenamiento jurídico vigente, [y] por su vinculación a un ordenamiento superior en que se consagran y garantizan unos valores (derechos y libertades) que, desde el punto de vista moral y político, se consideran básicos para la convivencia humana y la consecución de la paz social» (STC n.° 101/2004 RAC, 14 de septiembre de 2004, párrafo III.2).

Hasta aquí, queda que el orden público común a toda república estaría compuesto por (1) las libertades constitucionales y (2) el sistema de frenos y contrapesos. A esto, para el caso boliviano, debiera añadirse (3) su «carácter plurinacional», que ha sido definido como el «hecho fundante básico del Estado y de la Constitución boliviana» (STC n.° 112/2012 RHC, 27 de abril de 2012, párrafo III.1.2).

---

[48] *Cfr.* FERNÁNDEZ ROZAS y SÁNCHEZ LORENZO. *Derecho Internacional Privado.* Madrid, Civitas, 2003, 2ª edición, p. 314.

[49] POPPER. *La responsabilidad de vivir. Escritos sobre política, historia y conocimiento.* Barcelona: Paidós, 1995, 1.ª edición, pp. 147 y 236.

Por antonomasia, lo que es de orden público no está librado por el ordenamiento al poder de disposición de los particulares. Y si sólo son materia de arbitramento, las controversias sobre derechos en los que se puede ejercer tal poder, por exclusión, resulta una hipótesis remotamente lejana que a un laudo se le denegase el reconocimiento por violar el orden público, porque, de inicio, es un imposible conceptual que la controversia hubiese sido en naturaleza materia de orden público.

El arbitraje y las redes sociales

Álvaro Silva Rudat[*]

> El conflicto de interés es un concepto vivo; y eso significa que, como la vida misma, está en movimiento y en evolución. Cada caso nuevo ayuda a repensar una afirmación anterior o a precisar un concepto nuevo desde una perspectiva nueva.
>
> *Fernando de Trazegnies Granda*

Sumario: 1. El deber de revelación y la amistad.— 2. La amistad a través de redes sociales.— 3. Las redes sociales en las directrices de la IBA.— 4. Recusaciones basadas en información obtenida de redes sociales.— 5. En conclusión, ¿hasta dónde debe llegar el deber de revelación?— 6.

1. El deber de revelación y la amistad

Un juez no puede ser amigo de una de las partes. Un árbitro tampoco. Sin embargo, existen grados de amistad. El ser humano es social por naturaleza y, por tanto, tiene amigos. Y es frecuente que la amistad surja en las aulas universitarias o en el ejercicio de la misma profesión. Puede suceder que jueces y abogados se conozcan desde jóvenes. En el caso

[*] Álvaro Silva Rudat es abogado en ejercicio en el Estudio Silva y Silva Santiesteban Abogados. Es especialista en Arbitrajes, Derecho Procesal Civil y regulacion de servicios públicos.

de los árbitros, la mayoría de árbitros también ejerce simultáneamente como abogado, y no hay ningún impedimento para que todos los abogados sean amigos ente sí. Esta red de relaciones conlleva a que la elección del árbitro sea un tema de suma importancia antes del inicio del proceso arbitral.

Las partes deben elegir un árbitro que les genere confianza, tanto en el ámbito profesional como en el moral. Al efectuar la elección evaluarán las cualidades profesionales y técnicas del árbitro, pero también, como señalan Osterling y Miró Quesada,[1] se tendrá en cuenta las condiciones morales del candidato. Esto último se refiere, en especial, a la independencia e imparcialidad del árbitro.

La imparcialidad es un concepto más abstracto que se refiere a un estado mental: «a la ausencia de cualquier sesgo a la hora de resolver una controversia». La independencia, en cambio, es fácilmente comprobable ya que se refiere a la proximidad objetiva —profesional o personal— del árbitro con una de las partes, incluyendo el vínculo amical y el parentesco.

Matheus[2] describe dos formas para analizar el deber de independencia e imparcialidad del árbitro. Una apreciación subjetiva, que implica buscar las verdaderas intenciones de la persona, y una apreciación objetiva, que vincula a las personas sin preocuparse de las intenciones. Conforme a esta última apreciación, basta que se presenten las circunstancias consideradas por la hipótesis legal como creadoras de una contravención, una apariencia o un riesgo, para que proceda la sanción.

---

1 Osterling Parodi, Felipe y Gustavo Miró Quesada Milich. «Conflicto de intereses: el deber de declaración y revelación de los árbitros». En *Anuario Latinoamericano de Arbitraje*. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje, 2014, p. 330.

2 Matheus López, Carlos. «La independencia e imparcialidad del árbitro en el arbitraje administrativo». En *Revista Sapere*. Lima: Universidad San Martín de Porres, 2014, edición n.° 7.

La ley de arbitraje vigente en el Perú asume el estándar de la Ley Modelo de la Cnudmi, al establecer que para que proceda la recusación del árbitro deben presentarse «circunstancias que den lugar a "dudas justificadas" sobre su imparcialidad o independencia» (artículo 28, inciso 3). Norma similar aparece en el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.[3]

La expresión «dudas justificadas» hace referencia a dudas pasibles de justificación, constituyendo así una apreciación objetiva.[4] En el Reglamento de Arbitraje de la CCI, se reemplaza el término «justificadas» por otro menos objetivo, al señalar en los incisos 2 y 3 del artículo 11 que «La persona propuesta como árbitro debe dar a conocer por escrito a la Secretaría cualesquiera hechos o circunstancias susceptibles, desde el punto de vista de las partes, de poner en duda su independencia, así como cualquier circunstancia que pudiese dar lugar a "dudas razonables" sobre su imparcialidad».

El literal b) de Nota explicativa sobre la Norma General 2 de las Directrices IBA sobre Conflictos de Intereses en Arbitraje Internacional (2014), establece que para lograr una aplicación homogénea de dichas reglas, el test para la descalificación de un árbitro ha de ser objetivo, es decir, considerando el «examen por una tercera persona con buen juicio».

Si el criterio a aplicarse fuese subjetivo, las circunstancias específicas que puedan generar dudas sobre la independencia e imparcialidad del árbitro deberían examinarse a los ojos de las partes. El literal c) del numeral 3 de dichas Directrices recoge el criterio subjetivo al referirse al

---

[3] «Artículo 226.- Los árbitros podrán ser recusados por las siguientes causas:
[…]
3. Cuando existan circunstancias que generen dudas justificadas respecto de su imparcialidad o independencia y cuando dichas circunstancias no hayan sido excusadas por las partes en forma oportuna y expresa».

[4] Matheus López, Carlos. *Op. cit.*

deber de revelación del árbitro, cuando señala que un árbitro que revela ciertos hechos o circunstancias que pudieran generar dudas acerca de su imparcialidad o independencia, se considera a sí mismo imparcial e independiente «respecto de las partes», a pesar de haber revelado tales hechos o circunstancias y, por consiguiente, capaz de cumplir con sus deberes de árbitro. De lo contrario, el árbitro no habría aceptado la designación desde un principio o habría renunciado.

Este criterio subjetivo aparece también en el artículo 16 del Reglamento de Arbitraje del Centro Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Americana del Perú (AmCham Perú), el cual, en su numeral 2 establece que «La persona propuesta como árbitro suscribe, al aceptar el cargo, una declaración de independencia y da a conocer por escrito a la Secretaría cualesquiera hechos o circunstancias susceptibles de producir dudas razonables sobre su independencia e imparcialidad, desde el "punto de vista de las partes"». (resaltado nuestro).

Resulta evidente que el criterio objetivo es bastante estricto, y su aplicación a rajatabla podría generar una avalancha de recusaciones dilatorias.

Regresando al terreno del vínculo amical, ¿qué tan estrecho debe ser este vínculo para que el árbitro esté obligado a revelarlo? ¿Se debe apreciar a los ojos de un tercero razonable o a los ojos de las partes?

Sobre el parentesco con alguna de las partes, o sus abogados, no cabe duda alguna de que es una situación que debe ser revelada por el árbitro. Sin embargo, en el caso del vínculo amical, el tema es más complejo y siempre ha suscitado debate, aunque muchas veces resulta difícil probar una relación de amistad.

Para Osterling y Miró Quesada[5] «un árbitro al ser llamado a revelar cualquier situación de conflicto de intereses con motivo de su

[5] Osterling Parodi, Felipe y Gustavo Miró Quesada Milich. *Op. cit.*, p. 335.

nombramiento como árbitro, debería, entre otras consideraciones, hacer un escrutinio de todas —absolutamente todas— sus relaciones», incluyendo «cargos, empresas, procesos, firmas, relaciones sociales y familiares, trabajos profesionales y académicos en los que los otros árbitros, abogados, clientes, contrapartes y estudiantes podrían haberse involucrado, para poder identificar aquéllas que pudiesen ser entendidas por las partes como potenciales supuestos contaminantes de su carácter independiente e imparcial; y, siendo puristas, debería revelar todas de las que tenga o haya podido tener conocimiento para permitir que las partes efectúen un correcto control y, con ello, evitar la eventual frustración de su designación y/o la anulación del laudo».

O sea, el candidato a árbitro se debería revelar sus relaciones sociales con las partes y sus abogados, relaciones sociales que comprenden los vínculos de amistad.

Las Directrices de la IBA sobre los Conflictos de Intereses en el Arbitraje Internacional aprobadas en el año 2004 comprendían dentro del Listado Naranja la existencia de un «vínculo de amistad personal estrecho entre el árbitro y el abogado de una de las partes, que se manifiesta en el hecho de que el árbitro y el abogado suelen compartir bastante tiempo en actividades que no están relacionadas ni con su trabajo ni con asociaciones profesionales o sociales» (numeral 3.3.6.).

Este Listado Naranja recogía el criterio subjetivo al describir como «una enumeración no exhaustiva de situaciones específicas que (dependiendo de los hechos o las circunstancias particulares del caso), a los ojos de las partes, pudieran crear dudas acerca de la imparcialidad o independencia del árbitro». Estas situaciones debían ser reveladas por el árbitro.

Lo que nos decía esta norma, es cómo se manifiesta un vínculo de amistad estrecho, y excluía del vínculo de amistad estrecho la relación que pueda existir entre el árbitro y el abogado al pertenecer ambos a una

misma asociación profesional o social, a pesar de que puedan compartir «bastante tiempo» en estas asociaciones.

El Código de Ética del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, establece en el numeral 3 del artículo 6 que el futuro árbitro deberá revelar todos los hechos o circunstancias que puedan originar dudas justificadas respecto de su imparcialidad o independencia, debiendo considerar, entre otros hechos:

> b) El tener relación de amistad íntima o frecuencia en el trato con alguna de las partes, sus representante, abogados o asesores.

En nuestro concepto, se debería revelar el vínculo de amistad, en la medida en que pueda generar «dudas justificadas» acerca de la imparcialidad o independencia del árbitro, y dependiendo de los hechos o las circunstancias particulares del caso, pues no existe un criterio objetivo que califique el grado de la amistad.

2. La amistad a través de redes sociales

En septiembre del 2012 en el Estado de La Florida (USA), un abogado recusó a un juez, sosteniendo que el abogado de la otra parte y el juez eran «amigos» en *Facebook*, lo cual podría afectar la imparcialidad de este último *(Domville vs. State*,[6] n.° 4D12-556).[7] El abogado argumentó que también era usuario de la red social *Facebook* y que en su lista de «amigos» figuraban únicamente sus amigos más cercanos, socios y personas de las que no podría esperar más que favores, lealtad y parcialidad. El juez cuestionado no acogió el recurso.

---

[6] Ver http://www.4dca.org/opinions/Sept%202012/09-05-12/4D12-556.op.pdf.

[7] Ver http://www.newmiamiblog.com/2012/09/12/florida-court-lawyers-and-judges-cannot-be-facebook-friends/.

Elevado el incidente a segunda instancia, la Corte de Apelación del Distrito Cuarto de Florida declaró fundado el pedido y estableció que «tanto jueces como abogados deben mantener vidas sociales independientes, al igual que en la vida real». Se basó en el Dictamen n.° 2009-20 de fecha 17 de noviembre del 2009, del *Judicial Ethics Advisory Committee*,[8] en el cual se contestaron varias preguntas en relación con la participación de los jueces en redes sociales, incluyéndose la siguiente:

> *Whether a judge may add lawyers who may appear before the judge as «friends» on a social networking site, and permit such lawyers to add the judge as their «friend».*
> *Answer: No.*

Adicionalmente, la Corte de Apelación estableció lo siguiente:

> As the [Advisory] Committee recognized, a judge's activity on a social networking site may undermine confidence in the judge's neutrality.

Y que el *Advisory Committee* reprobaba esta práctica porque «*the identification of the lawyer as a "friend" on [a] social networking site [improperly] conveys the impression that the lawyer is in a position to influence the judge*».

Con este antecedente, cabe preguntarse si una parte en un proceso arbitral se sentirá cómoda sabiendo que el abogado de la otra parte es amigo en *Facebook* del presidente del tribunal arbitral, o del árbitro único. Mejor dicho, que ambos figuran recíprocamente en sus listas de amigos. Esto nos conduce a la siguiente pregunta: ¿están los árbitros en la obligación de revelar que el abogado o la parte que lo nombró figuran en su lista de amigos de *Facebook* o de otra red social?

---

[8] Disponible en: http://www.jud6.org/LegalCommunity/LegalPractice/opinions/jeacopinions/2009/2009-20.html.

Para Ménagé del *Center for Transnational Litigation, Arbitration, and Commercial Law*[9] dado que en caso de duda sobre si el árbitro debe revelar o no determinada circunstancia se debe resolver en favor de la revelación, la relación a través de *Facebook* sí debería ser revelada.

Según la Guía de Mejores Prácticas en Arbitraje Comercial (*Guide to Best Practices in Commercial Arbitration*) publicada en 2014 por «The College of Commercial Arbitrators»,[10] sería una buena práctica para un árbitro el revelar que una parte, el abogado de una parte, un testigo o coárbitro aparece como amigo en su lista de amigos en una red social, o si el árbitro es quien aparece como amigo en la lista de amigos de dichas personas. Esta Guía remite a la Opinión 66 del *Judicial Ethics Commitee* de California,[11] el cual recomienda a los jueces lo siguiente:

> i) Las mismas reglas que permiten a un juez socializar y comunicarse con otras personas personalmente, a través de papel o telefónicamente, deben aplicarse para la comunicación a través de Internet. La participación de un juez en una red social no significa *per se* que exista duda razonable sobre su capacidad de actuar imparcialmente. Por tanto, está permitido a los a los jueces participaren redes sociales. Los *Advisory Commitees* de South Carolina y Kentucky arribaron a conclusiones similares.
>
> ii) Tampoco habría problema en que un juez incluya en su lista de amigos de una red social a abogados pertenecientes al mismo Colegio de Abogados o a organizaciones de profesionales dedicadas a la investigación o difusión del Derecho.

---

[9] Ménagé, Anne-Lise. «The Disclosure Requirement under French Law: Global Law Firms and Social Media Networks». Disponible en: http://blogs.law.nyu.edu/transnational/2015/04/the-disclosure-requirement-under-french-law-global-law-firms-and-social-media-network/.

[10] «Guide to Best Practices in Commercial Arbitration». *The College of Commercial Arbitrators*. JurisNet LLC, 2014, p. 23.

[11] Disponible en: http://www.caljudges.org/docs/Ethics%20Opinions/Op%2066%20Final.pdf.

No obstante, se debería prohibir la interacción del juez con abogados cuando en la red social del juez se puede apreciar que prevalecen relaciones de carácter personal y familiar.

iii) No se debe permitir a un juez interactuar con abogado a través de una red social, cuando el abogado tiene causas pendientes ante el despacho de dicho juez.

En conclusión, lo que debe analizarse es la naturaleza de la interacción del juez, y no el medio a través del cual la interacción tiene lugar.

De otro lado, en el 2014 el «*College of Commercial Arbitrators*» emitió un documento denominado «*Guidance Note: Arbitration and Social Media*»,[12] en el cual recomienda como «mejores prácticas» lo siguiente:

- Cuando un neutral (se refiere con este término a un árbitro potencial, nombrado, en ejercicio del cargo o que haya cesado, respecto de determinada cuestión) es un usuario de una red social, las relaciones creadas, o las comunicaciones que resulten de la participación en esta red, pueden afectar el deber de independencia e imparcialidad, o pueden ser percibidas por la parte como afectantes de dichos deberes.
- Cuando un neutral es usuario de una red social, las comunicaciones pueden violar, o ser percibidas por la parte como violatorias, del deber del árbitro de abstenerse de comunicarse con las partes, sus abogados o testigos.

Si trasladamos estos principios al Perú, tendríamos un escenario muy complicado, teniendo en cuenta que según un estudio efectuado en el 2015 por CCR, el 76% de la población de Lima es usuario usual

[12] Disponible en: http://www.thecca.net/blog/guidance-note-arbitration-and-social-media

de *Facebook*, y el 65% es usuario de la red social *Google*+.[13] En el mundo, a marzo del 2015 *Facebook* tenía 1.49 billones de usuarios.[14]

Muchos Estudios de Abogados y agrupaciones de profesionales tienen cuentas en redes sociales, y tienen muchos seguidores y/o amigos, por el interés en los artículos o en las noticias que publican. Y como bien explica De Trazegnies[15] comentando la inclusión del vínculo de amistad en el Listado Naranja:

> Una situación contemplada en los lineamientos y que, a mi juicio, no es aplicable dentro de nuestro medio, es que el árbitro sea amigo personal del abogado de alguna de las partes. En el Perú, dado que hemos estudiado en pocas universidades, gran parte de los abogados somos amigos personales unos de otros. De manera que si se quisiera aplicar estrictamente esta regla, nos quedaríamos rápidamente sin árbitros y nos encontraríamos en el absurdo caso de tener que recurrir a abogados extranjeros.

En sentido similar se pronuncia Castillo y Sabroso:[16]

> Caso totalmente distinto es el de la relación de amistad íntima o trato frecuente del árbitro con alguno de los representantes, abogados o asesores de alguna de las partes del proceso. Es nuestro parecer que aquí el deber de declarar tiene un sentido bastante discutible sino hasta frágil. Y ello porque el mundo de los arbitrajes en las sociedades latinoamericanas y, sobre todo en el Perú, es por el momento muy restringido. De ahí que quienes

---

[13] Publicado en *Publimetro*, edición del 16 de octubre del 2015, p. 2.

[14] http://www.statista.com/statistics/281595/king-digital-entertainment-quarterly-mau/.

[15] De Trazegnies, Fernando. Comentarios a la ley peruana de arbitraje. En Carlos Alberto Soto Coaguila y Alfredo Bullard González (coords.). Lima: Instituto Peruano de Arbitraje, 2011, tomo I, p. 353.

[16] Castillo Freyre, Mario y Rita Sabroso Minaya. «Independencia, imparcialidad, deber de declaración y recusación en el arbitraje del Estado». Publicado en: http://www.osce.gob.pe/consucode/userfiles/image/Independencia,%20imparcialidad.pdf, p. 14.

> actúan en él no sólo tienen un trato frecuente, sino que desarrollan amistades poderosas, de donde no es difícil hallar que en un proceso arbitral, todos los actores, con la probable excepción de las partes, o se hayan tratado frecuentemente o sean íntimos amigos entre sí.
>
> En otras palabras, en un círculo cerrado como es el de la jurisdicción arbitral, la probabilidad de relaciones amistosas y trato frecuente entre árbitros, abogados, asesores y otros profesionales dedicados a la administración de la justicia privada, es muy alta. Ello hace que no tenga mayor sentido declarar algo que tiene probabilidad estadística elevada de ocurrir y que es parte de la realidad del arbitraje.
>
> Por otro lado, debe notarse que la recusación por motivo de esta causa, independientemente de si se declara o no, implicaría en corto tiempo el desplome de la actividad arbitral ante la desaparición de operadores jurídicos descalificados por amistad o trato frecuente.

Con el mismo criterio, también nos quedaríamos sin árbitros si quienes han estudiado en la misma universidad no pudieran estar conectados a través de una red social, a pesar de que físicamente no se ven con frecuencia.

Kalicki[17] nos explica que ha surgido un nuevo tipo de «relación» que merece la atención de la comunidad arbitral. Esta relación se potencia por los siguientes hechos:

a. Los estudiantes de derecho que están por ingresar al ejercicio profesional, utilizan las redes sociales como una forma

[17] Kalicki, Jean. «*Social Media and Arbitration Conflicts of Interest: A Challenge for the 21st Century*», 2012. Disponible en: http://kluwerarbitrationblog.com/blog/2012/04/23/social-media-and-arbitration-conflicts-of-interest-a-challenge-for-the-21st-century/.

de contactar a profesionales y a la vez acceder a publicaciones.

b. Los profesionales utilizan las redes sociales para establecer contactos más allá de las fronteras de su país, para compartir información sobre sus logros y para hacer seguimiento a nuevos desarrollos en la profesión.

El problema que nos ha traído la popularidad de las redes sociales, es que algunos abogados que no encuentran una verdadera causal de recusación, están revisando los perfiles y listas de amigos de los árbitros en las redes sociales para interponer recusaciones basadas en vínculos de amistad del árbitro con un abogado a través de una red social.

Sin embargo, algo que a simple vista podría aparecer descabellado o como una simple maniobra dilatoria, podría adquirir sentido si el árbitro no sólo figura en la lista de amigos del abogado de una de las partes, sino que además:

i) La cantidad de amigos comunes es considerable.
ii) Uno de ellos o ambos cuelga (o postea) fotos en las que aparecen ambos.
iii) Se «*taguean*» o etiquetan mutuamente en las fotos.
iv) Aparecen juntos en eventos familiares de alguno de ellos.
v) Existen «comentarios» de alguno de ellos respecto de las fotos o de publicaciones hechas por el otro.
vi) Existen saludos de cumpleaños hechos públicos.
vii) Y, finalmente, ante las publicaciones de uno de ellos, el otro manifiesta un «me gusta».

Con un criterio extensivo, podría considerarse que lo que hace un usuario de *Facebook* es declarar ante el público (esto puede ser sólo ante los amigos, o ante los amigos y los amigos de los amigos, o de forma abierta ante cualquier curioso) que una persona es su amiga. Y la declaración es mutua y recíproca, dado que si «A» figura como amigo de «B», entonces también «B» figurará en la lista de amigos de «A».

La declaración podría incluso ser más amplia, pues la lista de «amigos» del abogado podría comprender además a los familiares más cercanos del árbitro. Es como publicar en cualquier medio de prensa que tal persona —y algunos familiares— son amigos de determinada persona, aunque en las redes sociales el término «amigo» pueda tener otro significado, de repente más próximo a «contacto». Según la página de *Facebook* en su propia red:

> *People use Facebook to stay connected with friends and family, to discover what's going on in the world, and to share and express what matters to them.*

Es usual que una lista de amigos incluya a los verdaderos amigos y además a conocidos, a personas que alguna vez fueron presentadas, y a amigos de amigos, pero no necesariamente con todos existe un vínculo de real amistad. Esto es más común en las generaciones más jóvenes.

3. Las redes sociales en las directrices de la IBA

En la versión 2014 de las Directrices de la IBA sobre conflictos de intereses, la redacción varió respecto de la versión del 2004. Ahora se comprende dentro del listado naranja la existencia de «un vínculo de amistad personal estrecho entre el árbitro y el abogado de una de las partes». Se ha eliminado la forma como se manifiesta el vínculo de amistad. Ya no es requisito que el árbitro y el abogado compartan bastante tiempo en actividades no profesionales.

También, las reglas de la IBA del 2014 incluyeron dentro del Listado Verde los siguientes casos:

> 4.3.1. El árbitro tiene relación con otro árbitro o con el abogado de una de las partes por pertenecer a una misma asociación profesional u organización de tipo social o caritativo, o a través de redes sociales.

4.4.4. El árbitro tiene una relación con una de las partes o con sus afiliadas a través de una red social.

El Listado Verde contiene una enumeración no exhaustiva de situaciones específicas que, desde un punto de vista objetivo, no son susceptibles de crear ni crean un conflicto de intereses. Por ello, el árbitro no tiene el deber de revelar tales situaciones. En la Explicación a la Norma General 3(a), se establece que debe fijarse un límite al deber de revelación basado en la razonabilidad; en algunos casos, el test objetivo debe prevalecer sobre el test meramente subjetivo que se basa en «la perspectiva de las partes».

Por lo tanto, el hecho de que un árbitro y el abogado de una de las partes pertenezcan a la misma red social, no constituye *per se* una situación que debiera ser revelada. Tampoco que tengan una relación a través de una red social, lo cual en el caso de *Facebook* significa que ambos figuren en sus respectivas listas de amigos.

Ménagé afirma que si bien *Facebook* es una red social, y como tal está en la Lista Verde, en su concepto los amigos de esta red pertenecen a la categoría de «vínculo de amistad estrecho»; y, por lo tanto, caerían bajo el paraguas de la Lista Naranja. Concluye que las partes tienen un legítimo derecho a dudar de un árbitro, cuando el abogado de la parte contraria figura en su lista de amigos de *Facebook*. Y como en caso de duda el árbitro debe optar por la revelación, los vínculos de amistad en *Facebook* deberían ser revelados.[18]

Por nuestra parte, consideramos que debería revelarse únicamente la existencia de un vínculo de amistad estrecho, y en estos casos las redes sociales pueden servir como una herramienta o fuente de información para conocer el círculo de amistades de los árbitros.

---

[18] Ménagé, Anne-Lise. *Op. cit.*

4. Recusaciones basadas en información obtenida de redes sociales

a) E.U.R.L. Tesco *(Tesco)* vs. Neoelectra Group *(Neoelectra)*

En el año 2007, Tesco y Neoelectra iniciaron un proceso arbitral en Francia, el cual concluyó con un laudo arbitral en el año 2009, el cual ordenó efectuar pagos a ambas partes.

Tesco no estuvo conforme con lo resuelto por el tribunal arbitral, e inició un proceso de anulación de laudo ante la Corte de Apelaciones de París. Argumentó que el tribunal arbitral había sido irregularmente constituido, dado que dos árbitros habían incumplido su deber de revelar circunstancias que creaban dudas respecto de su imparcialidad e independencia. Alegó que uno de los árbitros (Mr. Larroumet) había sido «*off-counsel*» de la firma de abogados Freshfields Bruckhaus Deringer, la misma en la que trabajaba la abogada de Neoelectra (Ms. Lallemand). En segundo lugar, que la abogada de Neoelectra era amiga en *Facebook* del otro árbitro, Mr. Degos, y que además ella había apoyado la candidatura de este árbitro al hacer «*like*», en su estatus en la cuenta de *Facebook*.

La Corte de Apelaciones de París declaró fundado el pedido de anulación. Neoelectra apeló ante la Corte Suprema, donde en el año 2012 se revocó la decisión bajo el sustento de que no se habían explicado las razones por las cuales las objeciones alegadas podrían crear dudas razonables en la mente de las partes. La Corte Suprema remitió el expediente a la Corte de Apelaciones de Lyon, en donde finalmente se rechazó el pedido de anulación, bajo los siguientes fundamentos:

- Cuando la abogada de Neolectra ingresó a la firma Freshfields Bruckhaus Deringer, el árbitro cuestionado había dejado de prestar servicios a dicha firma cinco años antes.

- El árbitro cuestionado sólo había emitido opinión en 2 ó 3 consultas formuladas por Freshfields Bruckhaus Deringer, en un lapso de diez años.
- El «*like*» en el estatus de *Facebook* del otro árbitro se produjo en fecha posterior a la emisión del laudo.

La Corte no se pronunció sobre la relación de amistad existente en la red social entre la abogada y el árbitro, a pesar de que esta relación había sido parte de los argumentos de Tesco.

b) Consorcio Cahuide vs. Ministerio de Agricultura (Perú)

El Procurador Público a cargo del Ministerio de Agricultura interpuso recusación contra el presidente del tribunal arbitral y contra uno de los árbitros, alegando, entre otras razones, la existencia de un vínculo amical entre los árbitros recusados dado que, en una búsqueda a través de una red social, se ha verificado que existen lazos de amistad entre los árbitros recusados, pues tanto el uno como el otro aparecen con la calidad de «amigos» en sus portales personales.

Este argumento no fue aceptado por la Presidencia del OSCE en la Resolución n.° 137-2012-OSCE/PRE, debido a que en el arbitraje en materia de contrataciones públicas, la relación amical de los árbitros no está contemplada como causal de recusación. No obstante, si dicha relación se asocia con otras circunstancias u hechos que pudieran afectar la independencia e imparcialidad, entonces sí procedería la recusación.

Sobre el tema puntual de las redes sociales, estableció lo siguiente:

> […]
> 8. En este orden de ideas, podemos señalar que el mero reporte impreso del perfil en una red social de los árbitros recusados, informa de la amistad de ambos profesionales, pero por sí solo este hecho no podría generar dudas respecto de su actuación arbitral, puesto que como se señala anteriormente,

> la simple relación amical sin asociarse a algún hecho que genere dudas sobre la imparcialidad e independencia, no debería ser pasible de recusación.

c) Consorcio Nuevo Mundo vs. Municipalidad Provincial de Mariscal Nieto (Perú)

El Consorcio Nuevo Mundo interpuso recusación contra dos de los árbitros, alegando, entre otras cosas, que el árbitro mantiene una relación de amistad con el abogado de la entidad, según se demuestra en la red social *Facebook*, vínculo que el árbitro no cumplió con revelar.

La Presidencia del OSCE concluyó en la Resolución n.° 186-2012-OSCE/PRE, que no habría evidencias suficientes y objetivas que permitan establecer un vínculo de amistad, debido a que:

- Los datos obtenidos de *Facebook* no bastan para acreditar la veracidad de su contenido, para lo cual tendría que recurrirse a otros elementos complementarios.
- Si bien el árbitro y el abogado de una de las partes aparecen como «amigos» en *Facebook*, no se cuenta con otro medio complementario que permita validar tal información, restando credibilidad el hecho de que el nombre de la árbitro no aparezca completo. Asimismo, se consideró que no podría haberse exigido a la árbitro la revelación de este vínculo a través de la red social.

d) Consorcio JOCA Cedosac vs. Instituto Nacional Penitenciario (Perú)

La entidad formuló recusación contra el presidente del tribunal arbitral, alegando, entre otros motivos, que no había cumplido con declarar que mantenía un vínculo de amistad, según información obtenida de *Facebook* con uno de los abogados del Estudio que defendía al Consorcio.

La Presidencia del OSCE consideró en la Resolución n.° 262-2012-OSCE/PRE, que la recusación carecía de fundamento, sosteniendo que el hecho de que el árbitro tenga como contacto en *Facebook* al abogado de una de las partes, no constituye en sí mismo un hecho relevante que deba ser informado por el árbitro, en la medida en que no se ha demostrado que dicha situación constituye un indicio razonable o evidencia que determine la existencia de una relación que motive un conflicto de interés.

5. En conclusión, ¿hasta dónde debe llegar el deber de revelación?

El deber de revelación se refiere a que el árbitro debe revelar todo aquello que pueda generar dudas razonables sobre su independencia e imparcialidad.

Como afirma Matheus:[19] «la obligación de revelación es un medio de carácter preventivo que permite limitar los riesgos de recursos —de recusación y/o de anulación— basados en supuestos incumplimientos a la exigencia de independencia e imparcialidad del árbitro. Pues, para permitir a las partes apreciar la independencia e imparcialidad de este último, es necesario que exista una plena transparencia sobre las relaciones que el árbitro pueda mantener con éstas o con el objeto de la controversia».

Por lo tanto, el árbitro no debería revelar —en consonancia con el Listado Verde de las Directrices de la IBA— la pertenencia a una misma red social con una de las partes o su abogado. El tema de fondo, consiste en que sí debería revelar el motivo por el cual incluyó a la parte o su abogado en su lista de amigos, cuando dicha inclusión no ha sido por motivos profesionales, sino por la existencia de una relación más estrecha. Está claro que nadie incluye a desconocidos en su lista de contactos. Algún vínculo debe existir, y si ese vínculo que dio origen a la

[19] Matheus López, Carlos. *Op. cit.*

inclusión era una amistad preexistente, habrá que actuar con un criterio de razonabilidad al momento de calificar la amistad como estrecha o distante.

Es bien probable que si se hiciese una encuesta consultando a las empresas si se sentirían cómodas sabiendo que el presidente del tribunal arbitral o el árbitro único y el abogado de la parte contraria, son recíprocamente amigos en una red social, la respuesta sea negativa. Sin embargo, no olvidemos que el deber de revelación demasiado exhaustivo nos podría dejar sin árbitros. Creemos que el árbitro debería descartar dudas e incertidumbres y, ante la duda, resolver en favor de la revelación.

Por último, debe tenerse presente que, como bien señalan Castillo y Sabroso,[20] la sospecha de falta de imparcialidad que pudiera sugerir la amistad íntima o el trato frecuente entre árbitros, abogados, representantes o asesores de alguna de las partes no se funda en sólidas razones, dado que si todos los actores involucrados se conocen de tratos frecuentes o son amigos, se disuelve, precisamente, por ello, una posible parcialidad. Consideramos que lo mismo sucedería en el caso de las relaciones a través de redes sociales.

En todo caso, y a medida que el Internet siga creciendo en popularidad y en aplicaciones, los árbitros deberán cumplir con su deber de revelación, conforme a las reglas aplicables a cada caso, respecto de todas sus conexiones y relaciones con las partes o sus abogados, ya sean éstas personales o a través de redes sociales, siempre que consideren que estas conexiones o relaciones puedan afectar de alguna manera su independencia e imparcialidad.

---

[20] Castillo Freyre, Mario y Rita Sabroso Minaya. *Op. cit.*, p. 14.

El Reglamento «Roma I» y el Contrato Internacional de Ingeniería

Isabel Reig Fabado[*]

Sumario: I. Introducción.— II. Aspectos generales de los contratos internacionales de ingeniería.— III. El derecho aplicable.— III.1. Carácter incompleto del *ius ingeniorum* y complementariedad con el derecho estatal.— III.2. La necesaria determinación de la *lex contractus*.— IV. El *ius ingeniorum*.— V. La determinación de la ley estatal aplicable al contrato.— V.1. Elección de ley estatal por las partes.— V.2. Determinación de la ley estatal aplicable en ausencia de elección por las partes.— V.2.a. Perspectiva judicial.— V.2.b. Perspectiva arbitral.— VI. La incidencia de las normas materiales imperativas.— VI.1. Las normas materiales imperativas en los contratos internacionales de ingeniería.— VI.2. Las normas materiales imperativas vinculadas al contrato.— VII. Conclusiones.

1. Introducción

La proliferación de los contratos modelo y de los usos en el sector de la ingeniería y la construcción, refleja la existencia de una realidad contractual compleja. Complejidad a la que se añade la intervención de una pluralidad de sujetos con relaciones jurídicas cruzadas, en las que en ocasiones participan Estados.[1] Asimismo, la ingeniería se caracteriza

[*] Profesora Contratada Doctora de Derecho Internacional Privado en la *Universitat de València*, España.

[1] *Vid.* Schneider, M.E. «International Construction Contracts». *Droit et Pratique du Commerce International*, 1983, pp. 277-322, p. 284.

por la existencia de una diversidad de modalidades contractuales que abarcan, desde el diseño —*design*—, hasta las complejas tipologías de concesión, como son los proyectos BOT y que incluyen prestaciones que superan la mera realización de la obra.[2]

Estas circunstancias otorgan unos rasgos propios a los contratos internacionales de ingeniería, que se alejan de los relativos a las relaciones puramente internas, y que requieren de una reglamentación específica adecuada a sus propias necesidades y a su distribución geográfica.[3]

A mayor abundamiento, lo cierto es que algo ha cambiado en el mercado internacional de la ingeniería y la construcción en los últimos tiempos. En efecto, el avance de la tecnología y la globalización de la construcción hacen que se haya roto el prototipo de realización de obras de construcción por países industrializados en países en vías desarrollo.[4] Asimismo, en la nueva distribución geográfica de estas operaciones

---

2 *Vid.* EMBID IRUJO, A. *Comentarios a la ley reguladora del contrato de concesión de obras públicas*. Madrid: Aranzadi, 2004.

3 De hecho, Europa se configura hoy «*as the fastest growing market*». *Vid.* SOUBRA, Y. «Information Technology». *ICLR*, 2008, p. 94.

4 En esta línea, puede citarse, como ejemplo en una Sentencia del TS español de 13 de diciembre de 2002, sobre un contrato firmado en 1978, para la construcción de una planta industrial textil en la ciudad de Lama-Kara (República de Togo), entre el Estado de Togo y la extinta empresa española *Intex Engineering*. La Sentencia española viene a resolver la demanda de indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento contractual que llevó a frustrar la realización del proyecto. La cuantía inicial del proyecto ascendía a 39 millones de dólares USA y el contrato se sometía a la obtención por el gobierno de Togo de una línea de crédito por una entidad española. El Banco Exterior de España —BEX— concedió un crédito documentario irrevocable al cliente para poder pagar a la contratista que fue asegurado por la Compañía española de Créditos a la Exportación (Cesde). La contratista *Intex* cobró el crédito y, posteriormente, la planta industrial no pudo ponerse en funcionamiento debido a falta de idoneidad de la maquinaria utilizada. Después de agotar la vía penal, Togo presentó una demanda ante los tribunales españoles solicitando la restitución del precio. El TS establecía la ausencia de responsabilidad del BEX en el pago del crédito, según las Reglas de la CCI sobre créditos documentarios de 1974, que no había concluido una garantía

repercuten aspectos tales como la creciente importancia de la financiación privada,[5] la movilidad de trabajadores de un país a otro, el acceso limitado de las sociedades de ingeniería de los países subdesarrollados a los mercados de los países industrializados, el aumento de los costes laborales de los países en vías de desarrollo y la mayor difusión de la tecnología y la información, sobre todo, en los mercados de los países más avanzados.[6]

---

de buena ejecución y, por lo tanto, no estaba obligado al control del adecuado cumplimiento del contrato. El tribunal, finalmente, condenaba solidariamente al contratista y a la empresa Calitax, con la que el cliente y la contratista habían contratado por mandato, el control de calidad de la obra, al pago de los daños y perjuicios provocados al cliente, relativos a la maquinaria e instalaciones. *Vid.* la Sentencia del TS de 13 de diciembre de 2002, *RJA* n.º 2003/375.

5 En la actualidad, son los países desarrollados los que buscan nuevas formas de financiación de las obras públicas de infraestructura. Véase, en el caso español, la creación de la tasa por utilización de la infraestructura ferroviaria, que se incluía en los presupuestos generales de 2003, que debían pagar todas las empresas de transporte que utilizaran las nuevas vías de alta velocidad con el objeto de la financiación de la construcción de la obra. Se aplicaría, en primer lugar, al AVE Madrid-Barcelona y, después, se extendería al resto de vías en construcción. Así, las empresas que exploten estas infraestructuras, Renfe entre ellas, cargan con un 30% del coste de la obra —aproximadamente, 7.800 millones de euros— y los gastos de mantenimiento. Tasa que deben pagar al Gestor de Infraestructuras Ferroviarias (GIF), que es una entidad dependiente del Ministerio de Fomento y ejerce las funciones de contratación y gestión de la tasa. Algo parecido a lo que ocurre en el sector de la aviación, donde AENA (Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea) se financia con las tasas que pagan las compañías aéreas por la utilización de los aeropuertos. Así, en esta nueva forma de financiación de obras públicas de infraestructura, el Estado español realiza cada año aportaciones patrimoniales al GIF que se contabilizan como un activo financiero y no influyen en el déficit, pues se financian con deuda y no con transferencias, ya que el GIF obtiene recursos de la citada tasa. La jurisprudencia española afirma que las obras realizadas por GIF son obras ejecutadas por una entidad pública con personalidad jurídica propia que proyecta y contrata las obras, de modo que Renfe no es la dueña de la obra. *Vid.* la Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 7 de octubre de 2002, *RJA AC* n.º 2002/1597.

6 *Vid.* Soubra, Y. «*Information Technology and*...», *cit.*, p. 103.

Todas estas circunstancias configuran el actual mercado internacional de la construcción como una realidad económica dinámica y de alto riesgo,[7] cuya evolución apunta cambios interesantes. Este dinamismo geográfico en el ámbito internacional de la construcción de obras de ingeniería, ha desembocado en lo que se ha dado en denominar la «globalización» de la construcción.[8] En este sentido, nos encontramos, cada vez más, con proyectos de realización de obras en los que las partes que intervienen pertenecen a diferentes países y la pluralidad de ordenamientos jurídicos concurrentes colaboran en una configuración compleja del contrato.

Una de las razones aducidas para la proliferación de este fenómeno es, entre otras, la posibilidad de buscar mercados que ofrezcan servicios especializados a precios muy competitivos. Así, por ejemplo, el desarrollo de contratistas e ingenierías altamente competitivas a nivel técnico y económico en zonas distintas a Europa, Estados Unidos de América o Japón, como ocurre con India. Todo ello, sumado al desarrollo de los medios de comunicación que permiten un flujo fluido de información con independencia de la distancia para la gestión o supervisión de estos servicios.

No obstante, recientemente, la evolución experimentada da lugar a una situación diferente, en la que se tiende a utilizar la industria de construcción y de ingeniería altamente competitiva a nivel tecnológico y económico, que exportan algunos países en vías de desarrollo. Así, India, Brasil o Corea del Sur ocupan un lugar cada vez más importante en el mercado internacional de ingeniería.[9] El fenómeno responde a un aumento de la competitividad del sector de los servicios de ingeniería

---

7 No en vano, los contratos internacionales de construcción de obra han sido calificados como «aquellos negocios en el mundo en los que existe más riesgo». *Vid.* GAEDE, A.H. «International Construction». *Real Estate and Law and Practice Course Handbook Series*, 1998, p. 2.

8 *Vid.* TIEDER, J.B. «*The Globalisation of...*», *cit.*, p. 550.

9 *Vid.* LEFEBVRE, G.-J. HOLLANDER. «La normalisation des contrats internationaux d'ingénierie». *Droit et Pratique du Commerce International. Dossier: L'État*

en el mercado internacional, que ya no se da únicamente entre aquellos países altamente desarrollados.[10]

De esta forma, se ha llegado a hablar de «nuevos actores» en el mercado internacional de la construcción, por referencia a las sociedades de ingeniería pertenecientes a los países en vías de desarrollo. Estas entidades se han incorporado a este mercado aumentando su nivel de especialización y tecnología de forma muy competitiva y aprovechando las oportunidades de financiación de las instituciones internacionales de crédito, así como los más reducidos costes laborales de las legislaciones de los países a los que pertenecen.[11]

De esta suerte, la vocación internacional del contrato de ingeniería tiene una trascendencia jurídica que se manifiesta en la presencia variable de circunstancias diversas. Entre ellas puede señalarse: la participación de sujetos de diferentes nacionalidades, la ubicación de sedes de empresas en diferentes países,[12] la ejecución de la obra en un país

---

commerçant (II). Articles et chroniques de Droit français, étranger et communitaire, 1996, pp. 231-270, p. 234.

10 *Vid.* Soubra, Y. «*Information Technology and...*», *cit.*, p. 89.

11 *Vid.* Soubra, Y. «*Information Technology and...*», *cit.*, p. 100.

12 En ocasiones las consecuencias de estas circunstancias son imprevisibles. Por ejemplo, como ocurrió en un contrato de construcción celebrado entre una sociedad holandesa, como cliente, y otra alemana, como contratista, para la renovación de un hotel en Alemania. Con posterioridad a la obra, el cliente reclamó al contratista la reparación de los vicios existentes, pero como la entidad holandesa había comprado las participaciones alemanas de su empresa, los tribunales alemanes no le reconocían capacidad jurídica en Alemania. El Tjccee resolvía el recurso prejudicial elevado en el marco de este proceso principal, declarando contraria esta práctica a los artículos 43 y 48 del TCE y, por tanto, al principio comunitario de libre establecimiento. *Vid.* la Sentencia del Tjccee, de 5 de noviembre de 2002, n.° C-208/00, en el asunto *Überseering BV y Nordic Construction Company Baumanagement GmbH (NCC)* (http://curia.eu.int/jurisp/).

extranjero o la elección de un derecho aplicable diferente al de las partes y al del lugar de ejecución.[13]

Todo ello ha desembocado en la elaboración de un marco de reglas transnacionales que se han desarrollado extraordinariamente en el ámbito de la ingeniería a través de los contratos modelo, los usos y prácticas del comercio internacional y los principios generales que se aplican en el mismo.[14]

Asistimos, pues, al surgimiento de un orden transnacional que se configura como una parte especializada de la nueva *Lex Mercatoria* y que, en el ámbito de la ingeniería, recibe la denominación de *ius ingeniorum*.[15] En este sentido, siguiendo a Fernández Rozas y a Sánchez Lorenzo, la *Lex Mercatoria* «descansa en el regazo de los Estados y su importancia deriva del grado de admisibilidad y permisividad de los Estados a la autonomía material y en el recurso al arbitraje, pero nunca exento de todo control».[16]

Estos aspectos se convierten, en definitiva, en constantes en la reglamentación de los contratos internacionales de ingeniería, desde el punto de vista de la autonomía de la voluntad material. Esto es, la posibilidad para las partes en el contrato de insertar los términos que crean más convenientes para la regulación de su relación.

---

13 *Vid*. STOKES, M.C. *International Construction Contracts. An Engineering New Records Book*. Nueva York: McGraw Hill, 1981, p. 15.

14 *Vid.* LEFEBVRE, G.-J. HOLLANDER. «*La normalisation des contrats internationaux d'ingénierie*». *Droit et Pratique du Commerce International. Dossier: L'État commerçant (II). Articles et chroniques de Droit français, étranger et communautaire*, 1996, pp. 231-270, p. 234.

15 *Vid.* MOLINEAUX, Ch. «*Moving Toward a Construction Lex Mercatoria: A Lex Constructionis*». *Journal of International Arbitration*, 1997, pp. 55-66, esp. p. 55.

16 *Vid.* FERNÁNDEZ ROZAS, J.C.-S. SÁNCHEZ LORENZO. *Derecho Internacional Privado*. Madrid: Civitas, 2009, p. 184.

Sin embargo, pese a la existencia de una realidad autorreguladora, lo cierto es que debe señalarse su carácter incompleto. La ausencia de vocación para regular de manera integral la relación contractual se aboca en un conjunto de reglas que adolece de importantes lagunas como el plazo de prescripción de las acciones o el régimen de incumplimiento del contrato.[17] Cuestiones que, además de resultar determinantes para la relación contractual, presentan desarrollos diversos en los distintos sistemas nacionales.

El planteamiento de esta problemática conlleva el análisis, desde la perspectiva del Dipr., del régimen jurídico del contrato internacional de ingeniería como figura contractual del tráfico jurídico externo. Y ello porque los contratos internacionales de ingeniería conforman el soporte jurídico básico de la realización de obras industriales y de infraestructura.[18] Nos encontramos, sin duda, ante uno de los factores determinantes en la economía y el desarrollo de los Estados.

2. Aspectos generales de los contratos internacionales de ingeniería

La primera dificultad que plantea el perfil jurídico de los contratos internacionales de ingeniería resulta de la delimitación de su propia naturaleza. Generalmente, nos encontramos ante contratos atípicos y de contenido complejo, de larga duración en el tiempo (hablamos de varios años de vida del contrato en la mayor parte de los casos) y en los que interviene una pluralidad de sujetos.[19]

---

[17] *Vid.*, sobre estas cuestiones, Esplugues Mota, C. y otros: *Contratación Internacional*, *cit.*, p. 133 y Calvo Caravaca, A.L. y J. Carrascosa González. *Derecho Internacional Privado*. Granada: Comares, 2010, pp. 102-105.

[18] *Vid*. Bunni, N.G. *The Fidic Form of Contract. The Fourth Edition of the Red Book*. Londres, 1997, Introducción.

[19] *Vid*. Brabant, A. *Le contrat international de construction*. Bruselas: Bruylant, 1981, p. 46 y Chuliá Vicent, E.- T. Beltrán Alandete. *Aspectos jurídicos de los contrato atípicos I*. Madrid: Bosch, 1999, p. 13.

La estructura típica subjetiva en este tipo de contratos se plasma en una relación tripartita entre el cliente, el contratista y el ingeniero (función normalmente llevada a cabo por una sociedad de ingeniería). Este esquema no es, en ningún modo, rígido, de manera que, por ejemplo, pueden fundirse la figura del contratista y la del ingeniero, asumiendo una sociedad de ingeniería ambas funciones.[20]

La conjunción de todos estos elementos arroja una figura contractual de contenido amplio y diverso, susceptible de categorizarse en diferentes modalidades.[21] Así, tradicionalmente se ha distinguido entre

---

[20] *Vid.* CALVO CARAVACA, A.L. y otros. *Derecho Internacional…cit.*, pp. 393 y ss.

[21] La consideración del contrato de ingeniería como un contrato atípico obliga a distinguir entre dos subespecies de estos contratos: contratos mixtos y contratos complejos. En los contratos atípicos mixtos concurren una pluralidad de prestaciones que son características de otros contratos típicos, pero entre las que sobresale una prestación principal, que resulta socio-económicamente relevante. Con respecto a los contratos atípicos complejos, su particularidad se plasma en el hecho de que, entre las prestaciones concurrentes, ninguna destaca como principal o característica en relación con las demás. Se da lo que, gráficamente, se ha denominado como «carencia de tipo contractual dominante». *Vid.* VIRGÓS SORIANO, M. «Artículo 10.5 del Código Civil». En *Comentarios al Código Civil y Comp. For.* Madrid: Edersa, 1995, p. 312. Como ejemplo de contrato típico mixto se cita el contrato de «concesión de venta», al que se refiere como un contrato mixto conformado por las prestaciones de los contratos típicos de compraventa y mandato y en el que la prestación relevante es la que debe realizar el distribuidor. *Vid.* MAGAGNI, M. *La prestazione caratteristica nella Convenzione di Roma di 19 guigno 1980*. Milano, 1989, p. 73. Asimismo, la jurisprudencia española califica como contrato mixto el celebrado para la instalación de una planta industrial. Contrato que contiene elementos de compraventa, por lo que se refiere al suministro de materiales, además de todos los integrantes en la instalación de la misma. *Vid.* la Sentencia del TS de 20 de junio de 1998, *RJA* n.º 1998/4903. El mismo TS matiza este concepto del contrato de arrendamiento de obra con suministro de materiales contemplado en el artículo 1588 del C.civ. En este sentido, afirma que esta modalidad contractual incorpora algunos caracteres del contrato de compraventa, pero manteniéndose como esencial la actividad dirigida al resultado comprometido y quedando sujeto por ello a normas específicas. Siendo decisivo, en los supuestos de instalaciones de planta industrial, que los materiales deben quedar debidamente instalados en un lugar concreto y

ingeniería consultora e ingeniería comercial.[22] En la primera, el objeto principal de la misma se centra en el diseño y la proyección. Y en la ingeniería comercial se incluye la construcción de la obra como obligación principal. Asimismo, en los últimos años se ha configurado una tercera modalidad, la ingeniería operativa, que integra la instalación de los procedimientos tecnológicos.[23] De manera que, actualmente, la ingeniería abarca desde el mero diseño —*design*—, hasta las complejas tipologías de concesión, como son los proyectos BOT —*build, operate and transfer*—, bajo los que, más allá de la realización de la obra, se procede a su gestión para cubrir costes y beneficios de la misma.[24]

Este contrato ha evolucionado, pues, en el sentido de que la función del ingeniero consultor ha cambiado por la complejidad y la amplitud de las técnicas empleadas. Pasando de la ingeniería independiente a la ingeniería-construcción:[25] inicialmente, el contrato de ingeniería o

---

atendiendo a las especificaciones de un proyecto. Comprendiendo, no sólo todos los accesorios, sino el debido acondicionamiento y funcionamiento del todo. *Vid.* la Sentencia del TS de 7 de julio de 1982, *RJA* n.° 1982/4220 y la Sentencia de la AP de Valencia de 13 de septiembre de 2001, *RJA JUR* n.° 2001/314596.

22 *Vid.* Bercovitz, A. «El contrato de ingeniería. Caracteres y concepto». *Hacienda pública española*, IEF, 1984. Millán, G. «La ingeniería española en el siglo xx». Madrid: Fundación Juan March, 1987, p. 32 y Calini, L. «History and growth of the Engineering Profession. Client-Consultant Relationship». Lausanne: Fidic, 1983, p. 38.

23 Una vez más, la doctrina reconoce, unánimemente, la importancia de la tecnología en los contratos de ingeniería. *Vid.*, entre otros, Alpa G. «*Il contratto d'engineering*...», *cit.*, p. 12, Bercovitz, A. «El contrato de...», *cit.*, p. 32, Lefebvre, G.-J. Hollander. «*La normalisation des contrats*...», *cit.*, p. 48 y Lapertosa, F. *L'engineering*, Milan: Giuffrè, 1993, p. 17.

24 La jurisprudencia española reconoce esta evolución cuando define la actividad profesional de una sociedad de ingeniería como el trabajo de técnicos superiores que no se limita a plasmar o describir las ideas base en los proyectos, sino a estudiar, idear y crear el propio proyecto, que, evidentemente, necesita plasmarse después en forma material o física. De esta suerte, el objeto social de una empresa de ingeniería se está refiriendo a la actividad completa de la profesión de los ingenieros. *Vid.* la Sentencia del TS de 1992, *RJA* n.° 1992/3305.

25 *Vid.* Lefebvre, G.-J. Hollander. «*La normalisation des contrats*...», *cit.*, p. 236.

engineering —denominación que se impone por su origen anglosajón y que utilizamos indistintamente— se presentaba como un contrato de creación de obra intelectual y ha pasado a ser un contrato de contenido «plural y complejo, con características de prestaciones de servicios y construcción».[26]

Y será la construcción, precisamente, el elemento operativo de la distinción clásica entre contratos de ingeniería. Así, en ausencia de esta prestación nos encontramos ante ingeniería consultora o *consulting engineering* y, en presencia de la misma, ante ingeniería comercial o *commercial engineering*.[27]

Algo comparable ocurre con la inclusión de la realización de los procedimientos de transferencia de tecnología en los contratos internacionales de ingeniería.[28] Circunstancia que se ha convertido en una práctica, cada vez más habitual, debido a la complejidad de la obra civil o industrial a realizar.[29] De modo que, en la clasificación de las distintas categorías de contratos de ingeniería encontramos, asimismo, una figura denominada ingeniería de procedimiento o *process engineering*[30]

Esta evolución no sólo explica la transición de la ingeniería consultora a la ingeniería operativa, a la que ya se ha hecho referencia, sino,

---

[26] *Vid.* ALPA, G. «*Il contratto d'engineering*». *Giustizia Civile*, 1983, pp. 187 y ss., esp. p. 192.

[27] Esta distinción está comúnmente aceptada por la doctrina y, aunque se ha consolidado, también ha sido sometida a revisión, como veremos, y se ha calificado como distinción «tradicional». *Vid.* CAVALLO BORGIA, R. *Il contrato di...*, *cit.*, pp. 26 y ss.

[28] *Vid*. DE MIGUEL ASENSIO, P. *Contratos internacionales sobre propiedad industrial*. Madrid: Civitas, 2000, p. 97.

[29] *Vid*. JEHL, J. *Le commerce international de la technologie. Approche juridique*. París, 1985, p. 22.

[30] En términos idénticos, *vid.* DELACOLLETTE, J. *Les contrats de commerce internationaux*. Bruselas: DE BOECK, 1996, p. 112 y MEDINA DE LEMUS, M. *Los contratos de comercio exterior. (Doctrina y Formularios)*. Madrid: Dykinson, 1998, p. 416.

asimismo, la variedad de modalidades contractuales que pueden encontrarse en cada una de estas dos categorías. Como muestra, en los actuales proyectos BOT —*build operate and transfer*—,[31] se añade a las prestaciones consideradas como habituales, la explotación de la obra hasta la cobertura de costes y beneficios, y la transferencia de la propiedad al destinatario final, que, normalmente, suele referirse a un Estado.[32]

3. El derecho aplicable

La cuestión relativa a la determinación de la ley estatal aplicable al contrato internacional de ingeniería no se presenta de manera habitual en la práctica jurisprudencial ordinaria y arbitral. La razón fundamental se halla en el peso específico que ocupan los procesos de autorregulación de conductas en la solución de controversias derivadas de este tipo contractual.

La complejidad de los contratos internacionales de ingeniería, unida a la ausencia de normas materiales estatales que ordenen este tipo de contratos,[33] otorga un gran protagonismo a los procesos de

---

[31] Proyectos a los que ya se ha hecho referencia anteriormente.

[32] Es más, el estudio de las publicaciones de la Fidic avalan esta idea de la evolución del contrato de ingeniería. Si se analizan las publicaciones por orden cronológico, puede observarse cómo esta asociación profesional va incorporando, progresivamente, contratos tipo y guías referidas a modalidades cada vez más complejas. Así, se manifiesta si se observan las publicaciones de la Fidic por orden cronológico y estudiando su evolución de más sencillo a más complejo, e, incluso, sus intentos sistemáticos de clasificación con la refundición de los tipos del *consulting engineering* en un solo libro.

[33] De esta suerte, en el ordenamiento jurídico español, pueden encontrarse tan sólo algunas menciones del contrato de ingeniería en leyes administrativas como, por ejemplo, la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas —LCAP— (Ley n.° 13/1995 de 18 de mayo de 1995, modificada por el Proyecto de Ley n.° 621/153, en su artículo modificado 2.1.a y sus numerosas modificaciones), que trasponía lo establecido en la Directiva Comunitaria n.° 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, en materia de adjudicación de contratos públicos. *Vid.*

autorregulación de conductas.[34] La labor de instituciones como la Fidic, promoviendo la identificación y codificación de una serie de reglas de conducta convenidas entre los distintos participantes en el tráfico comercial referido a los contratos internacionales de ingeniería, refuerza la función del *ius ingeniorum* y de los contratos-modelos surgidos a su amparo.[35] La existencia de este *conjunto de reglas ad-hoc adaptadas* a la

---

Gil Ibáñez, J.L. *Ley de Contratos de las Administraciones Públicas: concordancias, jurisprudencia*, *normas de desarrollo e índice analítico*. Madrid: Colex, 2001, p. 142; Araujo Díaz de Terán, M. *Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*. Madrid: La Ley, 2000, p. 23 y Núñez Muñáiz, R. *Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*. Madrid: Dykinson, 2000, p. 13. Asimismo, el texto refundido de la LCAP del Real Decreto Legislativo n.° 2/2000 de 16 de junio de 2000 —modificado, a su vez, por la Ley n.° 24/2001 de 27 de diciembre de 2001 de medidas fiscales, administrativas y del orden social, publicada en el BOE n.° 313 de 31 de diciembre de 2001—. Y, más recientemente, en su Reglamento General de Desarrollo, contenido en el Real Decreto n.° 1098/2001 de 12 de octubre de 2001, publicado en el BOE n.° 257 de 26 de octubre de 2001, en el que se regulan los contratos de consultoría, asistencia y servicios. Y en otras leyes como el Decreto n.° 1005/1974 de 4 de abril de 1974, por el que se regulan los contratos celebrados con empresas consultoras o de servicios (decreto derogado expresamente por el Reglamento del Real Decreto n.° 1098/2001 en su disposición derogatoria única). Así como en legislación fiscal como la Ley n.° 18/1991 de 6 de junio de 1991 y el Real Decreto n.° 1841/1991 de 30 de diciembre de 1991, relativos al impuesto sobre la renta de personas físicas (en los artículos 18.2 y 71.2, respectivamente). Asimismo, en el Real Decreto n.° 1750/1987 de 18 de diciembre de 1987 por el que se liberalizó la transferencia de tecnología extranjera (artículo 1.1.b).

[34] Con todo, no puede olvidarse que existen convenios internacionales que contienen normas de derecho internacional privado, otros en materia procesal y, por supuesto, los relativos al arbitraje, que afectan directamente a la materia que nos ocupa. Pero, desde esta perspectiva, lo cierto es que no encontramos derecho convencional material uniforme sobre el contrato internacional de ingeniería. Esta deficiencia, podría explicar, según Frignani, el desarrollo por los comerciantes de la *Lex Mercatoria*. *Vid.* Frignani, A. *Il contrato internazzionale*, *cit.*, p. 10.

[35] La *lex mercatoria*, goza, cada vez más, de una mayor aceptación e integración en el ámbito de los derechos internos. Así, en un contrato internacional regido por el derecho colombiano, las soluciones alcanzadas a través de éste —relacionadas con el principio de cooperación o de buena fe, o en materia de indemnización por daños— son refrendadas por las establecidas en los principios de Unidroit para

problemática concreta que surge de la interpretación y ejecución de los contratos internacionales de ingeniería favorece, en consecuencia, la remisión de cliente y contratista a las disposiciones del *ius ingeniorum* frente a una eventual remisión a una ley estatal teóricamente alejada de las especificidades de la realidad transnacional.[36]

Dentro de la escasa práctica existente relativa a la determinación de la ley estatal aplicable a los contratos internacionales de ingeniería, la mayoría de los supuestos en los que se ha planteado esta cuestión se concentra en manos de los tribunales arbitrales. La influencia de los procesos de autorregulación de conductas también en materia de resolución de controversias, así como la flexibilidad de un operador jurídico como el árbitro, que no se halla vinculado por un ordenamiento jurídico estatal, son factores que contribuyen a desviar la problemática relativa a la determinación de la ley estatal aplicable a los contratos internacionales de ingeniería de las jurisdicciones nacionales a los

---

constatar que esa solución se corresponde con el «moderno Derecho del Comercio Internacional». *Vid.* el laudo arbitral de la CCI en el asunto n.º 10346/2000. Lo mismo ocurre en el supuesto de un contrato internacional de suministro e instalación de maquinaria industrial entre una empresa española y otra hindú, regido por el derecho inglés. Los defectos en la maquinaria causaron pérdidas a terceros que adquirían un material defectuoso, por lo que el fabricante se dirigió contra la empresa española. El árbitro determinó la ausencia de responsabilidad de la empresa suministradora por los daños a terceros que provocó el material defectuoso cuando éstos podían evitarse por el fabricante. El laudo concluía que este principio, no sólo pertenece al derecho inglés, sino también está aceptado internacionalmente y recopilado en los principios de Unidroit. *Vid.* el laudo arbitral de la CCI en el asunto n.º 9594/1999 y, en la misma línea, los asuntos CCI n.ºs 10335/2000 y 9753/1999. *Vid.* Berger, K.P. «*International Arbitration Practice and Unidroit Principles of International Commercial Contracts*». *A.J.C.L.*, 1998, pp. 129 y ss.

[36] *Vid.* Jansen, C. «The Case for the European *Lex Constructionis*». *International Construction Law Review*, 2000, pp. 593 y ss.

tribunales arbitrales.[37] Ello explica la escasa práctica judicial[38] relativa a la aplicación del Convenio de Roma, de 19 de junio de 1980,[39] sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales respecto de este tipo de contratos, transformado en el Reglamento n.° 593/2008 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales de 17 de junio de 2008 (en adelante, Roma I, así conocido de manera generalizada).[40]

---

[37] *Vid.* JUENGER, F.K. «The *Lex Mercatoria* and Private International Law». *Uniform Law Review*, 2000-1, pp. 171-177.

[38] Por ejemplo, respecto de los contratos internacionales de construcción, la práctica derivada de la aplicación del *Convenio de Roma de 19 de junio 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales* no es muy abundante. *Vid*., en este sentido, como muestras, la Sentencia *BGH* alemán de 25 de febrero de 1999 (*RIW - Recht der Internationalen Wirtschaftsrecht*, 1999, pp. 456-457), la Sentencia *BGH* alemán de 14 de enero de 1999 (*RIW - Recht der Internationalen Wirtschaft*, 1999, pp. 537-538), o la Sentencia *BGH* alemana de 7 de diciembre de 2000 (*NJW - Neue Juristische Wochenschrift*, 2001, pp. 1936-1937). La doctrina afirma que la sumisión de controversias a un derecho estatal constituye, en estos contratos, una *rareza*, razón que justifica la ausencia de jurisprudencia y de normativa estatal sobre la materia. *Vid.* FALLON, M. «*Rapport belge*». En *La responsabilité des constructeurs*, *Travaux de l' Association Henri Capitant, Journées égyptiennes*, 1991. París: Litec, 1993, p. 233. En el mismo sentido, *vid.* GOLDSTEIN, G. «Rapport québécois». En *La responsabilité des constructeurs*, *Travaux de l'Association Henri Capitant*, *Journées égyptiennes*, 1991. París: Litec, 1993, p. 255. Asimismo, puede resultar significativo que en el *Rapport final sur l'arbitrage dans le domaine de la construction*, publicado en *ICC Int. Court of Arb. Bull.*, vol. 12-II, 2001, pp. 8-44, no se haga mención a los aspectos de ley aplicable.

[39] *Convenio de Roma sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales*, *hecho en Roma el 19 de junio de 1980* (BOE de 19 de julio de 1993). Informe oficial del Convenio, elaborado por JENARD, P. y M. GIULIANO. En *DOCE* C n.° 327 de 11 de diciembre de 1992. Asimismo, sobre su modificación y conversión en el Reglamento n.° 593/2008 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales de 17 de junio de 2008, Roma I. *Vid.* el *Libro Verde sobre la transformación del Convenio de Roma sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales en instrumento comunitario y sobre su actualización*, presentado por la Comisión, el 14 de enero de 2003, DOC. COM (2002) y la *Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y el Consejo sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I)*, presentado por la Comisión, el 15 de diciembre de 2005, DOC. COM (2005) 650 final.

[40] Reglamento (CE) n.° 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008, sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), DO

3.1 Carácter incompleto del *ius ingeniorum* y complementariedad con el derecho estatal

Por una parte, el ejercicio de la autonomía de la voluntad dirigido a la selección del *ius ingeniorum* como el régimen jurídico aplicable difícilmente cubre la totalidad de los aspectos constitutivos de las relaciones jurídicas nacidas al hilo del contrato internacional de ingeniería.[41] Por

n.º L 177 de 4 de julio de 2008, con corrección de errores, DO L n.º 309 de 24 de noviembre de 2009, aplicable a partir del 17 de diciembre de 2009 (artículo 29) a los contratos internacionales celebrados a partir de esta fecha (artículo 28). En relación con el Reglamento Roma I, *vid.* Carrascosa González, J. *La ley aplicable a los contratos internacionales: el Reglamento Roma I.* Madrid: Colex, 2009, así como Castellanos Ruiz, E. *El Reglamento «Roma I» sobre ley aplicable a los contratos internacionales y su aplicación por los tribunales españoles*. Granada: Comares, 2009 y también, Boschiero, N. *La nuova disciplina comunitaria Della legge applicabile ai contratti (Roma I).* Torino: Giapichelli, 2009.

41 *Vid.*, como ejemplo de complementariedad necesaria, el asunto CCI n.º 4761/1984 (*Journ. Dr. Int.*, 1986, p. 1037), en el que se combina la elección de la ley libia y de la *lex mercatoria* respecto de un contrato de construcción. También, en *Petroleum Development LTD. vs. The Sheikh of Abu Dhabi* (ICLQ, 1952, p. 247), en el que, dada la precariedad del derecho local para regular la concesión petrolífera, se recurre a los principios generales del derecho, o en el asunto CCI n.º 4969/1989, en el que el tribunal arbitral tiene en cuenta, además de la ley libia, los principios generales del derecho en materia de construcción, o en el asunto CCI n.º 8264/1997 (*ICC Bulletin*, vol. 10, n.º 2, 1999, p. 63), respecto de un contrato celebrado entre un fabricante americano de equipos de trabajos públicos y una empresa estatal argelina de promoción industrial (lugar del arbitraje: París) para la construcción de una planta industrial, en el que se combina la elección expresa del derecho argelino con los principios generales del comercio internacional relativos a los contratos. También resulta interesante, en este sentido, el asunto CCI n.º 8873/1997 (*ICC Bulletin*, vol. 10, n.º 2, 1999, p. 81), sobre un contrato de construcción de una carretera en Argelia entre una sociedad francesa y otra española (lugar del arbitraje: Madrid). Aunque existía una cláusula expresa de elección de ley a favor del derecho español, el árbitro consideró la aplicación de los usos del comercio internacional. Se basó en el artículo 13.5 Reglamento CCI y en el artículo VIII del Convenio de Ginebra de 1961, cuando estiman que, «en todo caso, los árbitros tendrán en cuenta los usos del comercio internacional». Con todo, el tribunal arbitral parece limitar el alcance de los usos

ello, pese al amplio desarrollo de la autonomía privada, resulta inevitable recurrir a un derecho estatal para complementar la regulación de determinados aspectos contractuales que suelen permanecer al margen de las especificaciones de cliente y contratista.[42]

Desde un punto de vista arbitral, no existe duda respecto del carácter complementario del derecho estatal frente al *ius ingeniorum*: la selección del *ius ingeniorum* como normativa reguladora del fondo del contrato implica su aplicación directa en caso de controversia.[43] Solamente en ausencia de disposición específica derivada de los usos y prácticas del comercio internacional en materia de ingeniería, el árbitro se verá obligado a recurrir a una ley estatal.

Desde un punto de vista jurisdiccional ordinario, el carácter complementario del derecho estatal respecto del *ius ingeniorum* parece ratificarse desde la óptica de las normativas que vinculan a jueces y tribunales, si bien su alcance difiere en función del régimen aplicable.

El artículo 9.2 de la Convención Interamericana sobre Derecho aplicable a los contratos internacionales, hecha en México el 17 de marzo de 1994, permite la aplicación directa del *ius ingeniorum*.[44] Por tanto, una vez elegido por cliente y contratista, el *ius ingeniorum* será

---

del comercio internacional en presencia de elección expresa de ley respecto de las normas dispositivas españolas y no de las imperativas.

42 *Vid.*, sobre estas cuestiones, ESPLUGUES MOTA, C. y otros. *Contratación Internacional*, *cit.*, p. 133 y CALVO CARAVACA, A.L. y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ. *Derecho Internacional Privado*, *cit.*, pp. 102-105.

43 En la práctica arbitral, *vid.* laudos arbitrales de la CCI en el asunto CCI n.° 3540/1980 (*Journ. Dr. Int.*, 1981, p. 915), respecto de un contrato de construcción de ciertas obras en Rusia y en el asunto CCI n.° 5065/1986 (*Journ. Dr. Int.*, 1987, p. 1039).

44 *Vid*. JUENGER, F.K. «*The Interamerican Convention on the Law Applicable to International Contracts: some Highlights and Comparisons*». *Am. J. Comp. Law*, 1994-II, p. 394. *Vid.*, también, FERNÁNDEZ ARROYO, D.P. «*La Convention Interaméricaine sur la loi applicable aux contrats internationaux: certains chemins conduisent au-delà de Rome*». *Rev. Cr. Dr. Int. Pr.*, 1995, pp. 178-186, p.

aplicado directamente por el tribunal en caso de controversia. Ello supone, al igual que sucedía en el supuesto anterior, que solamente en ausencia de disposición específica derivada de los usos y costumbres del comercio internacional en materia de ingeniería, el tribunal ordinario vinculado por la Convención de México se verá obligado a recurrir a una ley estatal.

En cambio, el Reglamento Roma I no permite la elección directa del *ius ingeniorum*.[45] En consecuencia, su elección como normativa rectora de los derechos y obligaciones surgidos del contrato internacional de ingeniería no implica, en todo caso, su aplicación: ésta se halla condicionada por lo determinado en la *lex contractus* (ley estatal). De ajustarse el *ius ingeniorum* a las disposiciones de la ley estatal reguladora del contrato, el tribunal ordinario vinculado por el Reglamento Roma I procederá a su aplicación, y solamente en ausencia de respuesta específica derivada del mismo, recurrirá a una ley estatal. En caso contrario, de oponerse a las disposiciones imperativas de la *lex contractus*, el *ius ingeniorum* resultará inaplicable y el tribunal procederá a resolver las controversias surgidas del contrato de ingeniería de acuerdo con la *lex causae*.

3.2. La necesaria determinación de la *lex contractus*

Por otro lado, el ejercicio de la autonomía de la voluntad material dirigido a la selección del *ius ingeniorum*, como el régimen jurídico aplicable al contrato internacional de ingeniería, no está garantizado en todos los casos. En consecuencia y lógicamente, será necesario determinar la ley

182. Asimismo, *vid.* Esplugues Mota, C. (dir.): *El Derecho de los Contratos Internacionales en Latinoamérica, Portugal y España*. Madrid: Edisofer, 2008.

[45] *Vid.* Juenger, F.K. «The *Lex Mercatoria...*», *cit.*, pp. 182-183. Precisamente, el *Libro Verde sobre la transformación del Convenio de Roma sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales en instrumento comunitario y sobre su actualización*, presentado por la Comisión, el 14 de enero de 2003, DOC. COM (2002) 654 final, pp. 1-51, abre el debate sobre la conveniencia o no de determinar como aplicable, la *Lex Mercatoria* en la Cuestión n.º 8, p. 25.

estatal aplicable al fondo del contrato en aquellos casos en los que, legítimamente, cliente y contratista hayan decidido *no ejercer* su derecho al efecto. La selección de la *lex contractus* procederá de acuerdo, bien con el libre ejercicio de la autonomía de la voluntad conflictual (cliente y contratista seleccionan la ley estatal reguladora del fondo de su contrato), o bien a través de los criterios de selección de ley en defecto de pacto.

Es por ello que, por lo que respecta al derecho aplicable, dos son las dimensiones que se analizan. De una parte, la incidencia del *ius ingeniorum*, como suerte de *lex mercatoria* especializada en este sector.[46] Y, de otra, de modo complementario y en la medida en que éste no cubre todos los supuestos controvertibles, la determinación de la ley estatal aplicable.

4. EL *IUS INGENIORUM*

Tradicionalmente, este sector de la contratación internacional ha tratado de paliar sus deficiencias a través de la intervención de las asociaciones profesionales. Su participación en el proceso de estandarización ha sido decisiva a través de la elaboración de contratos modelo que se han impuesto en la práctica. Situación que se ha visto agudizada por la ausencia de reglamentación estatal y por la remisión al arbitraje.[47]

De esta suerte, se ha asistido y de hecho, asistimos, al desarrollo de un marco de reglas transnacionales que configuran el *ius ingeniorum*. Su contenido se concreta en los contratos modelo, los usos y las prácticas

---

[46] La práctica arbitral ha definido la *Lex Mercatotria* como «las normas y usos del comercio internacional que han sido elaboradas gradualmente por diferentes fuentes como los propios operadores del comercio internacional, sus asociaciones, las decisiones de los tribunales arbitrales internacionales y algunas instituciones como Unidroit y sus Principios de los contratos del comercio internacional». *Vid.* el asunto CCI n.° 9875/1999.

[47] ESPINOSA CALABUIG, R. «*Novas perspectivas para arbitragem na Europa*». *Anuario Brasil-Europa, Solução de Controvérsias, Arbitragem Comercial e Propriedade Intelectual.* Brasil: *Fundação Honrad Adenauer*, 2002, pp. 195 y ss.

del comercio internacional, y los principios generales que imperan en el ámbito de la ingeniería.[48]

Los modelos contractuales más utilizados en el comercio internacional son el conocido como «Libro Rojo» de la citada Fidic y los denominados *Cahiers* del FED (Fondo Europeo para el Desarrollo). Estos instrumentos reiteran en su articulado cláusulas relativas a cuestiones como las obligaciones de las partes, el sistema de garantías a primera demanda, las cláusulas de variación de precios, las de fuerza mayor o las de *hardship*. Incluyen, asimismo, disposiciones relativas a la modificación de las órdenes del cliente, la alteración del plazo de entrega de la obra y las atinentes a la resolución de controversias.[49]

Sin embargo, pese a la existencia de una realidad autorregulada, lo cierto es que adolece de carácter incompleto. La ausencia de vocación para regular de manera integral este fenómeno manifiesta lagunas en cuestiones de capital importancia. Como ocurre con el plazo de prescripción de las acciones o el régimen de incumplimiento del contrato.

De modo que la remisión al derecho de un ordenamiento jurídico estatal se convierte en complemento necesario para la adecuada regulación de los contratos internacionales de ingeniería.

---

[48] En relación con los principios generales en este ámbito *vid.* Asunto CCI n.° 3493 (Pirámides), asunto Cirdi Amco Asia (*Amco-Asia. République d'Indonésie* de 25 de septiembre de 1983, en *ILM*, 1984, p. 351), Asunto CCI n.° 4071/1983 y asunto CCI n.° 4023/1989. *Vid.* Gaillard, E. «*Use of General Principles of International Law in International Long-Term Contracts*». *International Business Lawyer*, mayo 1999, pp. 214 y ss., p. 215 y Rubino-Sammartano. «*Le tronc commun des lois nationales en présence (réflexions sur le droit applicable par l'arbitre internationale*)». *Rev. Arb.*, 1987, p. 133.

[49] *Vid.* asuntos CCI n.ºs 6238/1989, 6230/1990, 6276/1990, 6277/1990, 5948/1991, 6535/1992, 6611/1993, 7423/1995, 7641/1996 y 7910/1996, publicados en *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, vol. 10, n.° 2, Fall 1998, pp. 78 y ss.

Específicamente, en el ámbito arbitral, la selección del *ius ingeniorum* por las partes implica su aplicación directa. Solamente en ausencia de disposición específica de estos usos y prácticas, el árbitro se verá obligado a recurrir a una ley estatal.

Desde el punto de vista jurisdiccional, y bajo la óptica del Reglamento Roma I, la aplicación del *ius ingeniorum* se halla condicionada por lo dispuesto en la *lex contractus*, que es necesariamente una ley estatal.[50]

5. LA DETERMINACIÓN DE LA LEY ESTATAL APLICABLE AL CONTRATO

En materia de determinación de la ley estatal aplicable, la «autonomía de la voluntad conflictual» ha sido ampliamente reconocida como criterio de determinación de la ley estatal aplicable a los contratos internacionales de ingeniería en la mayoría de los sistemas legales nacionales de Dipr., así como en los distintos instrumentos de arbitraje y convenios internacionales. Así se observa, a pesar del silencio de instituciones como la Fidic, de las Recomendaciones de la CCI o de ciertas cláusulas FED y, desde una perspectiva jurisdiccional comunitaria, del artículo 3 del Reglamento Roma I.

En este ámbito, dos son las hipótesis que pueden plantearse. En primer término, que las partes seleccionen el derecho estatal aplicable, y en segundo, en ausencia de pacto.

---

[50] *Vid.* VIRGÓS SORIANO, M. «Obligaciones contractuales». En GONZÁLEZ CAMPOS, J.D., J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, A.L. CALVO CARAVACA, M. VIRGÓS SORIANO, M.A. AMORES CONRADI y P. DOMÍNGUEZ LOZANO, P. *Derecho Internacional Privado*, *cit.*, pp. 150-151. La práctica arbitral, no obstante, permite la aplicación conjunta de un derecho estatal con los principios generales. Por ejemplo, en un contrato de construcción de una carretera en Argelia, celebrado entre una empresa francesa y otra española en el que las partes habían elegido el derecho español, el árbitro decidió aplicarlo conjuntamente con los principios de Unidroit. *Vid.* el asunto CCI n.° 8873/1997, publicados en *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, vol 10, n.° 2, Fall 1999, pp. 78 y ss.

5.1. Elección de ley estatal por las partes

Respecto de la primera de las hipótesis, el ejercicio de la autonomía de la voluntad conflictual concede a las partes la facultad de elegir la ley aplicable a su contrato. Ésta goza de un amplio reconocimiento en los distintos sistemas legales nacionales de Dipr., así como en diferentes instrumentos arbitrales y convencionales, tal y como ocurre en el artículo 3 del Reglamento Roma I.

Así pues, cliente y contratista pueden designar, total o parcialmente y de forma expresa o tácita, la ley rectora del contrato internacional de ingeniería. La manifestación expresa suele plasmarse por escrito. La verificación de la existencia de una voluntad tácita a favor de la aplicación de una ley estatal debe deducirse de una serie de circunstancias derivadas del contrato de ingeniería, como el comportamiento de las partes ajustado a los parámetros de instituciones propias de un ordenamiento jurídico concreto relativas a la construcción, el idioma empleado por contratista y cliente, o la designación de una determinada jurisdicción.[51]

---

[51] *Vid.*, por ejemplo, la Stjce de 26 de noviembre de 1985, As. n.º C-318/81, *Comisión c/ Codemi S.p.A.* (*Rec.*, 1985, p. 3693). En el contrato relativo a la construcción en Italia de dos edificios destinados a la investigación, se había previsto la aplicación del derecho belga. No obstante, la sociedad italiana trató de desviar esta elección para atender al derecho italiano a modo de sumisión tácita. Argumentó que la ejecución del contrato era en Italia, por lo que debía presumirse la aplicación de este ordenamiento jurídico; y que las partes se habían referido en el contrato a un número importante de disposiciones del Código Civil italiano, con lo que, implícitamente, asumían su aplicación. El tribunal de justicia no le dio la razón. *Vid.*, asimismo, Sent. Trib. de Rabat de 17 de mayo de 1930 (*Journ. Dr. Int.*, 1931, p. 672), respecto de un contrato de construcción de un inmueble en Marruecos, en la que el tribunal aplicó la ley francesa como ley de la nacionalidad común entre un maestro de obras francés, y un arquitecto y un contratista también franceses, considerando una posible sumisión tácita a favor de la ley francesa aun cuando el lugar de ejecución del contrato era Marruecos, y tanto el arquitecto como el contratista se hallaban domiciliados en este Estado. En la práctica arbitral, el asunto CCI n.º 4975/1988 (*Y. Comm. Arb.*, 1989, p. 122), respecto de un subcontrato firmado entre un contratista principal americano y

La selección por cliente y contratista de esta ley presenta algunas ventajas. Entre ellas destaca la posible aplicación de una única ley a los distintos contratos de ingeniería que firme una empresa. De este modo se evita la pluralidad de leyes designadas por la normativa aplicable en defecto de pacto y se unifica el régimen aplicable, evitando la aplicación de tantas leyes como partes separables existan en el contrato internacional de ingeniería: la elección por las partes de una ley estatal aplicable al todo, evitará la dispersión normativa producto de la pluralidad derivada de la fragmentación judicial del contrato y, con ello, el riesgo de inadaptación de soluciones.[52]

Aspecto distinto es aquél relativo a la determinación del derecho aplicable a los contratos interrelacionados con el contrato de ingeniería, como aquéllos de subcontratación o de seguros. En estos supuestos, dado su grado de independencia, la mejor opción pasa por la determinación de la ley aplicable a cada contrato. De acuerdo con ello, en el marco del ejercicio de la autonomía de la voluntad, la selección por cliente y contratista de una ley estatal para regular las relaciones principales del contrato de ingeniería no debe extenderse necesariamente a las obligaciones secundarias o complementarias: conviene un pacto expreso o tácito entre las partes que permita realizar esta extensión

---

un subcontratista alemán para ejecutar una obra en Arabia Saudita, en el que el tribunal arbitral inglés aplicó el derecho inglés argumentando que la elección de árbitro de esa nacionalidad conlleva una elección tácita de la ley inglesa.

[52] *Vid.* FOUCHARD, P. «*Rapport français...*», *cit.*, p. 304. La operación de la determinación del derecho aplicable cuando nos encontramos ante un solo contrato (aun cuando consta de varias prestaciones) es única. Es decir, ante la existencia del denominado equilibrio contractual único, sólo se determina un derecho aplicable al conjunto de la relación contractual (*vid.* CARRILLO POZO, L.F. *El contrato internacional: la prestación característica*. Bolonia, 1994, p. 190). Así, la aplicación unitaria parece la solución más correcta atendiendo «...a su elasticidad en la exigencia de asegurar una... disciplina a la actividad privada atípica» (*vid.* CAVALLO BORGIA, R. *Il contrato di...*, *cit.*, p. 131), lo que conlleva la circunstancia de facilitar la integración normativa en el derecho interno de forma «mesurada y prudente», favoreciendo las intrínsecas necesidades de estos contratos de su continua evolución (*vid.* CAVALLO BORGIA, R. *Il contrato di...*, *cit.*, p. 132).

respecto de los contratos interrelacionados. De acuerdo con lo expuesto, cliente y contratista pueden seleccionar la ley aplicable a las obligaciones principales derivadas de su contrato. Esta ley elegida reguladora de las obligaciones principales podría ser extendida a aquellas partes del contrato de ingeniería que, aunque separables, presentan una conexión importante con las prestaciones principales. Si bien nada impide que, salvando los riesgos de inadaptación, puedan ser reguladas por aquella ley estatal elegida expresamente por las partes, en ejercicio legítimo de su autonomía de la voluntad conflictual.[53]

Nada impide, por otro lado, la fragmentación voluntaria o *depeçage* del régimen de fondo del contrato.[54] En efecto, la complejidad del contrato internacional de ingeniería favorece la fragmentación voluntaria del régimen del fondo de este contrato, alternativa permitida por los diferentes instrumentos normativos que vinculan a tribunales ordinarios y arbitrales. Ello supone la posibilidad de seleccionar a través del ejercicio de la autonomía de la voluntad conflictual, la ley estatal aplicable a cada parte separable del contrato internacional de ingeniería. Sería así en lo que afecta a las cláusulas penales, las cláusulas de revisión de precios, o los contratos de transferencia de tecnología, los cuales, aunque accesorios

---

[53] *Vid.*, con carácter general, Giuliano, M. y P. Jenard. *Informe relativo al Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales*, DOCE C 327, diciembre de 1992, p. 17. El mismo Convenio de Roma en su artículo 3.1 no permite determinar el derecho aplicable a un grupo de contratos, sino que debe hacerse separadamente, uno a uno (*vid.* Carrillo Pozo, L.F. *El contrato internacional...*, *cit.*, p. 190). Esta idea parece que se puede proyectar al Reglamento Roma I y es apoyada, al menos en parte, cuando se hace referencia a la diversidad de prestaciones que integran estos contratos «en los que diferentes reglas son susceptibles de regir las prestaciones de servicios y el suministro de materiales. En algunos casos, cada contrato está sometido a su propia norma (complejo de contratos), mientras que en otros, el conjunto de los contratos está sometido a las mismas disposiciones (contratos complejos)» (*vid.* Lefebvre, G.-J. Hollander: «*La normalisation des contrats...*», *cit.* p. 238).

[54] *Vid.* Carrascosa González, J. *El contrato internacional*, *cit.*, pp. 105-122 y 148-149, Lagarde, P. «Le dépeçage dans...», *cit.*, pp. 649-677, p. 653.

respecto de las relaciones marco de ingeniería, serían susceptibles de requerir su propia operación de determinación del derecho aplicable.[55]

5.2. Determinación de la ley estatal aplicable en ausencia de elección por las partes

La segunda de las hipótesis referidas concurre cuando cliente y contratista no ejercitan la autonomía de la voluntad conflictual. El no ejercicio de la autonomía de la voluntad conflictual por parte de cliente y contratista hace necesario determinar la ley estatal aplicable a los contratos internacionales de ingeniería en defecto de pacto. En este sentido, dos son las perspectivas a tener en cuenta, por un lado, la arbitral y, por otro, la judicial.

5.2.a. Perspectiva judicial

Por un lado, la normativa a considerar desde una perspectiva judicial es el artículo 4 del Reglamento Roma I sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales, dirigido hacia la identificación y aplicación de la ley más estrechamente vinculada con el contrato internacional de ingeniería.[56] De acuerdo con el artículo 4.2 del Reglamento Roma y en ausencia de una regla específica para los contratos internacionales de ingeniería, la *lex contractus* coincidirá con el ordenamiento jurídico donde se halla la residencia habitual o la sede del establecimiento del contratista, como parte contractual que desenvuelve la prestación característica.[57]

---

[55] *Vid.* HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, A. *Los contratos internacionales de...*, *cit.*, pp. 346 y ss., CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. *El contrato internacional*, *cit.*, pp. 257-261 y 296-197, CARRILLO POZO, A. *El contrato internacional*, *cit.*, p. 78, y GAUDEMET-TALLON, H. «*Le nouveau droit international privé européen des contrats (commentaire de la Convention CEE n.° 80/934 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, ouverte à la signature á Rome le 19 juin 1980)*». *Rev. Trim. Dr. Cur.*, 1981, pp. 215-285, p. 245.

[56] *Vid.* ESPLUGUES MOTA, C. y otros: *Contratación Internacional...*, *cit.*, pp. 142 y 143.

[57] En el caso de los contratos de ingeniería, la doctrina afirma que la prestación característica es la que debe realizar la sociedad de ingeniería consultora que se

La aplicación de la ley del establecimiento del contratista, además responder a los principios de previsibilidad y seguridad jurídica, resulta una opción económica en cuanto a costes de gestión se refiere, al unificar la normativa aplicable para el conjunto de sus relaciones contractuales. Se ajusta, asimismo, a la naturaleza especial de los contratos internacionales de ingeniería: muchas de las prestaciones que conforman este tipo contractual, como la proyección y la confección de planos, o la elaboración de elementos técnicos que, por su complejidad, deben montarse en la sede del contratista, se vinculan directamente con el lugar donde se ubica su establecimiento.[58]

No obstante, no siempre esta opción se ajusta a las exigencias reales de estas relaciones jurídicas. Así, en ocasiones puede ocurrir que del conjunto de las circunstancias se deduzca claramente que el contrato presenta vínculos manifiestamente más estrechos con otra ley; a saber,

---

identifica con la realización del proyecto (*vid*. Calvo Caravaca, A.L. y otros. *Derecho Internacional Privado... cit.*, p. 394. Y, asimismo, *vid*. Villani, U. «*Aspetti problematici della prestazione caratteristica*». En *Rdipp*, 1993, pp. 513-540). En este sentido, se refieren a todos aquellos contratos que celebra la empresa de ingeniería para la prestación de servicios de distinta naturaleza (*vid*. Uría, R. *Derecho Mercantil*. Madrid: Marcial Pons, Marcial Pons, p. 560). Esta posición ha sido criticada por otros autores que, desde una perspectiva más restrictiva, consideran que no puede entenderse como contrato de ingeniería toda actividad pactada que realice la empresa de ingeniería, sino únicamente la referida a la proyección (*Vid*. Bercovitz, A. *El contrato de..., cit.*, p. 135). Desde este punto de vista más restringido, se haría referencia, únicamente, a la ingeniería consultora, excluyendo otros ámbitos de la ingeniería consolidados en la práctica del comercio y para los que también existen contratos estándar como la ingeniería comercial y la ingeniería de procedimiento.

58 *Vid.*, en este sentido, Hernández Rodríguez: A. *Los Contratos Internacionales de...*, *cit.*, pp. 427 y ss. Otro punto de vista, *vid.* Ballarino, T. «*Rapport général...*», *cit.*, p. 226 y Vischer: «*The principle of the typical performance in international contracts and the draft convention*». En Lipstein, K. (ed.). *Harmonisation of Private International Law by the E.E.C.*, 1978, p. 29, al considerar que los contratos «llave en mano» tienen un tratamiento diverso en sede de ley aplicable que también pasa por la descomposición en varios contratos (ingeniería, asistencia técnica) y su regulación integral por la ley del lugar de realización de la obra.

la del lugar de ejecución de las obras.[59] Esta situación puede ser habitual cuando el cliente se involucra en la ejecución de la obra aportando los materiales, el terreno donde se ejecuta la obra o la energía eléctrica, en materia de subcontratación o contratación del personal local. O, también, dentro de los contratos de ingeniería comercial, en los que incluye entre sus prestaciones la ejecución de la obra. En estos supuestos, la presunción *iuris tantum* contenida en el artículo 4.2 del Reglamento *Roma I* cede a favor de la aplicación del ordenamiento jurídico con el que manifiestamente presenta los vínculos más estrechos el contrato (artículo 4.3 del Reglamento Roma I).[60]

En caso de imposibilidad de determinación de la ley aplicable al contrato conforme a los criterios citados, éste se regirá por la ley del país con el que presente los vínculos más estrechos. La aplicación de la ley del lugar de ejecución de las obras a través del artículo 4.4 del Reglamento Roma I, siempre excepcional y nunca regla general,[61]

---

[59] Ésta es la discusión clave en la doctrina mayoritaria: la disyuntiva entre una y otra ley. *Vid.* SARAVALLE, A. «Conflitti di leggi...», *cit.*, p. 906, VILLANI, U. «Aspetti problematici della...», *cit.*, p. 529. DE MIGUEL ASENSIO, P.A. *Contratos internacionales sobre...*, *cit.*, p. 297, SOLTYSINSKI, S. «*Choice of law and choice of forum in transnational transfer of technology transactions*». *Rec. des C.*, 1986, vol. I, pp. 239-384, esp. pp. 330-333. También en la jurisprudencia, *vid.*, la Sentencia del *BGH* alemán, de 25 de febrero de 1999 (*RIW - Recht der Internationalen Wirtschaftsrecht*, 1999, pp. 456-457), respecto de un contrato de construcción de un centro comercial en Alemania, en la que se cuestionaba la aplicación general de la ley del lugar de ejecución de las obras (la ley alemana, por tanto).

[60] *Vid.*, sobre el juego de las presunciones, por todos, DE MIGUEL ASENSIO, P. «La ley aplicable en defecto de elección a los contratos internacionales: el artículo 4 del Convenio de Roma de 1980». *La Ley (Suplemento CE)*, 1995, n.º 95, pp. 1-6.

[61] *Vid.* ESPLUGUES MOTA, C. y otros: *Contratación Internacional...*, *cit.*, p. 149, VIRGÓS SORIANO, M. «La ley aplicable a los contratos internacionales: la regla de los vínculos más estrechos...». *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, *cit.*, pp. 5289-5309, BARATTA: *Il collegamento piú stretto nel diritto internazionale privato dei contratti*. Milano, 1991. DUBLER: *Les clauses d'excepcion en droit international privé*. Généve, 1983, p. 46 y FOUCHARD, P. «*La responsabilité des constructeurs en droit international privé*». *Rapport français...*, *cit.*, p. 10.

constituye la alternativa más habitual.[62] No puede negarse que gran parte de las prestaciones a realizar en un contrato internacional de ingeniería se ejecutan en el lugar de la sede de la construcción, desvinculándose en cierta medida de la ley del lugar de residencia o establecimiento del contratista. Existe, asimismo, un importante grado de conexión con aspectos directamente vinculados a la relación contractual, como la subcontratación del personal local o los procedimientos de licitación. Además, se produce una identidad con la ley a la que pertenecen las normas materiales imperativas de la ley del lugar de ejecución de la obra, muchas de ellas de carácter público. Ello unifica el régimen regulador del contrato de ingeniería al coincidir éstas con la *lex contractus* y disminuyendo el riesgo de inseguridad jurídica que genera la facultad que ostenta el operador jurídico de tomar en consideración este tipo de normas.[63]

---

[62] La práctica demuestra una clara tendencia por el criterio de la ley del lugar de ejecución de la obra, criterio que se ha llegado a calificar como tradicional en los contratos internacionales de ingeniería comercial. *Vid.* Wiegand, Ch. «*The Applicable Substantive...*», *cit.*, p. 147. El lugar de ejecución de un contrato es un criterio a tener en cuenta siempre; sobre ello, *vid.* Carrillo Pozo, L.F. *El Contrato Internacional... cit.*, p. 153. En cualquier caso, la escasa jurisprudencia relativa al contrato de construcción considera la ley del lugar de ejecución de la obra como una opción importante. Así lo hace la sentencia BGH alemán de 25 de febrero de 1999, *RIW - Recht der Internationalen Wirtschaftsrecht*, 1999, pp. 456-457; o la Stjce de 26 de noviembre de 1985, As. C-318/81, *Comisión c/ Codemi S.p.A.* (*Rec.*, 1985, p. 3693), sobre un contrato de construcción en Italia de dos edificios, en la que el tribunal ponderó la relevancia del lugar de ejecución a efectos de la aplicación del derecho italiano. *Vid.*, también, Sent. Trib. de París de 22 de noviembre de 1980 (*Journ. Dr. Int.*, 1981, p. 585, con nota de Ph. Kahn), Sent. *Cour Cass*. francesa, de 26 de noviembre de 1980 (*Journ. Dr. Int.*, 1981, p. 355); y Sent. *Cour Cass*. francesa de 15 de junio de 1982 (*Journ. Dr. Int.*, 1983, p. 602, con nota de Ph. Kahn; *Bull. Civ.*, I, p. 191). En esta última, por ejemplo, se aplica al contrato de arquitectura entre cliente y contratista de nacionalidad diferente la ley del Estado de la ejecución de la obra proyectada.

[63] Incluso Glavinis, desde la perspectiva del derecho francés y desde una visión post-Convenio de Roma de 1980, mantiene la posición de la ley del lugar de ejecución. *Vid.* Glavinis, P. *Le contrat international...*, *cit.*, p. 550, Fouchard, P. «*Rapport français...*», *cit.*, p. 303, Saravalle, A. «*Conflitti di leggi...*», *cit.*, p. 906

Cabe la posibilidad, asimismo, de fraccionamiento judicial del contrato internacional de ingeniería. Respecto de la totalidad de las prestaciones complejas que componen el contrato de ingeniería, podría considerarse la presunción a favor de su regulación conjunta: los contratos accesorios podrían regirse por la misma ley que regula el contrato principal. No obstante, nada impide que, en virtud de su grado de separabilidad y aun con un mayor riesgo de inadapatación de soluciones, el tribunal considere su regulación por una ley estatal distinta a la del contrato principal (fragmentación). Esta ley vendría también determinada por las soluciones generales antes expuestas.[64]

Respecto de los contratos complementarios del contrato internacional de ingeniería, como los grupos de empresas, la subcontratación o los seguros, dado el grado de independencia respecto del contrato principal, la respuesta pasaría por designar de manera específica la ley estatal aplicable en defecto de pacto a cada tipo contractual complementario concreto.

5.2.b. Perspectiva arbitral

Desde la perspectiva arbitral no existe unanimidad a la hora de decidir la ley aplicable al contrato internacional de ingeniería en defecto de pacto.[65] Una de las posibilidades consiste en la aplicación directa del *ius*

---

y RÉMERY, J.P. «*Remarques sur le conflit...*», *cit.*, p. 258. En la jurisprudencia, *vid.* las Sentencias de la *Cour de Cassation* francesa de 10 de julio de 1990 y de 15 de junio de 1982, y la Sentencia de la *Cour d'Appel* de París de 22 de noviembre de 1980.

64 *Vid.* SCOLES y HAY. *Conflict of Laws*. Minnessota: St. Paul, 1982, p. 678, SARAVALLE, A. «*Conflitti di leggi...*», *cit.*, p. 907 y HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, A. *Los Contratos Internacionales de...*, *cit.*, p. 411.

65 No entraremos en aquellas cuestiones generales relativas al arbitraje. Se parte, lógicamente, de la existencia de una cláusula de sumisión al arbitraje válida, aspecto éste para el que habrá que tenerse en cuenta la ley que regula la cláusula arbitral. Esta ley rige la validez de la misma cláusula arbitral, la competencia de los árbitros, las disputas sometidas a arbitraje, la validez formal del laudo y la obligación de las partes de someterse a arbitraje. Por otro, deberá tenerse en

ingeniorum (solución recogida, por ejemplo, en el artículo 17 del Reglamento de Arbitraje de la CCI), si bien no soluciona el problema de la remisión a un derecho estatal, en caso de lagunas.[66] Otra de las opciones se concreta en la aplicación de la norma de conflicto del lugar de la sede del arbitraje,[67] aunque tampoco resulta plenamente satisfactoria dado

---

cuenta la ley que rige el procedimiento arbitral. Por ejemplo, la revocación del árbitro, las normas procedimentales que establecen los plazos, la vista oral y otras circunstancias del procedimiento. Sobre estas cuestiones, por todos, *vid.* Dicey-Morris: *The conflicts of laws*. Londres: Sweet and Maxwell, 2000, p. 575. En relación con los aspectos puramente procedimentales del arbitraje en la materia concreta de los contratos internacionales de construcción, resulta útil el referido *Rapport final sur l'arbitrage dans le domaine de la construction*, publicado en *Bull. CCI*, vol. 12-ii, 2001, pp. 8-44.

66 En este sentido, sobre la aplicación de la *Lex Mercatoria* y los Principios de Unidroit en ausencia de ley aplicable por las partes, *vid.* los asuntos CCI n.° 10022/2000, 9875/1999, 9419/98, 7110/1995, laudo arbitral del *Tribunal of the City of Panama* de 24 de febrero de 2001, el laudo arbitral de la *Camera Arbitrale Nazionale e Internazionale de Milano*, n.° a-1795/51, de 1 de diciembre de 1996 y los laudos de la *International Arbitration Court of the Chamber of Commerce and Industry of the Russian Federation*, n.°s 88, de 25 de enero de 2001 y 116, de 20 de enero de 1997. Además, esta práctica ha sido reconocida como válida por la jurisprudencia estatal, en una sentencia de los tribunales estadounidenses que reconocía que la aplicación por parte de un tribunal arbitral de los principios y usos del comercio internacional en ausencia de elección por las partes del derecho aplicable al contrato no violaba el artículo v.1.c del Convenio de Nueva York de 1958. *Vid.* la sentencia del *United States District Court*, *S.D.* de California, n.° 98-1165-B, de 7 de diciembre de 1998, en el asunto *Ministry of Defense and Support for the Armed Forces of the Islamic Republic of Iran vs. Cubic Defense Systems*, *Inc.*

67 *Vid.* Gösta Westring. «*Construction and Management...*», *cit.*, p. 182, Davis, M. «*Choice of law...*», *cit.*, pp. 277-297. En efecto, se ha pensado que si las partes eligen expresamente una sede para el arbitraje, podría encontrarse la determinación de la ley aplicable a todas las cuestiones implicadas: contrato, convenio arbitral y procedimiento de arbitraje. Sin embargo, esta presunción, es decir, la determinación de la ley aplicable al contrato por el criterio del lugar de desarrollo del arbitraje decae cuando este lugar es elegido por razones de neutralidad para las partes (lugares como París o Londres), pero que no presentan ningún otro vínculo con el contrato. Es cierto que las presunciones decaen cuando de las circunstancias generales del contrato puede deducirse que la ley que presenta más conexiones con el contrato es otra distinta a la del lugar de la sede del arbitraje. Razón que obliga

que el árbitro no administra justicia en nombre de ningún Estado.[68]

En nuestra opinión, la solución óptima pasaría por establecer una alternativa basada en dos opciones: el lugar de ejecución de las obras y el relativo al establecimiento principal del contratista. Opción que debería concretar el operador jurídico *ex casu*, atendiendo a las particularidades propias de cada supuesto.

De hecho, éstos son los vínculos más utilizados por los legisladores nacionales y los instrumentos institucionales más representativos del ámbito de la ingeniería.

Así se entiende, asimismo, por los diferentes regímenes aplicables al proceso arbitral, tanto los generales, como el artículo VII.1 del Convenio

---

a la consideración de estas circunstancias para la determinación de la ley que presenta mayores conexiones con el contrato, lo que se ha dado en denominar, el *proper law* en el derecho anglosajón. *Vid.* DAVIS, M. «*Choice of law rules and international construction contracts*». En ODAMS, A.M. (edit.). *Comparative studies in construction law: the sweet lectures*. Londres: Sweet and Maxwell, 1995, pp. 277-297. En la práctica, reticentes a considerar el ordenamiento jurídico de la sede del tribunal arbitral, el asunto CCI n.° 9420/1998 (referencia en GRIGERA NAÓN, H. «*Choice of law problemas...*», *cit.*, 2001, p. 226) y el asunto CCI n.° 8672/1996 (*Bull. CCI*, 2001, p. 117).

[68] Sobre estos aspectos, *vid.* LAPIEDRA ALCAMÍ, R. *Medidas cautelares en el arbitraje comercial internacional*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008, pp. 96 y ss. GRIGERA NAÓN, H. «Choice of law...», *cit.*, pp. 191 y 213, SARAVALLE, A. «*Conflitti di leggi...*», *cit.*, p. 900, GÉLINAS, F. «*La jurisprudence arbitrale de la Chambre de Commerce Internationale*». *Gaz. pal.*, 2000, pp. 1-20, JOLIVET, E. «*La jurisprudence arbitrale de la CCI et la lex mercatoria*». *Gaz. pal.*, 2001, pp. 36-37 y GAILLARD, E. «*Transnational law: a legal system or a method of decision making*». *Arb. Int.*, 2001, p. 59. También, *vid.* SCHNEIDER: *International Construction Contracts*, *cit.*, p. 278. Debe considerarse, asimismo, en esta búsqueda por parte del árbitro de una normativa reguladora del caso concreto ajustada a la internacionalidad del contrato de construcción, la aplicación de la doctrina del *tronco común*; al respecto, *vid.* RUBINO-SAMMARTANO. «*Le tronc commun des lois nationales en présence (réflexions sur le droit applicable par l'arbitre internationale)*». *Rev. Arb.*, 1987, p. 133.

de Ginebra de 1961, como los específicos relativos a la ingeniería. Los Reglamentos de arbitraje surgidos al hilo de la práctica relativa a la construcción, así como los contratos-modelo de las diferentes modalidades de ingeniería, atienden a la aplicación de la ley de la sede del establecimiento del contratista (cláusula 28.2 de las *General Conditions of Contract of the Economic Commission of the United Nations for Europe*, *ECE General Conditions for the Supply and Erection of Plant and Machinery for Import and Export*) o a la aplicación de la ley del lugar de ejecución de las obras (Recomendaciones de la CCI, cláusulas FED o Fidic). Alternativas éstas, cuyas razones son las expuestas anteriormente en relación a la perspectiva judicial, que se ven corroboradas por una amplia práctica arbitral.

Desde una óptica arbitral, cabe, asimismo, la fragmentación del régimen regulador del contrato internacional de ingeniería, tanto respecto de los contratos accesorios como de los complementarios. El comportamiento del tribunal arbitral en este sentido se ajusta a lo expuesto en relación con la actividad judicial, si bien su práctica es más rica en la aportación de soluciones de ley aplicable, sobre todo respecto de las relaciones de subcontratación y de grupos de empresas, en atención al grado de flexibilidad de la actividad arbitral frente a la jurisdiccional.

La aplicación de la ley del establecimiento del contratista, además responder a los principios de previsibilidad y seguridad jurídica, resulta una opción económica en cuanto a costes de gestión se refiere, al unificar la normativa aplicable para el conjunto de sus relaciones contractuales. Se ajusta, asimismo, a la naturaleza especial de los contratos internacionales de ingeniería: muchas de las prestaciones que conforman este tipo contractual, como la proyección y la confección de planos, o la elaboración de elementos técnicos que, por su complejidad, deben montarse en la sede del contratista, se vinculan directamente con el lugar donde se ubica su establecimiento.[69]

[69] Los autores especialistas en la materia de los contratos internacionales de ingeniería consideran también la posibilidad de aplicar la ley de la sede del establecimiento

6. LA INCIDENCIA DE LAS NORMAS MATERIALES IMPERATIVAS

Junto a lo expuesto, las soluciones previstas por la *lex contractus* se encuentran mediatizadas por la incidencia de las normas materiales imperativas.

En los contratos internacionales de ingeniería, estas normas se concretan en aspectos relativos a las especificaciones técnicas de la obra y su ejecución o al urbanismo: delimitación de las parcelas y permisos de construcción, así como normas en materia de seguridad e higiene en el trabajo, sobre la calidad de los materiales y relativas a cualificaciones profesionales.[70]

El operador jurídico deberá tomar en consideración estas normas que provenientes al ordenamiento jurídico de la *lex contractus*, al del foro, al de la sede del contratista y, finalmente, al del lugar de ejecución de las obras.[71]

---

del contratista. *Vid.* WIEGAND, Ch. *The Applicable Substantive...*, *cit.*, FALLON, M. «Rapport belge...», *cit.*, pp. 233 y ss y SARAVALLE, A. «*Conflitti di leggi*...», *cit.*

70 Así se observa, por ejemplo, en las condiciones de la Fidic, cuando establecen que la responsabilidad relativa a la obtención de un permiso o licencia para la construcción recae, fundamentalmente, sobre el cliente (la cláusula 26.1 *in fine* de las *Fidic Conditions - C.E.C. for Civil Engineering*). Asimismo, además de la obtención de los permisos administrativos necesarios, no puede olvidarse la importancia de la normativa en materia de higiene y seguridad en el trabajo o protección del medio ambiente (la cláusula 16.4 de las *Conditions particuliers de la Fidic en materia de empleo de personal local*, recomienda al contratista la contratación de trabajadores locales, la cláusula 45 y siguientes de las *Conditions particuliers de la Fidic*, exigen el respeto a las condiciones de vacaciones y días de descanso, conforme a las costumbres o religión del Estado del lugar de construcción de la obra). En todos los ordenamientos existe reglamentación sobre estas cuestiones y, habitualmente, en el contrato de ingeniería, se suele especificar que la observancia de estas disposiciones corresponde al contratista. En las condiciones FED (por ejemplo, cláusulas 10.1 y 10.2 *Cahier FED-Travaux*), se indica que en el maestro de obras recae la responsabilidad de recabar los permisos y visados exigidos al personal de servicios para la realización de su trabajo.

71 *Vid.* FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. y S. SÁNCHEZ LORENZO. *Derecho Internacional Privado*, *cit.*, pp. 179-182.

En el ámbito judicial, la aplicación de estas normas imperativas se ampara en el artículo 9 del Reglamento Roma I.[72] Precepto que legitima la aplicación de las leyes de policía del foro y la toma en consideración de las del país en que las obligaciones derivadas del contrato tienen que ejecutarse o han sido ejecutadas, en la medida en que dichas leyes hagan la ejecución del contrato ilegal.[73]

Paralelamente, en sede arbitral, son respetadas, *de facto*, por los árbitros, a pesar de que, en teoría, no existe una vinculación obligatoria directa. Y ello, fundamentalmente, en aras a la posterior eficacia del laudo arbitral. Tal y como lo demuestra su reconocimiento en contratos-modelo (como ocurre en las condiciones Fidic para el *design and turnkey* y el *electrical mechanical*).[74]

---

[72] La existencia de una normativa que legitime la aplicación o toma en consideración de las normas materiales imperativas ajenas a la *lex contractus* facilita la actividad del juez o tribunal (la legitimación para aplicar las normas materiales imperativas de foro se justifica con menor dificultad). En este sentido, pensemos, por ejemplo, además del reconocimiento explícito de su operatividad en los términos del artículo 9 del Reglamento *Roma I*, en el artículo VIII.2.b de los Estatutos del Fondo Monetario Internacional, cuando dispone que «los contratos de cambio que afectando a la moneda de un Estado miembro fueran contrarios a las normas sobre control de cambios de dicho miembro, mantenidas o establecidas de conformidad con este Convenio, no tendrán fuerza de obligar en los territorios de ningún miembro». En la jurisprudencia, sobre la moneda del contrato, por ejemplo, Sent. *Cour Cass*. francesa de 4 de febrero de 1969 (*Gaz. Pal.*, 1969-I, p. 232) o Sent. *Cour Cass*. francesa de 8 de febrero de 1972 (*La Sem. Jur.-JCP*, 1973-I, 17386).

[73] *Vid.* Zaccardi, F. «*Disposizioni imperative e ordine publico nella Convenzione di Roma del 19 giugno 1980*». *Foro Pad.*, 1987-II, pp. 7-14 y Saravalle, A. «*Conflitti di leggi...*», *cit.*, p. 914.

[74] *Vid*. Grigera Naón, H. «*Choice of law...*», *cit.*, pp. 296 ss., Prioux, R. «*Le juge et l'arbitre face aux lois étrangères d'application immédiate dans les contrats internationaux*». *Rev. Dr. Com. Belge*, 1987, p. 151, Mayer, P. «*Mandatory rules of law in international arbitration*». *Arb. Int.,* 1986, p. 274, Derains, Y. «*Public policy and the law applicable to dispute in international arbitration*». En *International Council for Commercial Arbitration, Comparative arbitration practice and public policy in arbitration, VIII International Arbitration Congress*. New York,

El alcance de la *lex contractus* reguladora del fondo de los contratos internacionales de ingeniería se halla mediatizado por el juego de las normas materiales imperativas.[75]

1986, p. 227, DERAINS, Y. «Application of European Law by Arbitrators. Analysis of case law». *Arb. and European Law*, 1997, pp. 67-78 y LAZAREFF, S. «*Mandatory extraterritorial application of national law*». *Arb. Int.*, 1995, p. 137.

[75] *Vid.* GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J. *Contratación internacional y medidas de coerción económica*. Madrid, 1993, pp. 57-64, sobre la aplicación de la *lex contractus* y las normas materiales imperativas. En la jurisprudencia judicial y arbitral relativa a la ingeniería internacional y a la incidencia de la aplicación combinada de la *lex contractus* y las normas materiales imperativas, por ejemplo, *Reggazoni vs. Sethia* (*Ch. of Lords*, *Journ. Dr. Int.*, 1961, p. 1141), en la que los tribunales británicos anularon un contrato de suministro de materiales procedente de la India y destinado a África del Sur, sometido a la ley inglesa, por haber violado las disposiciones de la ley de la India sobre embargo de todo tipo de mercancías que se vinculasen de algún modo (como destino, procedencia o Estado de paso) con África del Sur, como medio de oposición a la política de discriminación racial o la Sent. *Trib. Cass*. italiano de 18 de mayo de 1955 (*Giust. Civ.*, 1956-I, p. 1383), respecto de un contrato de *subappalto* no autorizado, que estima que es un caso de nulidad relativa en aplicación de las normas materiales imperativas italianas al efecto, aun cuando el contrato era válido de acuerdo con la *lex contractus*. También, el asunto CCI *NOC vs. Libyan Sun Oil* (*I.L.M.*, 1990, p. 565; *vid.*, Sent. Trib. Federal de Delaware, de 15 de marzo de 1990, *I.L.M.*, 1990, p. 716, y AUDIT, B. «*L'affaire NOC vs. Libyan Sun Oil Company*». *Rev. Arb.*, 1991, p. 263): el contratante americano apeló a las prohibiciones decretadas por el gobierno americano sobre desplazamiento de personas y ciertas transferencias de tecnologías a Libia, y a su carácter de normas materiales imperativas, a fin de liberarse de su responsabilidad (fuerza mayor surgida por la imprevisibilidad de la aplicación de las referidas normativas, ajenas a la *lex contractus*). O el asunto CCI n.º 2478/1974 (*Journ. Dr. Int.*, 1975, p. 925), donde una sociedad rumana invoca la anulación por las autoridades rumanas de todas las autorizaciones para la exportación de carburante (normas materiales imperativas) para justificar la imposibilidad de su entrega a la sociedad francesa cocontratante. En el laudo arbitral, de 16 de febrero de 1983 (*Rev. Arb.*, 1986, p. 105, y la Sent. *Cour Cass*. francesa de 6 de enero de 1987, *Rev. Arb.*, 1987, p. 470; LEBOULANGER, Ph. «*Etat, politique et arbitrage. L'affaire de du plateau des pyramides*». *Rev. Arb.*, 1986, p. 3), en la que se observa como el poder soberano del Estado, emitiendo medidas de expropiación o nacionalización, anula en la práctica el proyecto de construcción de un complejo turístico en Egipto y obliga al operador jurídico a modular la responsabilidad de clientes y contratista

6.1. Las normas materiales imperativas en los contratos internacionales de ingeniería

Las normas materiales imperativas, dirigidas al respeto de cierto tipo de valores o intereses públicos preferentes del Estado, se proyectan en el ámbito de los contratos internacionales de ingeniería sobre aspectos tales como las especificaciones técnicas relativas a la ejecución del inmueble, delimitación de las parcelas, características técnicas de la obra, permisos de construcción, normas en materia de seguridad e higiene en el trabajo, características de los materiales de construcción, inspecciones y controles, cualificaciones profesionales, normativas sobre urbanismo o la normativa relativa a las obras públicas.[76]

6.2. Las normas materiales imperativas vinculadas al contrato

El operador jurídico, el tribunal o el árbitro, deberá aplicar o tomar en consideración las normas materiales imperativas de aquellos ordenamientos jurídicos vinculados con el contrato internacional de ingeniería. Con carácter general, estos ordenamientos jurídicos vinculados (y, con ello, sus normas materiales imperativas) coinciden con el seleccionado a través de la *lex contractus*, el ordenamiento jurídico del foro, aquél en el que se ubica la sede del establecimiento del contratista y, finalmente, el determinado a través del lugar de ejecución de las obras.

(también, anulando otros proyectos de construcción por las mismas causas, laudo arbitral de 25 de septiembre de 1983, *Journ. Dr. Int.*, 1986, p. 219 y asunto CCI n.° 1803/1972 *Société des Grands Travaux de Marseille vs. Epidc et Gouvernement de Bangladesh*. En Derains, Y. y S. Jarvin. *Recueil des sentences arbitrales de la CCI (1974-1985)*. Kluwer, p. 40).

76 *Vid.* Glavinis, P. *Le contrat international...*, *cit.*, p. 561, Le Gall, J.P. *Fiscalité internationale et exportation: politiques et pratiques*. París: Litec, 1984, pp. 111 y 151, Gianviti, F. «*Le contrôle des changes étranger devant le juge national*». *Rev. Dr. Int. Pr.*, 1980, p. 677 y Norris, T. «*The Fidic Conditions - Fourth edition 1987: price adjustment, contract currencies and rates of exchange*». *I.C.L.R.*, 1989, p. 319. En la jurisprudencia, Sent. *Cour Cass*. francesa de 11 de octubre de 1989 (*Bull. Civ.*, 1989, p. 206).

La aplicación de las normas materiales imperativas de la *lex contractus* podría venir justificada por la remisión integral que realiza la norma de conflicto a ese derecho. Menos problemas plantean las normas materiales imperativas del foro, dada la vinculación del operador jurídico respecto de su legislador (tribunal ordinario) o la necesidad de tener en cuenta la regulación de orden público del Estado de la sede del arbitraje (tribunal arbitral). En cualquier caso, su aplicación pasa por buscar un equilibrio entre el respeto a sus normas materiales imperativas y el favorecimiento de las inversiones extranjeras, introducidas esta vez a través de la contratación internacional para la construcción de obras de ingeniería.

La toma en consideración de las normas materiales imperativas del lugar de ejecución de las obras o del establecimiento del contratista viene determinada por la necesidad de atender a aquellas leyes con las que se halla relacionada la propia ejecución del contrato. El suministro de materiales por el propio contratista, directamente o a través de subcontratación, hace conveniente atender a la ley de su Estado. Lo mismo sucede respecto del derecho urbanístico, a la normativa en materia de permisos y licencias de construcción, el derecho aduanero o el derecho de seguros del lugar donde se proyectan las obras.

7. CONCLUSIONES

En definitiva, el análisis del régimen jurídico de los contratos internacionales de ingeniería a lo largo de este trabajo arroja una serie de conclusiones. En su conjunto, éstas demuestran que este fenómeno jurídico paradigmático ha sabido ajustarse a una realidad que, en muchas ocasiones, adolece de importantes lagunas.

Fundamentalmente, los problemas a los que se enfrentan estos contratos se plasman en la ausencia de una reglamentación específica en

los sistemas nacionales y la falta de idoneidad de los mecanismos de regulación tradicionales.

Ante esta situación, los operadores de este sector del comercio internacional manejan los mecanismos autorreguladores del *ius ingeniorum*. Sin embargo, esta circunstancia no puede considerarse como independiente y autónoma respecto de los derechos estatales. Aunque el grado de desarrollo de este sector de la *lex mercatoria* no puede calificarse de embrionario, lo cierto es que tampoco ofrece una respuesta completa adecuada. Precisamente, por esta razón, la remisión a un derecho estatal sigue constituyendo (1) una necesidad que cubre las lagunas existentes y (2) una garantía de seguridad jurídica para las partes. De ahí la relación de complementariedad entre el *ius ingeniorum*, las normas de conflicto y los diferentes derechos estatales.

Es por ello que, el establecimiento de un sistema conflictual apropiado para estos contratos se presenta, actualmente, como un presupuesto indispensable. Y es que, en este sentido, la cuestión relativa a la determinación de la ley estatal aplicable a los mismos no concurre de manera habitual en la jurisdicción ordinaria. De modo que este problema se ha desviado de la justicia estatal hacia la arbitral, por cuanto la mayoría de supuestos planteados se concentran en manos de los tribunales arbitrales.

Circunstancia que nos lleva a plantear, en su proyección sobre los contratos internacionales de ingeniería, la idoneidad de este sistema convencional conflictual. Sistema que, de acuerdo con los criterios de selección de ley que oferta, dispone como regla general la ley de la sede del contratista y, con carácter excepcional, aquélla del lugar de ejecución de las obras.

De hecho, la solución basada en estos dos criterios, que podemos denominar clásicos, y orientada *ex casu*, es la avalada por la propia práctica arbitral que demuestra que los árbitros, en la determinación del

derecho aplicable a los contratos internacionales de ingeniería en ausencia de pacto, operan en esta línea. En efecto, en su opción por uno de los dos criterios tradicionales, los árbitros contemplan las particularidades concretas de cada caso.

En consecuencia, la aplicación de esta última debería tomarse asumiendo carácter excepcional. No obstante, la escasísima práctica judicial muestra una tendencia a decantarse por la aplicación de la ley del lugar de ejecución de las obras. Alternativa que, además, siempre ha operado tradicionalmente en los contratos internacionales de ingeniería. Razón que nos lleva a lamentar que el Reglamento Roma I haya obviado la conveniencia de que exista una presunción específica relativa a este tipo contractual, tal y como ocurre con otros contratos.

El factor derechos humanos en la polémica sobre la ejecución de laudos anulados

Jorge Luis Collantes González[*]

Sumario: I. Introducción: la relación de un tema arbitral con el derecho internacional de los derechos humanos fundamentales.— II. Un breve recorrido por el reconocimiento y la ejecución de laudos anulados en sede.— 2.1. El derecho internacional convencional.— 2.1.1. El convenio de nueva york de 1958.— 2.1.2. El Convenio de Ginebra.— 2.2. La práctica de los Estados.— 2.2.1. Francia.— 2.2.2. España.— 2.2.3. La no muy pacífica y uniforme jurisprudencia en los Estados Unidos de América.— 2.2.4. Holanda.— III. La disparidad de ordenamientos internos y de criterios sobre las causales de nulidad.— IV. Reflexiones finales.

1. Introducción: la relación de un tema arbitral con el derecho internacional de los derechos humanos fundamentales

A la luz del derecho internacional, el reconocimiento y la ejecución de los laudos arbitrales es un procedimiento mediante el cual un Estado asume la validez de un laudo extranjero. En la práctica, el desenlace de este procedimiento está condicionado por las particularidades de cada

[*] Licenciado en Derecho por la Universidad Internacional de Cataluña (Barcelona). Máster en Derecho internacional público y privado por la *Université de Nice* (Francia). Doctorando en Derecho por la *Université de Perpignan Via Domitia* (Francia).

caso concreto y por la ley de los Estados requeridos a reconocer y ejecutar un laudo, así como por el «margen de maniobra» o «discrecionalidad» que el Convenio de Nueva York de 1958 permite a los órganos jurisdiccionales de los Estados,[1] sin perder de vista el Convenio de Ginebra de 1961, en tanto que este último le hace una alusión directa. La maniobra y discrecionalidad del Convenio de Nueva York son importantes retener de cara al tema que nos ocupa.

Abordar el reconocimiento y la ejecución de los laudos arbitrales anulados en la sede del procedimiento arbitral, en perspectiva de derechos humanos, se justifica en una triple perspectiva: la de las partes, la de los árbitros y la de los Estados.

En primer lugar, en líneas generales, al arbitraje en sentido amplio no solamente acuden las sociedades mercantiles sino también personas físicas. Pues, el arbitraje aparece no solamente en el ámbito comercial internacional sino también en otros ámbitos, como en las relaciones laborales y sus eventuales conflictos o como en el derecho de las inversiones internacionales, donde es reconocido que el inversor puede ser una persona física[2] y donde cabe recordar que no todos los arbitrajes de inversiones ocurren en el ámbito Ciadi, a la vez que no a todos los

---

1 Cremades, Bernardo. «Los Convenios de Nueva York y Ginebra: reconocimientos y ejecución del laudo anulado en sede». *VV.AA. Arbitraje comercial y arbitraje de inversión*. Lima, 2009, tomo 2, p. 290.

2 El artículo 1 del Modelo de BIT de Canadá de 2004 dice que «*For the purpose of this Agreement, …investor of a Party means, in the case of Canada: … (ii) a national or an enterprise of Canada, that seeks to make, is making or has made an investment; in the case of …; that seeks to make, is making or has made an investment and that does not possess the citizenship of Canada*». El artículo 1 del Modelo de BIT alemán de 2008 dice que «*the term "investor" means (a) in respect of the Federal Republic of Germany: any natural person who is a German within the meaning of the Basic Law of the Federal Republic of Germany or a national of a Member State of the European Union or of the European Economic Area…*». El artículo 1 del Modelo de TBI de Estados Unidos de 2012 dice que por «*investor of a Party*» se entenderá «*a Party or State enterprise thereof, or a national or an enterprise of a Party, that attempts to make, is making, or has made an investment in the territory of the other Party;*

arbitrajes de inversiones les es aplicable el artículo 54.1 del Convenio de Washington de 1965, que impone una obligación de ejecutar[3] sin reconocimiento previo por las jurisdicciones.

En segundo lugar, en la práctica, las decisiones arbitrales no las realizan entes abstractos o personas jurídicas, como pueden ser las instituciones arbitrales, sino que los laudos son emitidos por personas humanas. Los laudos son el fruto de razonamientos, deliberaciones y votaciones libres. En este sentido, si los derechos de los árbitros, en tanto personas humanas, son objeto de discriminación o limitaciones por las leyes del Estado sede, parecería cuestionable que los demás Estados deban asumir la nulidad decretada por el Estado sede si sus poderes públicos anulan un laudo por razones como, por ejemplo, el género, la religión, la nacionalidad o la etnia de los árbitros.

En tercer lugar, la presencia del Estado a lo largo de la vida de un arbitraje nos hace pensar en que esta presencia debe tener presente que el respeto a los derechos fundamentales de la persona humana es una obligación para los Estados en el derecho internacional contemporáneo, incluso bajo sanción de responsabilidad internacional. Esta obligación del Estado no puede dejarse de lado en el ámbito del arbitraje por distintas razones, como las siguientes: a) los Estados son quienes elaboran las leyes que rigen los procedimientos arbitrales, los requisitos para ser árbitro, las causales de nulidad que tienden a proteger su orden público e, incluso, el ordenamiento aplicable al fondo del asunto en los casos en los que este ordenamiento es una ley estatal; b) mediante la actuación de sus poderes públicos, el Estado entra en escena en distintos momentos de la vida de un arbitraje, empezando por el nombramiento de árbitros

---

provided, however, that a natural person who is a dual national shall be deemed to be exclusively a national of the State of his or her dominant and effective nationality».

[3] Dice «Todo Estado Contratante reconocerá al laudo dictado conforme a este Convenio carácter obligatorio y hará ejecutar dentro de sus territorios las obligaciones pecuniarias impuestas por el laudo como si se tratare de una sentencia firme dictada por un tribunal existente en dicho Estado».

en algunas circunstancias, hasta la nulidad o ejecución del laudo. Ésta es una realidad que se da incluso en Estados no democráticos.

Y en cuarto lugar, la misma locución de «arbitraje internacional» hace referencia al derecho internacional y ello no podría hacernos dejar de analizar los derechos de las partes y los derechos de los árbitros en tanto personas humanas, ni olvidar el papel de los Estados como sujetos de obligaciones internacionales; sino que, por el contrario, el «arbitraje internacional» evidencia una institución ajena a una concepción cerradamente doméstica de la disciplina. En este contexto, un procedimiento de exequátur permite la entrada en juego de aspectos no ajenos al derecho internacional de los derechos humanos, como: a) el *imperium* del Estado, b) las causales de nulidad propias de ordenamientos internos que recaen sobre personas, y c) factores particulares que por sí mismos pueden ser violatorios de los derechos humanos como parcialidad judicial o falta de independencia de la justicia estatal; lo que despierta la siguiente pregunta: ¿ampara el derecho internacional la nulidad de un laudo cuando la nulidad dictada puede, por sí misma, apartarse del derecho internacional de los derechos humanos?

2. UN BREVE RECORRIDO POR EL RECONOCIMIENTO Y LA EJECUCIÓN DE LAUDOS ANULADOS EN SEDE

Es asumido que para que un laudo sea declarado nulo, se hace necesario un procedimiento de nulidad. Esta nulidad se plantea ante el Estado sede del arbitraje. Bajo esta premisa, la nulidad dictaminada por la justicia del Estado bajo cuya ley se rige un procedimiento arbitral determinado, es la que convertiría en inejecutable a un laudo por ser nulo y, como tal, inexistente.

Sin embargo, aun cuando un laudo ha sido declarado nulo bajo la ley del Estado sede, en una macro perspectiva de derecho comparado es perceptible una tendencia a desconocer la nulidad dictaminada por

el Estado sede del arbitraje, en el sentido de que la justicia de un tercer Estado acaba reconociendo el laudo y permitiendo su ejecución.

Para unos, se puede reconocer y ejecutar un laudo anulado en el Estado sede; y, para otros, esta situación es jurídicamente imposible bajo el razonamiento de que si un arbitraje se rige por la ley de un Estado, entonces solamente el Estado de la sede del arbitraje puede anularlo. A la lógica de esta postura se une un reclamo de seguridad jurídica y de mutua confianza entre los Estados.

Asimismo, en la posibilidad de reconocer y ejecutar un laudo declarado nulo por el Estado sede del arbitraje, se hace presente la concepción de que el arbitraje es deslocalizado, por lo que la nulidad decretada por el Estado sede de un procedimiento arbitral es irrelevante.

2.1. El derecho internacional convencional

2.1.1. El Convenio de Nueva York de 1958

En una primera lectura del Convenio de Nueva York, se aprecia que este tratado podría dar juego a la polémica de dar lugar a la defensa de las dos posturas planteadas, una que permite la ejecución de laudos nulos y otra que la rechaza.

En efecto, por un lado, el artículo v.1 señala que:

> *Sólo se podrá denegar* el reconocimiento y la ejecución de la sentencia,[4] a instancia de la parte contra la cual es invocada, si esta parte prueba ante la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución:
> [...]

[4] Léase «laudo arbitral».

e) Que el laudo no es aún obligatorio para las partes o ha sido anulado o suspendido por una autoridad competente del país en que, o conforme a cuya ley, ha sido dictado ese laudo.

Pero, por otro lado, el artículo VII.1 del Convenio no priva a ninguna de las partes litigiosas de intentar hacer valer un laudo arbitral en aplicación de la legislación o los tratados más favorables a la ejecución del laudo, sino que, más bien, el Convenio habla de «derechos», en los siguientes términos:

> Las disposiciones de la presente Convención no afectarán la validez de los *acuerdos multilaterales o bilaterales relativos al reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales* concertados por los Estados Contratantes ni privarán a ninguna de las partes interesadas de *cualquier derecho* que pudiera tener a hacer valer una sentencia arbitral en la forma y medida admitidas por la legislación o los tratados del país donde dicha sentencia se invoque.

Al respecto, Fernando Mantilla-Serrano[5] señala que con el fin de facilitar el reconocimiento y ejecución de laudos, la Convención de Nueva York de 1958 asumió tres principios rectores. En primer lugar, el de *presunción de validez y ejecutoriedad del laudo arbitral*, ya que el artículo III de la Convención obliga a los Estados parte, como cuestión de principio, a reconocer y ejecutar los laudos arbitrales cubiertos por la Convención.[6] En segundo lugar, el Convenio de Nueva York estableció el *principio de excepcionalidad*, mediante el cual sólo excepcionalmente

---

5 «Algunos apuntes sobre la ejecución de los laudos anulados y la Convención de Nueva York». *Revista Colombiana de Derecho Internacional*, 2009, n.º 15, p. 21.

6 «Cada uno de los Estados Contratantes reconocerá la autoridad de la sentencia arbitral y concederá su ejecución de conformidad con las normas de procedimiento vigentes en el territorio donde la sentencia sea invocada, con arreglo a las condiciones que se establecen en los artículos siguientes. Para el reconocimiento o la ejecución de las sentencias arbitrales a que se aplica la presente Convención, no se impondrán condiciones apreciablemente más rigurosas, ni honorarios o

podría negarse el reconocimiento o ejecución. Pues, el uso de la forma potestativa demuestra que, ni siquiera en presencia de los casos previstos en el artículo v de la Convención, el juez del Estado al que se requiere la ejecución está obligado a rechazar el reconocimiento y ejecución del laudo. Y, en tercer lugar, consagró el *principio de favorabilidad* (artículo vii), mediante el cual se permite obviar la aplicación de la Convención cuando exista una norma jurídica más favorable al reconocimiento y ejecución del laudo.

En todo caso, cabe recordar que el Convenio de Nueva York no es un tratado internacional de derechos humanos fundamentales equiparable al Pacto de Derechos Civiles y Políticos, al Convenio de Roma de Derechos y Libertades Fundamentales o al Convenio Interamericano de Derechos Humanos en la dimensión de los derechos humanos de éstos; pero hay que tener en cuenta que, por un lado, alude a tratados internacionales y a los «derechos» de las partes y que, por otro lado, es susceptible de interpretación bajo la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados.

2.1.2. El Convenio de Ginebra

El artículo ix.1 del Convenio de Ginebra, bajo la rúbrica de *Declaración como nula de la sentencia arbitral*, estima unas causales de denegación de ejecución tasadas en los siguientes términos:

> La anulación en uno de los Estados contratantes de un laudo arbitral amparado por el presente Convenio constituirá causa de denegación […] de dicho laudo en otro Estado contratante, sólo en el caso de que tal anulación se hubiere llevado a efecto en aquel Estado en el cual o conforme a cuya ley fue pronunciado el fallo arbitral y ello por una de las siguientes razones:

---

costas más elevados, que los aplicables al reconocimiento o a la ejecución de las sentencias arbitrales nacionales».

> a) Las partes en el acuerdo o compromiso arbitral estaban, con sujeción a la ley a ellas aplicable, *afectadas de una incapacidad de obrar*, o dicho acuerdo o *compromiso no era válido* con arreglo a la ley a la cual lo sometieron las partes o, en caso de no haber indicación al respecto, conforme a la ley del país en donde se dictó el laudo; o
>
> b) La parte que pide la anulación del laudo no había sido informada debidamente sobre el *nombramiento del árbitro* o sobre el *desarrollo del procedimiento arbitral*, o le había sido *impossible* […] *hacer valer sus alegaciones o recursos*; o
>
> c) El laudo se refiere a una *controversia no prevista* en el compromiso arbitral o no incluida dentro de lo establecido en la cláusula compromisoria; o contiene decisiones sobre *materias que sobrepasen los términos del compromiso arbitral* de la cláusula compromisoria, entendiéndose, empero, que si las resoluciones del laudo que versen sobre cuestiones sometidas al arbitraje, puedan ser separadas o disociadas de aquellas otras resoluciones concernientes a materias no sometidas al arbitraje, las primeras podrán no ser anuladas, o
>
> d) La *constitución o composición del tribunal* de árbitros o el *procedimiento arbitral* no se ha ajustado al acuerdo o compromiso entre las partes o, no habiendo existido tal acuerdo o compromiso, a lo establecido en el artículo IV del presente Convenio.[7]

Asimismo, el Convenio de Ginebra restringe el antes citado artículo v.1.e) del Convenio de Nueva York antes visto, en tanto que dice (artículo IX.2):

> En las relaciones entre aquellos Estados contratantes que sean al mismo tiempo Partes en el Convenio de Nueva York […], el párrafo 1 del presente artículo viene a restringir la aplicación del

[7] Articulo referido a la organización de un arbitraje.

> artículo v, párrafo 1.e) del Convenio de Nueva York únicamente en los casos de anulación expuestos en dicho párrafo 1.

2.2. La práctica de los Estados

2.2.1. Francia

En el escenario jurisprudencial comparado, Francia se erigió como el paradigma de la ejecución de laudos anulados en la sede del procedimiento arbitral.

El conocido *Asunto Hilmarton* suele ser una jurisprudencia de referencia al respecto, si bien ya con anterioridad los tribunales franceses habían anticipado la posibilidad de que un laudo anulado por la justicia del Estado sede del arbitraje podía ser ejecutado en Francia si la ley francesa fuese más favorable a la ejecución.

Como antecedente, importa decir que en el *Asunto Jolasry,* mediante sentencia de 10 de marzo de 1983, ya la Corte de Casación señaló, sobre la base del Código Procesal Civil (CPC),[8] que:

> […] el juez francés no puede denegar la ejecución, cuando el laudo ha sido anulado o suspendido por una autoridad competente del país en el cual ha sido proferido, con base en una causal que no forma parte de las enumeradas en el artículo 1502 CPC, aun cuando esté prevista por el artículo v.1(e) de la Convención de 1958 [...].[9]

En el *Asunto Norsolor,* un laudo austriaco fue anulado parcialmente mediante sentencia de la Corte de Apelación de Viena de 29 de enero

---

[8] Téngase en cuenta que el 2011, Francia hizo una reforma de su legislación arbitral regulada en el Código de Procedimiento Civil, por lo que los preceptos aquí citados están referidos a un texto antes de la reforma.

[9] Traducción extraída de Mantilla-Serrano, *Algunos… Op. cit.*, p. 23.

de 1982. En este caso, la Corte de Casación francesa, mediante sentencia de 9 de octubre de 1984, señaló que el juez francés ejecutor del laudo, es el llamado a:

> [...] investigar, incluso de oficio, si el derecho francés no permite a la parte que se ve beneficiada por el laudo a prevalerse del mismo.[10]

Años más tarde, en el *Asunto Hilmarton*, la justicia francesa homologó y permitió la ejecución de un laudo arbitral que había sido declarado nulo por la justicia suiza, sede del arbitraje. En sentencia de 23 de marzo de 1994, la Corte de Casación francesa expuso que:

> El laudo dictado en Suiza es un laudo internacional que no se encuentra integrado al sistema jurídico de ese Estado, de tal manera que su existencia permanece establecida pese a su anulación, y su reconocimiento en Francia no es contrario al orden público internacional [...].[11]

Ya en el presente milenio, la Corte de Apelaciones de París, mediante su sentencia de 29 de septiembre de 2005 sobre el *Asunto de la Sociedad Internacional Betchel vs. Dirección General de Aeronaútica Civil (DAC)*, reconoció un laudo arbitral emitido en Dubai y que había sido anulado en sede. Con contundencia indicó que:

> [...] la exigencia reivindicada por la DAC de agotar todos los recursos legales en el país de origen [del laudo] antes de otorgarle el reconocimiento y ejecución en Francia es incompatible con los principios fundamentales del arbitraje [en Francia], tal como lo prevén los artículos 1498 y siguientes del CPC [...] los cuales persiguen la eliminación de obstáculos a la circulación internacional de laudos arbitrales al no considerar la anulación

[10] Traducción extraída de Mantilla-Serrano, *Idem*, pp. 22-23.
[11] Traducción extraída de Mantilla-Serrano, *Idem*, p. 24.

> del laudo en el Estado de origen como una causal para negarle el exequátur [...].[12]

Y, además, enfatizó que:

> [...] las decisiones judiciales proferidas como resultado de un procedimiento de anulación de laudo, al igual que aquéllas relativas al exequatur, no producen efectos Internacionales, puesto que esas decisiones sólo conciernen a un poder soberano concreto y el territorio donde éste se ejerce [...].

Asimismo, la sentencia de la Corte de Casación de 29 de junio de 2009 sobre el *Asunto Petrubali vs. Rena Holding*, subrayó que:

> El laudo internacional, que como tal no hace parte de ningún sistema jurídico estatal, es una decisión de justicia de carácter internacional cuya validez debe ser apreciada según las normas aplicables en el país en el cual se pide su reconocimiento o ejecución; […] en aplicación del artículo VII de [la Convención], la compañía Rena Holding tenía derecho a invocar en Francia el laudo […] dictado en Londres […], y a prevalerse de las disposiciones del derecho francés de arbitraje internacional que no contempla la anulación del laudo en el país de origen como motivo de rechazo del reconocimiento y ejecución del laudo dictado en el extranjero [...].[13]

2.2.2. España

El tema de la ejecución de un laudo anulado en el Estado sede no se ha planteado en la práctica en todas sus dimensiones, si bien es interesante un auto de 11 de junio de 2007 del Juzgado de Primera Instancia de Rubí, el cual asumió que el mero hecho de que una acción de anulación esté pendiente en Francia, no era razón suficiente para denegar el exequátur a un laudo arbitral.

---

[12] Traducción extraída de Mantilla-Serrano, *Idem*, pp. 25-26.

[13] Traducción parcialmente extraída de Mantilla-Serrano. *Idem*, p. 27.

En realidad, el auto en cuestión no dilucida exactamente nuestro tema, ya que no se pronunció sobre la ejecución de un laudo anulado sino sobre un laudo (emitido en el marco de la CCI) que en ese momento estaba en vías de ser declarado, o no, nulo.[14]

En este auto, interesantemente no se asume una postura que pueda hacer pensar que la anulación de un laudo en sede extrapola la nulidad por sí misma a los demás Estados de la comunidad internacional, sino que, por el contrario, el auto habla, al referirse al Convenio de Nueva York, como un *sistema que permite instar el reconocimiento del laudo en varios Estados* al señalar que:

> [...] el sistema diseñado por el Convenio de Nueva York permite [...] instar varios procedimientos de homologación, y subsiguientes procedimientos de ejecución, de un mismo laudo arbitral, en distintos Estados miembros, *con el único límite* de no percibir, en el conjunto de las ejecuciones, una cantidad mayor a la total de la condena arbitral —caso en el que la parte condenada podría aducir tal circunstancia en el procedimiento de ejecución correspondiente—; dicho límite derivaría del principio general que rige en materia de obligaciones que prohíbe cobrar dos veces la misma deuda.

En relación al Convenio de Nueva York y la ejecución de laudos extranjeros en el marco legislativo, mediante el artículo 46.2 de la Ley de Arbitraje, dedicado al carácter extranjero del laudo y las normas aplicables, el legislador ha dejado la puerta abierta a la posibilidad de homologar y ejecutar un laudo anulado en sede. En este sentido, el citado precepto indica que:

> El exequátur de laudos extranjeros se regirá por el Convenio sobre reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras, hecho en Nueva York, el 10 de junio de 1958, *sin*

[14] *Vid*. El comentario de Elena Gutiérrez García de Cortázar en *Spain Arbitration Review*, 2009, vol. 4, pp. 141 y ss.

> *perjuicio de lo dispuesto en otros convenios internacionales más favorables a su concesión*, y se sustanciará según el procedimiento establecido en el ordenamiento procesal civil para el de sentencias dictadas por tribunales extranjeros.

Este parecer del legislador no es más que una reafirmación de la entrada en juego de los tratados internacionales previsto en la Constitución española, cuyo artículo 96.1 reconoce que los tratados son «parte del ordenamiento interno», añadiendo que éstos se pueden derogar, modificar o suspender «en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del derecho internacional».

2.2.3. La no muy pacífica jurisprudencia en los Estados Unidos de América

En los Estados Unidos de América hay casos que llaman la atención en la doctrina, a la hora de abordar el reconocimiento de los laudos anulados en sede, por cuanto dan lugar a una jurisprudencia contradictoria. En este sentido, el *Asunto Chromalloy* y el *Asunto Termorío* se presentan como extremos opuestos, y a medio camino hay otros asuntos que merecen atención.

En el *Asunto Chromalloy*, la compañía de servicios aéreos Chromalloy solicitó, en Estados Unidos que se reconozca y ejecute un laudo emitido en Egipto; y, posteriormente, anulado por la justicia egipcia. Sin embargo, la Corte del Distrito de Columbia, mediante decisión de 31 de julio de 1996, aprobó la ejecutoriedad del laudo anulado, en vista de que, por un lado, las partes habían renunciado a presentar recursos; y, por otro lado, porque bajo el artículo VII del Convenio de Nueva York el laudo proveniente de Egipto era ejecutable en virtud de la *Federal Arbitration Act*.

Otro caso de interés lo encontramos en el *Asunto Baker Marine*. En este caso, la pretensión de obtener homologación y ejecución tras anulación en Nigeria, no prosperó en Estados Unidos. Es así que el

12 de agosto de 1999, la Corte de Apelaciones del Segundo Circuito decidió negar el exequátur; y argumentó su negativa en el hecho de que —a diferencia de lo que ocurrió en el *Asunto Chromalloy*— las partes no habían pactado una renuncia a los recursos, con lo que —entendió la Corte— las partes se sometían a toda posibilidad prevista por el derecho de Nigeria, incluyendo la declaración de nulidad del laudo, que fue lo que había ocurrido.

Asimismo, en el *Asunto Pertamina,* la Corte de Apelaciones del Quinto Circuito, mediante su decisión de 18 de junio de 2003, sentenció que:

> [...] como juez de la ejecución, [las cortes de Estados Unidos] gozan de discreción bajo la Convención para ejecutar un laudo independientemente de que haya sido anulado en otro país, discreción que ya han ejercido en el pasado [...].[15]

Hasta aquí parecería que en Estados Unidos existiría una jurisprudencia más o menos constante o con dirección clara en la materia que tratamos, si bien ya el *Asunto Baker Marine* despertó críticas, por cuanto se le consideraría un antecedente de la jurisprudencia acaecida en el *Asunto Termorío*, que es precisamente opuesta a la jurisprudencia de los asuntos *Chromalloy* y *Pertamina*.

En el *Asunto Termorío* hubo dos decisiones judiciales en Estados Unidos sobre la pretensión de hacer valer un laudo emitido en un litigio arbitral bajo ley colombiana. En este caso, la instancia estatal colombiana competente; esto es, el Consejo de Estado colombiano, había anulado un laudo emitido en un procedimiento que enfrentó a las compañías Termorío y Electranta. En ambas decisiones judiciales estadounidenses se rechazó reconocer y ejecutar el laudo anulado en Colombia.

---

[15] Traducción extraída de Mantilla-Serrano. *La ejecución... Op. cit.*, p. 31.

Respecto de la primera decisión judicial, el tribunal de Distrito de Columbia que conoció sobre el asunto, mediante decisión de 17 de marzo de 2006, denegó el reconocimiento del laudo. En su decisión, el tribunal subrayó la vigencia del pacto de renuncia a recursos que se había dado en el *Asunto Chromalloy*, lo cual no existía en el presente caso.

Asimismo, la primera decisión judicial sobre el *Asunto Termorío* presenta aspectos interesantes que han llevado a los publicistas a señalar que esta jurisprudencia no necesariamente conllevaría a una «muerte» de la jurisprudencia recaída en el *Asunto Chromalloy.* En este sentido, Eduardo Zuleta extrae interesantes observaciones.

En primer lugar, el tribunal mantiene la interpretación del carácter potestativo del artículo v.1.e de la Convención de Nueva York, por lo que el juez no estaría en la obligación de negar el reconocimiento de un laudo por el mero hecho de haber sido anulado con un tribunal extranjero. Así, pues, si una decisión de anulación violaría el orden público de Estados Unidos, entonces el juez sí que podría dar el exequátur del laudo anulado. En segundo lugar, la decisión sugiere que el resultado pudo ser otro si las partes hubieran pactado la conformidad con el laudo desterrando los recursos; pues, si éste hubiera sido el caso, el recurso de anulación podría verse considerado como contrario al orden público de los Estados Unidos.[16]

De esta manera percibimos que Zuleta apunta a que la mera negativa del tribunal que conoció en primera instancia la solicitud de exequátur del *Asunto Termorío*, no podría ser interpretada como el final de toda posibilidad de reconocimiento en Estados Unidos, de laudos anulados en terceros países, básicamente porque los hechos y circunstancias originarias eran diferentes.[17]

---

[16] Citado por Rivera, J. «Ejecución de un laudo anulado». En Castillo Freyre, M. (coord.) *et al, Libro Homenaje a Felipe Osterling Parodi.* Lima: Palestra, 2008, p. 2009.

[17] *Idem*, p. 2010.

En segunda instancia, el *Asunto Termorío* dio lugar a la decisión de 25 de mayo de 2007 de la Corte de Apelaciones del Distrito de Columbia. Esta decisión —que persiste en denegar la homologación y ejecución del laudo— ha sido objeto de interesantes observaciones. En este sentido, Fernando Mantilla-Serrano estima que esta jurisprudencia «ahonda en la confusión» por cuanto —y estimamos oportuno reproducir íntegramente—:

1. Ninguna mención es hecha al artículo VII de la Convención de Nueva York, ni siquiera para desestimar su aplicación.
2. La Corte de Apelaciones retoma y erige en máxima la «localización» del arbitraje, afirmando que bajo la citada Convención «el elemento crítico es el lugar del arbitraje». La Corte pasa por alto que la Convención data de 1958 y que la preeminencia que entonces tenía el lugar del arbitraje ha disminuido considerablemente en la práctica arbitral actual.
3. Razona esencialmente en términos de reconocimiento de la decisión judicial que ha anulado el laudo, y no en términos de reconocimiento del laudo arbitral, tal como lo manda la Convención de Nueva York. Así, se puede leer, no sin cierto asombro, que para desechar el carácter «facultativo» de los artículos V y VI de la Convención, la Corte afirma que «[...] la decisión de reconocer o no un laudo que no ha sido anulado en el país donde se dictó es completamente diferente de la decisión de ignorar la determinación de un tribunal competente de otro Estado [...]».
4. De hecho, el nuevo *test* creado por *Termorío* parece requerir: (i) que el juez que anuló el laudo sea competente, (ii) que en el trámite de la nulidad se haya respetado el debido proceso, y (iii) que el fallo aportado sea «auténtico» (es decir, que no se trate de un documento falso). Satisfechos estos requisitos, el laudo anulado en su país de origen no debe ser reconocido en Estados Unidos o, para razonar como lo hace la Corte de Apelaciones, la decisión del Juez del lugar del arbitraje no debe ser cuestionada.

5. Aunque la Corte de Apelaciones quiere distinguir el caso *Termorío* del asunto *Chromalloy* (en principio, porque en *Termorío* las partes no renunciaron a los recursos contra el laudo), ésta omite pronunciarse sobre las implicaciones del compromiso contractual de cumplir el laudo y la renuncia a los recursos [...] del Reglamento de la CCI (el arbitraje *Termorío* era un arbitraje CCI). Todos sabemos que en virtud de su mención en el convenio arbitral, el reglamento escogido entra a formar parte del contrato entre las partes.
6. Bajo los criterios fijados por la Corte de Apelaciones en *Termorío*, un laudo arbitral —dictado en un arbitraje institucional en cuyo reglamento (pero, no en el convenio arbitral propiamente dicho) las partes hayan renunciado a recurrir el laudo— que haya sido anulado en el país donde fue dictado (por ejemplo, por no haberles tomado juramento a los testigos, *i.e.*, caso *Bechtel —Revue de l'Arbitrage*, 695 (2006)—, o podríamos imaginar un motivo más absurdo como no haber utilizado los árbitros toga y peluca en las audiencias o, como en *Termorío*, por no reconocerse la libertad de las partes de acudir a un arbitraje institucional), pero cuya nulidad sea el resultado de una decisión de un juez competente y fruto de un procedimiento en el que se haya respetado el debido proceso, no debería entonces ser reconocido/ejecutado en Estados Unidos.
7. Al contrario, y aplicando *Chromalloy*, si las partes han renunciado a los recursos contra el laudo, pero éste termina siendo anulado en el país sede del arbitraje porque, digamos, se pretermitió el procedimiento pactado por las partes o porque los árbitros laudaron sin que existiera convenio arbitral, ese laudo sí debería ser reconocido en Estados Unidos.[18]

Pero más allá de estas críticas, sobre todo en lo referido a centrarse en la declaración de nulidad del Estado sede, importa subrayar que la jurisprudencia *Termorío* implica que si bien un laudo anulado no existe, a la vez admite que la declaración de nulidad hecha por el Estado

[18] *La ejecución de los laudos… Op. cit.,* pp. 32-33.

sede, podría desconocerse por la justicia de terceros Estados si es que tal pronunciamiento fuere contrario a la decencia y la moral. Este parecer rescata, aun en las circunstancias que describe Fernando Mantilla-Serrano, que la jurisprudencia en cuestión no descarta toda posibilidad de ejecutar un laudo anulado, sino que más bien —intentando leer entre líneas— parece que la restringe para casos muy focalizados, desde donde, a través de posteriores pronunciaciones, la jurisprudencia de los Estados Unidos podría ser clarificada y no quedar presta a la confusión arriba descrita.

2.2.4. Holanda

La sentencia de 28 de abril de 2009 de la Corte de Apelaciones de Amsterdam resulta interesante, en la medida en que pone sobre la mesa académica la interrogante de si la justicia de un Estado queda obligada a asumir ciegamente toda decisión judicial extranjera, excluyendo la posibilidad de valorar circunstancias particulares en el funcionamiento de una justicia extranjera.

En esta sentencia, la Corte de Apelaciones se inclinó por creer que la anulación de laudos por la justicia rusa podría ser consecuencia de una administración de justicia parcializada y falta de independencia. Bajo esta consideración, la Corte de Apelaciones ha estimado que decisiones judiciales de estas características no podían ser asumidas en Holanda.[19]

---

[19] «*Since it is very likely that the judgments by the Russian civil judge setting aside the arbitration decisions are the result of a dispensing of justice that must be qualified as partial and dependent, said judgments cannot be recognized in the Netherlands*». Véase al respecto, VAN DER VERH, Albert. «*Enforcement of Arbitral Awards Annulled in Russia*». *Journal of International Arbitration.* 27(2) 2010, pp. 179 y ss. También véase, sobre este caso en el Tribunal Supremo holandés, VAN GALEN *et al,* «*Supreme Court decision in Yukos case: implications for enforcement of international arbitral awards in The Netherlands*», 2010. En http://documents.lexology.com/8ec6d51a-587f-43b9-83e9-1fd536a58850.pdf.

Independientemente de que se pueda o no estar de acuerdo con el parecer de la justicia holandesa, en este caso concreto respecto a la justicia del país que ha dictaminado la nulidad, el razonamiento del tribunal holandés abre las puertas a plantear interrogantes en materia de derechos humanos fundamentales; en tanto que —afinando la pregunta— si una justicia estatal imparcial o falta de independencia ¿puede (o debe) desplegar efectos perpetuando o «extraterritorializando» la parcialidad y dependencia de sus órganos judiciales fuera de sus fronteras nacionales subordinando a la justicia de los demás Estados?

3. La disparidad de ordenamientos internos y de criterios sobre las causales de nulidad

Escribir que la disparidad de legislaciones genera incertidumbres en un mercado global es una descripción necesaria. Pues, no es infrecuente encontrar percepciones del derecho totalmente centradas al ámbito doméstico en la práctica de las distintas áreas jurídicas.

En lo que a causales de nulidad de laudos se trata, una disparidad de ordenamientos puede dar lugar a un pluralismo jurídico dentro del escenario mundial donde discurre el arbitraje, ya que si bien es cierto que la Ley Modelo Uncitral indica causales de nulidad que son identificables en los ordenamientos internos, también es cierto que las causales para anular un laudo pueden variar en mayor o menor medida desde una macro perspectiva de derecho comparado y de criterios de interpretación.

La disparidad, vista en macro perspectiva, no solamente puede ser una cuestión de diferencia de leyes (disparidad de legislaciones), sino que también puede ser consecuencia de razonamientos judiciales diferentes a la hora de interpretar el artículo VII.1 del Convenio de Nueva York (disparidad jurisprudencial), sobre todo en Estados donde la formación y actualización de los jueces no es la más esmerada en arbitraje

y/o en derecho internacional, o en Estados donde el arbitraje todavía puede dar lugar a reticencias por parte de su judicatura; lo cual conllevaría a que —a la hora de conceder o denegar un exequàtur— se tienda a empatizar con la nulidad decretada en el Estado sede (por el mero hecho de ser una decisión estatal) priorizándola como si una decisión estatal sobre el laudo (y no el laudo) fuese el objeto del procedimiento de exequátur a la vez que relegando el laudo a segundo plano.

En lo que a la interpretación del Convenio de Nueva York concierne, Uncitral plantea un criterio de interpretación que conduciría a un efecto de libre circulación del laudo, al haberse pronunciado en perspectiva procesal y de interpretación de tratados internacionales a través de su *Recomendación relativa a la interpretación del párrafo 2) del artículo II y del párrafo 1) del artículo VII de la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, hecha en Nueva York el 10 de junio de 1958* (2006).[20]

La Recomendación de Uncitral mantiene presente el criterio del objeto y fin para la interpretación de los tratados internacionales previsto en la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969,[21] al ver que uno de los objetivos de la Convención de Nueva York es el de:

> [...] permitir la ejecución de sentencias arbitrales extranjeras en la mayor medida posible, en particular reconociendo *el derecho de cualquier parte interesada a acogerse a las leyes o los tratados del país* donde la sentencia se invoque, incluidos los casos en que

[20] No hay que perder de vista que cuando se crea Uncitral en el seno de Naciones Unidas, mediante la Resolución n.° 2205 (XXI) de la Asamblea General de 17 de diciembre de 1966, la misma Asamblea General reconoció la «existencia de *disparidades entre las leyes nacionales*».

[21] La regla general de interpretación de tratados en el artículo 31.1 dice que: «Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y *teniendo en cuenta su objeto y fin*».

> dichas leyes o tratados ofrezcan un régimen más favorable que el de la Convención.

Asimismo y considerando necesario «promover» el reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales, Uncitral expresamente recomienda que el artículo VII.1 del Convenio de Nueva York se aplique «de forma que permita a toda parte interesada acogerse a los derechos que puedan corresponderle, en virtud de las leyes o los tratados del país donde se invoque el acuerdo de arbitraje, para obtener el reconocimiento de la validez de ese acuerdo de arbitraje».

En un contexto procesal, bajo los criterios de Uncitral, los Estados a los que se solicita el exequátur de un laudo anulado en sede no quedan vinculados a la nulidad en el Estado sede, sino que más bien se permite una apertura de puertas a toda la gama de derechos ofrecidos por el derecho interno y los tratados internacionales que vinculan al Estado en donde se pretenda ejecutar un laudo extranjero.

4. Reflexiones finales

Un recorrido por la jurisprudencia y la bibliografía a la que ha dado lugar el tema de la ejecución de laudos anulados, permite hacer las siguientes reflexiones en perspectiva de derechos humanos fundamentales.

En primer lugar, un libre examen del laudo por parte de cada jurisdicción ante la cual se pretenda homologar y ejecutar, aparece como un ejercicio de soberanía *condicionado* al Convenio de Nueva York, el cual si bien no es un tratado de derechos humanos, sí que permite a cada Estado desvincularse de desconsideraciones a los derechos humanos fundamentales y/o hechos internacionalmente ilícitos perpetrados por terceros Estados que han dado lugar a una nulidad de laudo en sede.

En segundo lugar, con esta desvinculación, se permite la entrada en juego de una regla metodológica en la interpretación de tratados: la del «efecto útil». Pues, bajo esta regla, quien interprete un tratado, debe suponer que los autores del tratado han elaborado una disposición para que sea aplicada.[22]

En tercer lugar, en atención al objeto y fin del Convenio de Nueva York, un examen del laudo, del procedimiento arbitral y del convenio arbitral por el Estado donde se pretenda ejecutar un laudo, dejando de lado valoraciones sobre una nulidad decretada en el Estado sede, evita que un desconocimiento o menoscabo de derechos y libertades fundamentales en el Estado sede acabe cobrando «extraterritorialidad» sobre la faz de la Tierra. De esta manera, una nulidad de laudo motivada —sea tanto de facto como *de iure* en el derecho interno—[23] por circunstancias recaídas en la persona de las partes o del árbitro (como su etnia, género, religión, opinión política, origen nacional) no contamina la vida del laudo, el cual, al fin y al cabo, encierra la justicia obtenida tras un proceso.

En cuarto lugar, el árbitro puede ser objeto de una discriminación contraria al derecho internacional de los derechos humanos cuando, por ejemplo, un laudo es anulado en la sede del arbitraje por el género del árbitro, étnia, credo, etc. En este escenario parece difícil recordar alguna legislación estatal que expresara en el sentido de que «no se reconocerán las nulidades de laudos arbitrales extranjeros, si la nulidad se funda en motivos discriminatorios en relación a la figura del árbitro». En el escenario del derecho internacional de los derechos humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 prohíbe las distinciones por «raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento

---

[22] Dailler, P., M. Forteau y A. Pellet. *Droit international public.* París: LGDJ, 2014, p. 288.

[23] No cerremos nuestras perspectivas pensando en ordenamientos de Estados cercanos y pensemos en la diversidad legislativa de los Estados en sentido amplio.

o cualquier otra condición social» e impone a los Estados «respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción»; y, en el arbitraje, los árbitros no están sujetos a la jurisdicción del Estado donde se pretende homologar y ejecutar el laudo que han dictado, lo cual puede plantear interrogantes.

Aquí se acentúa una realidad: examinar la discriminación del árbitro por el Estado sede del arbitraje podría ser o no possible, dependiendo de los instrumentos que cada ordenamiento interno del Estado podría manejar. En cambio, si la justicia de los Estados valora el laudo extranjero a homologar sin considerar la nulidad en el Estado sede, simplemente en sintonía con los tratados internacionales, se superarían eventuales problemas técnicos de derecho procesal interno, y la discriminación del árbitro en el Estado sede no plantearía problemas.

En quinto lugar, es interesante la jurisprudencia holandesa que pone sobre la mesa el no reconocimiento de una nulidad de laudo por falta de imparcialidad e independencia en el Estado sede del arbitraje.

Sobre este aspecto, a nadie escapa que la independencia y la imparcialidad son una garantía de justicia, que su ausencia conlleva a una vulneración a los derechos humanos y que muchas veces los orígenes de esta situación pueden ser varios. La corrupción es uno de ellos. En este sentido, en el ámbito de Naciones Unidas, resulta interesante el Informe de Relator Especial, Gabriela Knaul, sobre la independencia de jueces y abogados,[24] el cual concluye que:

> La corrupción judicial erosiona los principios de independencia, imparcialidad e integridad de la judicatura […] crea obstáculos a la administración eficaz y eficiente de justicia; y mina la credibilidad del sistema de justicia entero.

[24] A/67/305.

No obstante, el justificar un reconocimiento y ejecución de laudos anulados por circunstancias dadas en la judicatura del Estado sede del arbitraje; plantea la interrogante de en qué medida un Estado puede juzgar (o prejuzgar) la independencia judicial de otro Estado, sin que ello no conlleve a recelos judiciales del Estado «ninguneado», o sin que perjudique, de alguna manera, las relaciones bilaterales entre los Estados, si tenemos presente que las decisiones judiciales también son actos de Estado (no solamente lo son los actos de un gobierno).

La historia contemporánea de las relaciones internacionales da cuenta de que decisiones judiciales estatales, han incidido en relaciones bilaterales de alguna manera.[25]

En consecuencia de lo expuesto, es oportuno decir que, en perspectiva de derechos humanos, omitir toda pronunciación respecto de la nulidad del laudo anulado y aplicar el Convenio de Nueva York en sintonía con las recomendaciones de Uncitral, es saludable no solamente para las relaciones bilaterales de los Estados sino también para la preservación de los derechos humanos fundamentales en sentido ámplio, incluyéndose la salvaguarda de los derechos del árbitro o de las partes.

En este sentido, la desvinculación del Estado del exequátur respecto de la nulidad en el Estado sede, facilita a una realización de los derechos humanos desconociendo la noción de frontera en tanto el carácter universal de los mismos por encima de la configuración interestatal de la sociedad internacional de nuestros días. Esta universalidad sobre la interestatalidad es evidente en el texto de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de la Asamblea General de Naciones Unidas,

[25] Por citar algunos ejemplos, Chile llamó a consultar a su Embajador cuando España pretendía la extradición de Augusto Pinochet. Bélgica fue demandada como Estado ante la Corte Internacional de Justicia por la emisión de una orden internacional de búsqueda y captura contra el Ministro de Asuntos Exteriores de El Congo por parte de un juzgado belga *(Asunto Yerodia)*.

cuando prioriza la persona humana sobre su sujeción o no a un Estado al decir que:

> *Toda persona tiene todos* los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición. Además, *no se hará distinción alguna fundada en* la condición política, jurídica o internacional del país o territorio de cuya jurisdicción dependa una persona, tanto si se trata de un país independiente, como de un territorio bajo administración fiduciaria, no autónomo o sometido a cualquier otra limitación de soberanía.

Finalmente, en perspectiva de derechos humanos y sin cuestionar la terminología arbitral, parece oportuno entender a los laudos anulados en sede como laudos *invalidados en* y *para* una jurisdicción interna, en tanto que la «nulidad» del Estado sede no afecta la vida del laudo de cara a otras jurisdicciones que pueden homologarlo y permitir su ejecución cuando la anulación de un laudo por el Estado sede puede entrañar una flagrante violación a los derechos humanos fundamentales.

Estudios de Arbitraje Internacional
(entre la práctica arbitral y la investigación científica)
se terminó de imprimir en el mes de
noviembre del 2015, con F.M. Servicios
Gráficos S.A., Henry Revett 220, Urb. Santa Rita
Santiago de Surco, teléfono: 444-2007
Lima 33, Perú