



Universidad
de Alcalá

EL ARBITRAJE INTERNACIONAL DE INVERSIONES: PANORAMA PRESENTE Y PERSPECTIVAS DE FUTURO

**INTERNATIONAL INVESTMENT ARBITRATION:
CURRENT OVERVIEW AND FUTURE PERSPECTIVES**

**Máster Universitario en
Acceso a la Profesión de Abogado**

Presentado por: D. GEORGIAN SERGIU IOHAN LASCU

Dirigido por: Dra. D^a. ANA FERNÁNDEZ PÉREZ

Alcalá de Henares, a 7 de febrero de 2019

ÍNDICE

ÍNDICE DE SIGLAS.....	6
INTRODUCCIÓN.....	8
I. TEORÍA GENERAL DEL ARBITRAJE DE INVERSIONES.....	11
1. Arbitraje entre Estados, Arbitraje Comercial o Arbitraje de Inversiones.....	11
2. Las Sociedades Transnacionales y su discutida subjetividad internacional.....	15
II. ÁMBITO NORMATIVO INTERNACIONAL DEL ARBITRAJE DE INVERSIONES.....	17
1. Convención de Nueva York de 1958.....	17
1.1 <i>Creación y Objetivos</i>	17
1.2 <i>Disposiciones principales</i>	18
2. La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI).....	20
2.1 <i>Origen, Mandato y Composición. Resolución ONU 2205 (XXI)</i>	20
2.2 <i>Reglamento de Arbitraje de 1976</i>	22
2.3 <i>Ley Modelo de 1985</i>	25
III. TRIBUNALES INTERNACIONALES DE ARBITRAJE.....	28
1. Tribunales ad-hoc y Reglamento de la CNUDMI. Protección bilateral de inversiones.....	28
1.1 <i>Generalidades de los arbitrajes ad-hoc</i>	28
1.2 <i>Elementos de una cláusula de arbitraje</i>	30
1.3 <i>Los APPRIs o BITs</i>	37

2. La Corte Permanente de Arbitraje de la Haya.....	40
3. La Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional de París.....	42
4. El Tribunal de Arbitraje Internacional de Londres.....	44
5. El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones.....	46
IV. PROBLEMÁTICAS ACTUALES DEL ARBITRAJE DE INVERSIONES.....	51
1. Frentes abiertos contra el arbitraje de inversiones.....	51
1.1 <i>¿Beneficia más a los Inversores que a los Estados receptores?</i>	56
1.2 <i>¿Peligro para la Soberanía de los Estados Receptores?</i>	60
1.3 <i>Aspectos Procesales Conflictivos</i>	67
2. Los Estándares de Protección Más Aplicados por los Árbitros: Análisis Jurisprudencial.....	75
2.1 <i>Expropiación directa e indirecta</i>	75
2.2 <i>Tratamiento justo y equitativo</i>	79
2.3 <i>La cláusula paraguas</i>	82
2.4 <i>Medidas discriminatorias o arbitrarias</i>	86
2.5 <i>Nación más favorecida y tratamiento nacional</i>	90
2.6 <i>El estado de necesidad</i>	92
V. SOLUCIONES A PROBLEMAS ACTUALES Y PERSPECTIVAS DE FUTURO.....	99
1. Futuro del Arbitraje de Inversiones a Nivel Internacional.....	99
2. Futuro del Arbitraje de Inversiones en la UE.....	102
2.1 <i>Los Arbitrajes frente a Estados o inversores Extracomunitarios: el MIC</i>	102
2.2 <i>Los Arbitrajes Intracomunitarios. El Asunto Achmea y sus consecuencias</i>	105

CONCLUSIONES.....	112
BIBLIOGRAFÍA.....	117
WEBGRAFÍA.....	120
ARTÍCULOS PERIODÍSTICOS.....	126

RESUMEN

El arbitraje internacional de inversiones se ha convertido en el mecanismo de resolución de disputas relativas a inversiones por antonomasia a nivel internacional. El Tribunal más emblemático es el CIADI, dependiente del Banco Mundial, y que hasta la fecha ha conocido los casos internacionalmente más importantes. La finalidad de este mecanismo es la protección de las inversiones privadas extranjeras hechas en los Estados receptores, y la promoción del flujo contante de las inversiones privadas en el mundo.

Pese a ello, numerosas críticas vertidas hacia la institución han puesto en tela de juicio su legitimidad como sistema que enfrenta, como partes en igualdad de condiciones, a países soberanos contra Sociedades transnacionales. Las denuncias a la falta de imparcialidad, de transparencia y de control de costes para la ciudadanía, y a la especial relevancia que se le parece dar a la protección del capital privado de los inversores extranjeros en detrimento del interés público de la ciudadanía de los Estados receptores, están mermando cada vez más la credibilidad del sistema.

Del estudio estadístico de los casos, sin embargo, no podemos concluir que tales críticas sean del todo fundadas. El análisis jurisprudencial de las interpretaciones de los árbitros en varios laudos de cláusulas (o estándares de protección) como la prohibición de expropiación directa e indirecta, la dispensa de un tratamiento justo y equitativo por parte del Estado receptor, la cláusula paraguas de protección general contra incumplimientos del Estado, la interdicción de arbitrariedad o discriminación entre inversores nacionales y extranjeros, el tratamiento como nación más favorecida, o el estado de necesidad del Estado receptor para justificar medidas adoptadas bajo fuerza mayor, solo arrojan un panorama muy heterogéneo, en el que en apenas una tercera parte de las reclamaciones de los inversores son estimadas en su totalidad.

PALABRAS CLAVE

Arbitraje de inversiones – derecho internacional – CIADI – tribunales arbitrales – árbitros – Estado receptor – inversores extranjeros – Sociedades transnacionales – países soberanos – imparcialidad – transparencia – costes – interés público – estándares de protección.

ABSTRACT

International investment arbitration has become the mechanism for resolving disputes relating to investment par excellence at the international level. The most emblematic Tribunal is the ICSID, dependent on the World Bank, and to date it has known the most important international cases. The purpose of this mechanism is the protection of foreign private investments made in the receiving States, and the promotion of the constant flow of private investments in the world.

Despite this, many criticisms levelled at the institution have questioned its legitimacy as a system that faces, as parties on equal terms, sovereign countries against transnational corporations. Complaints about the lack of impartiality, transparency and cost control for citizens, and the special relevance that seems to be given to the protection of private capital of foreign investors to the detriment of the public interest of the citizens of receiving States, the credibility of the system is decreasing more and more.

From the statistical study of the cases, however, we can not conclude that such criticisms are fully founded. The jurisprudential analysis of the arbitrators' interpretations in various clauses (or protection standards) such as the prohibition of direct and indirect expropriation, the dispensation of a fair and equitable treatment by the receiving State, the umbrella clause of general protection against non-compliance by the State, the prohibition of arbitrariness or discrimination between domestic and foreign investors, the most favoured nation treatment, or the state of necessity of the receiving State to justify measures adopted under overwhelming force, only throw a very heterogeneous panorama, in which barely a third of the investors' claims are estimated in full.

KEY WORDS

Investment arbitration - international law - ICSID - arbitral tribunals - arbitrators - receiving State - foreign investors - transnational corporations - sovereign countries - impartiality - transparency - costs - public interest - protection standards.

ÍNDICE DE SIGLAS

AAA - Asociación Americana de Arbitraje.

AECG / CETA - Acuerdo Económico y Comercial Global entre la Unión Europea y Canadá, o Comprehensive Economic and Trade Agreement, por sus siglas en inglés.

APPRI – Acuerdo de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones.

ATCI/ TTIP - Asociación Transatlántica para el Comercio y la Inversión, o Transatlantic Trade and Investment Partnership en inglés.

CCI – Cámara de Comercio Internacional de París.

CDFUE – Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea

CIAC – Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial.

CIADI / ICSID – Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones, o International Centre for Settlement of Investment Disputes, por sus siglas en inglés.

CNUCYD / UNCTAD - Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo, o United Nations Conference on Trade and Development, por sus siglas en inglés.

CNUDMI / UNCITRAL - Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, o en inglés United Nations Commission on International Trade Law.

CPA – Corte Permanente de Arbitraje de la Haya.

DC – Distrito de Columbia.

DI – Derecho Internacional.

EM / EEMM – Estado Miembro / Estados Miembros

EEUU – Estados Unidos de América.

ISDS – Arbitraje de Diferencias Inversor-Estado o Investor-State Dispute Settlement, por sus siglas en inglés.

JEFTA - The Japan-EU Free Trade Agreement, o Acuerdo de Libre Comercio entre Japón y la Unión Europea.

LCIA – The London Court of International Arbitration o Corte Internacional de Arbitraje de Londres.

MIC – Tribunal Multilateral de Inversiones (del inglés Multilateral Investment Court)

ONU – Organización de las Naciones Unidas.

PDVSA – Petróleos de Venezuela, Sociedad Anónima (empresa estatal).

SA – Sociedad Anónima.

TBI / BIT – Tratado Bilateral de Inversión o Bilateral Investment Treaties, por sus siglas en inglés.

TJUE – Tribunal de Justicia de la Unión Europea

TLCAN / NAFTA - Tratado de Libre Comercio de América del Norte o en inglés North American Free Trade Agreement.

TFUE – Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea

TNI – Transnational Institute de Washington DC.

TUE – Tratado de la Unión Europea

UE – Unión Europea

UNESCO - Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, o United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization, por sus siglas en inglés.

UNIDROIT – El Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado, o International Institute for the Unification of Private Law, en inglés.

URSS – Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas

INTRODUCCIÓN

El objeto del presente trabajo será el estudio del panorama internacional del arbitraje de inversiones, tanto en su vertiente institucional y normativa, como en el desarrollo jurisprudencial y doctrinal que este instrumento ha tenido en la práctica. Lo que se pretende con ello es bucear en las profundidades de la institución del arbitraje internacional de inversiones, y analizar sobre todo sus aspectos más conflictivos y más expuestos a las dudas que recientemente se vienen acumulando en torno a dicha institución.

El arbitraje de inversiones viene a ser un sistema de resolución de controversias entre Estados receptores de capital privado y Sociedades transnacionales inversoras que introducen ese capital dentro de los Estados que lo alojan. Se trata de un medio no judicial de resolución de disputas, que pretende ser rápido, efectivo, y conciliador de las necesidades de los Estados beneficiados por la inyección de capital y la seguridad corporativa de las empresas que aportan tal capital a cambio de los beneficios económicos de la gestión de algún servicio público o explotación de alguna actividad industrial.

La institución cuenta actualmente con numerosos defensores y también con numerosos detractores. Los primeros alaban la rapidez del arbitraje, la igualdad de oportunidades de estimación y estudio de las pretensiones y los alegatos de ambas partes, a la vez que la desjudicialización y el apartamiento de tales contenciosos de la esfera diplomática tradicional de resolución de conflictos entre los Estados. Por su parte, los detractores de este mecanismo alegan la falta de transparencia de los procedimientos arbitrales, la falta de legitimación de cualquier ente privado de demandar, de entrada, a un ente soberano y litigar contra él como una contraparte en igualdad de condiciones procesales, la falta de imparcialidad e independencia de los árbitros que resuelven los conflictos, la supuesta inclinación o preferencia de los tribunales arbitrales hacia la posición de los inversores en detrimento de los Estados receptores, y los altos costes económicos de estos tribunales (sobre todo para los Estados y sus contribuyentes), entre otros.

Es por ello que el tema del presente trabajo lleva generando en las últimas décadas un interés creciente por parte de la sociedad civil e importantes sectores jurídicos y

académicos; interés que comparto, y por el cual he decidido desarrollar más este tema en el presente trabajo.

Para la realización del mismo, se ha recurrido a recursos variados, tanto en línea como en formato papel, y en castellano e inglés, que comprenden: manuales de Derecho, revistas jurídicas o anuarios de derecho españoles e hispanoamericanos, artículos académicos y periodísticos, las páginas web oficiales de las instituciones internacionales del ámbito del comercio internacional y del arbitraje de inversiones, y bases de datos jurisprudenciales. Para señalar y citar tales materiales, el sistema escogido ha sido el numérico de UNE-ISO 690:2013.

La estructura del presente trabajo se divide en cinco capítulos y las correspondientes conclusiones finales que resumirán sucintamente los puntos importantes del trabajo. En el primer capítulo aportaremos, a modo de introducción, unas nociones básicas acerca de la institución del arbitraje de inversiones, explicando sus fundamentos conceptuales y la razón de ser de este mecanismo de resolución de controversias sobre inversiones. En el segundo capítulo dibujaremos un esquema básico del sustrato normativo que da vida y estructura al arbitraje de inversiones a nivel internacional: la Convención de Nueva York de 1958, la Resolución ONU 2205 (XXI) que dio vida a la CNUDMI, el Reglamento de Arbitraje de 1976, y la Ley Modelo de 1985. Por su parte, en el tercer capítulo haremos otro tanto con los principales tribunales de arbitraje internacional de inversiones: los tribunales creados ad-hoc bajo las normas de la CNUDMI para cada caso concreto, la Corte Permanente de Arbitraje de la Haya, la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional de París, el Tribunal de Arbitraje Internacional de Londres y el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (el famoso CIADI).

En el penúltimo capítulo, por su parte, analizaremos detenidamente todas y cada una de las críticas vertidas últimamente hacia esta institución, profundizaremos en las causas de tales críticas y, sobre todo, trataremos de dilucidar qué hay de cierto en ellas, recurriendo para ello al análisis jurisprudencial y estadístico de casos reales. Analizaremos también las cláusulas más comunes del arbitraje internacional de inversiones y su aplicación en casos reales y emblemáticos a nivel internacional.

Y, por último, ya en el último capítulo, haremos primero una breve valoración personal del panorama actual del arbitraje internacional de inversiones a nivel mundial, y del futuro más óptimo y probable de esta institución, junto a las soluciones que, en mi

opinión, podrían dar respuesta a sus actuales carencias. Y en segundo lugar, hablaremos también de los últimos avances hechos en territorio comunitario, diferenciando entre arbitrajes intracomunitarios (en el que ambas partes son de la UE; tanto el Estado receptor como el inversor demandante), y arbitrajes extracomunitarios (en los que alguna de las dos partes es un tercero extracomunitario). Hablaremos aquí de la nueva solución que se espera abordar en el futuro con el MIC (Tribunal Multilateral de Inversiones) en el marco de acuerdos comerciales de la UE con actores como EEUU, Canadá o México; y también de las consecuencias que tendrá de cara al futuro el polémico asunto Achmea.

I. TEORÍA GENERAL DEL ARBITRAJE DE INVERSIONES

1. Arbitraje entre Estados, Arbitraje Comercial y Arbitraje de Inversiones

Antes de profundizar en nuestro trabajo, conviene hacer hincapié en que el objeto de estudio del mismo serán los llamados arbitrajes Inversor-Estado (también llamados ISDS, por sus siglas del inglés Investor-State Dispute Settlement). Razón por la cual conviene excluir y diferenciar, de entrada, los llamados “arbitrajes internacionales” puros, sin ningún otro calificativo. Estos son una figura totalmente ajena de Derecho internacional público, que constituyen una institución completamente distinta de la del arbitraje comercial internacional y de la del arbitraje de inversiones, sobre todo en lo que atañe a las partes implicadas, pues involucra únicamente a sujetos de Derecho internacional, y en lo que respecta a las normas aplicadas por los árbitros, que pertenecen a este último ordenamiento¹.

Y si bien, en sus comienzos, las partes contendientes podían ser solo Estados, actualmente la sociedad internacional ha evolucionado tanto que ha permitido a las organizaciones internacionales tener subjetividad internacional y con ello legitimación para celebrar compromisos y ejercer acciones ante un tribunal internacional en contra de estos Estados, lo que se hace extensivo al procedimiento arbitral. Cabe señalar, también, que en estas modalidades de arbitraje, el Derecho normalmente aplicado por el árbitro es el Derecho internacional público. Pero decimos “normalmente” porque pese a que ello es así como regla general, también cabe, como excepción, que las partes puedan acordar expresamente que el litigio sea resuelto aplicándose la equidad².

El arbitraje internacional para la solución de controversias entre Estados fue el primer mecanismo de resolución pacífica de controversias, después de la clásica negociación diplomática, y previo a la histórica lógica de las guerras. Su época dorada llega con el siglo XIX y la primera mitad del XX. En el Derecho internacional público, el

¹ OLAVO BAPTISTA, L.: “Arbitraje internacional, público y privado”, *Liber amicorum en homenaje al profesor Dr. Didier Operti Badán*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2005. Pp. 62-65.

² FERNÁNDEZ ROZAS, J.C.: “El arbitraje internacional y sus dualidades”, *Anuario Argentino de Derecho Internacional*, Asociación Argentina de Derecho Internacional, Rosario, 2006. P. 31.

arbitraje es un procedimiento jurisdiccional cuyo papel histórico ha sido preeminente. La primera vez que sus normas reguladoras fueron codificadas fue en las Convenciones de La Haya sobre arreglo pacífico de conflictos internacionales de 1899 y 1907. Estas convenciones establecieron que “el arbitraje internacional tiene por objeto arreglar los litigios entre los Estados mediante jueces por ellos elegidos y sobre la base del respeto al Derecho... El convenio de arbitraje implica el compromiso de someterse de buena fe a la sentencia arbitral”³. Es por ello que esta modalidad hunde sus raíces en el consentimiento de los Estados, como corolario del carácter voluntario de la jurisdicción internacional, pudiendo expresar ese consentimiento de varias formas. Ha de ser un tercer imparcial el que resuelva la controversia, sin importar que este tercero sea un árbitro único o un tribunal colegiado. La sentencia dictada es, en teoría, definitiva y obligatoria para las partes, poniendo fin al litigio. Y decimos “en teoría” por las dificultades que surgen en la práctica a la hora de ejecutar tales sentencias, o de obligar al Estado condenado a acatar la decisión de forma rápida y efectiva.

Esta tendencia del Derecho internacional general encontró una importante acogida en América Latina, y, como ejemplo de ello, debemos citar el Congreso Bolivariano de 1883, en el que se suscribió un Protocolo en el cual se reconocía el arbitraje como el medio idóneo para resolver los litigios internacionales, consolidando el principio del *uti possidetis iuris*, y condenando el derecho de conquista. Pocos años después, por iniciativa e invitación del Gobierno de los EE UU a los diferentes gobiernos de las Repúblicas Americanas, se celebró una Conferencia en Washington, del 2 de octubre de 1889 al 19 de abril de 1890, a la que se llamó “Primera Conferencia Interamericana o Internacional Americana”. Entre las finalidades de la misma estuvo la adopción de un plan de arbitraje para el arreglo de los desacuerdos y cuestiones que pudieran suscitarse en el tiempo entre los participantes. En este contexto, y a escala regional, se suscribió el Tratado general de arbitraje interamericano de 1929 entre los Gobiernos de Venezuela, Chile, Bolivia, Uruguay, Costa Rica, Perú, Honduras, Guatemala, Haití, Ecuador, Colombia, Brasil, Panamá, Paraguay, Nicaragua, México, El Salvador, República Dominicana, Cuba y Estados Unidos de América, representados en la Conferencia de Conciliación y Arbitraje reunida en Washington conforme a la Resolución aprobada el 18 de febrero de 1928, por la Sexta Conferencia Internacional Americana celebrada en la Ciudad de La Habana. A través de este instrumento internacional, los Estados parte se obligan a someter a arbitraje

³ FERNÁNDEZ ROZAS, J.C.: *Anuario Argentino de Derecho Internacional...*, op. cit. P. 31.

todas las diferencias de carácter internacional que hayan surgido o surgieren entre ellos, con motivo de la reclamación de un derecho, formulada por uno contra otro en virtud de un tratado o por otra causa, sin haber sido posible un ajuste diplomático⁴.

El arbitraje comercial internacional, por su parte, se define por unas nociones precisamente opuestas al anterior. Las dos partes en el conflicto son entes privados, tanto personas físicas como personas jurídicas, pero de distintas nacionalidades, y que actúan en el mercado como comerciantes, por lo cual les une un vínculo contractual mercantil⁵. Sin embargo, dado que se desenvuelven en un ámbito internacional o extranjero, fuera de un concreto y determinado campo de regulación nacional, pueden elegir solventar sus disputas con arreglo a diferentes cuerpos jurídicos, en base a las distintas conexiones del derecho internacional privado que les vinculan, tanto por su nacionalidad, como por la ubicación del negocio o actividad que desempeñan, o cualquier otro nexo vinculante imputable al caso (tanto para el derecho sustantivo aplicable al contrato, como para el derecho procesal aplicable al arbitraje)⁶.

Sin embargo, tal y como ya hemos dicho, en este trabajo nuestro principal interés recaerá en los arbitrajes internacionales de inversiones. En estos, las partes contendientes son un Estado, por un lado, y una Sociedad transnacional, por el otro. Esta modalidad arbitral tiene una puesta en marcha de carácter eminentemente unilateral. Y ello es así debido a que, frente al arbitraje comercial, que tiene un fundamento consensual plasmado en el compromiso arbitral, el arbitraje de inversiones reposa en un tratado internacional suscrito entre el Estado receptor de la inversión y el Estado de la nacionalidad del inversionista. Y, por medio de ese tratado, sin mediar ningún otro compromiso contractual, el inversor afectado por alguna decisión política, ejecutiva, legislativa o administrativa de las autoridades del Estado receptor, puede acudir ante esa tercera instancia arbitral no judicial para que esta resuelva la controversia. Estas circunstancias aludidas dan a la institución del arbitraje de inversiones el calificativo de “arbitraje sin vínculo contractual” o “arbitraje transnacional unilateral”⁷.

⁴ URRUTIA, F.J.: *La evolución del principio de arbitraje en América. La Sociedad de Naciones*, ed. América, Madrid, 1920. P. 298.

⁵ SILVA SILVA, J.A.: *Arbitraje comercial internacional mexicano*, Universidad Autónoma de Ciudad Juárez, Ciudad Juárez, 2015. Pp. 58-59.

⁶ ABAD GÓMEZ, N.: “El arbitraje internacional: características de funcionamiento y ventajas”, en BBVA Economía (en línea). [Fecha de consulta: 1 de febrero del 2019]. Disponible en: <https://www.bbva.com/es/el-arbitraje-internacional-caracteristicas-de-funcionamiento-y-ventajas/>

⁷ FERNÁNDEZ ROZAS, J.C.: *Anuario Argentino de Derecho Internacional...*, op.cit. P. 33.

Esto, sin embargo, desemboca en otra cuestión importante que los tribunales arbitrales tienen que dirimir con carácter previo a la entrada en el fondo del asunto, y esta es la verificación de si los demandantes pueden acogerse a esta modalidad arbitral, lo que obliga, invariablemente, a un pronunciamiento previo en torno a las nociones de inversión y nacionalidad del inversor, cuestiones que son ajenas al arbitraje comercial normal, siendo este uno de los elementos diferenciales más relevantes del arbitraje de inversiones⁸.

Otro elemento diferencial importante es el de la confidencialidad, indisoluble del arbitraje comercial, que, sin embargo, en materia de inversiones, cede en beneficio de la publicidad y la transparencia, admitiendo la participación de los denominados *amici curiae* en las deliberaciones ante los árbitros. Estos *amici curiae* (denominación anglosajona) o “amigos del tribunal”, son terceros ajenos a una disputa con cierto interés en el asunto enjuiciado, que pueden presentar informaciones u opiniones en torno al objeto de la disputa, por medio de aportes jurídicos o técnicos para una mejor sustentación del litigio, a fin de coadyuvar con el tribunal en el conocimiento y aplicación del derecho⁹.

Otra noción que diferencia a los arbitrajes de inversiones de los arbitrajes comerciales es la naturaleza del Derecho con el que se construyen los laudos arbitrales, pues en los arbitrajes de inversiones, este Derecho es el internacional público, con independencia de que para la resolución del fondo se pueda remitir a Derecho privado del Estado receptor de la inversión o del Estado de la nacionalidad del inversor; mientras que en el arbitraje comercial, los laudos derivan directamente de las previsiones realizadas por las partes en orden al Derecho que debe ser aplicado¹⁰.

⁸ ORREGO VICUÑA, F.: “El arbitraje en un nuevo sistema internacional de solución alternativa de controversias”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. IV, Universidad Nacional Autónoma de México, Ciudad de México, 2004. P. 452.

⁹ SOMMER, C.G.: “Los alcances del *amicus curiae* en el arbitraje internacional de inversiones”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba*, 2011, vol. 2, n.º. 2, Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, 2011. P. 162. Pese a que los antecedentes de la institución de los *amici curiae* se remontan al derecho romano, este se consolidó primero en el *Common Law* anglosajón, y posteriormente, ya durante los siglos XIX y XX, pasó a usarse también en el *Civil Law* continental, si bien es cierto que al principio de modo muy simbólico y apenas testimonial. En la actualidad, sin embargo, se está empezando a consolidar en el seno del arbitraje de inversiones; sobre todo en asuntos en que se ventilan causas en las que están en juego implicaciones relevantes para los Estados que pudieran ser condenados en causas relacionadas con temas de interés público (por concesiones del uso del agua, medio ambiente, tratamiento de residuos, obras de infraestructura, comunicaciones, etc.). Esta institución será debidamente tratada en posteriores capítulos de este trabajo.

¹⁰ FERNÁNDEZ ROZAS, J.C.: *Anuario Argentino de Derecho Internacional...*, op.cit. P. 33.

2. Las Sociedades Transnacionales y su discutida subjetividad internacional

Las Sociedades de carácter transnacional son aquellas empresas cuya actividad económica es desempeñada en dos o más Estados, y que, en el ámbito internacional, desarrollan su actividad comercial o industrial mediante la celebración de contratos con las autoridades públicas de otros Estados de distinta nacionalidad a la suya. Estos contratos poseen una naturaleza mixta, porque combinan elementos del DI público y del DI privado. Pero la nota característica de los mismos es que, por lo dicho anteriormente, sitúan a ambas partes en un plano de igualdad. Por ello, las normas relativas a la solución de controversias se suelen remitir a la decisión de un tribunal arbitral, de conformidad con las disposiciones del convenio, o incluso de los principios del DI.

Sin embargo, la supuesta e hipotética igualdad de derechos y obligaciones entre Estados y sociedades, que emana en teoría de los contratos de esta naturaleza, no puede considerarse como argumento suficiente para fundamentar la subjetividad jurídica internacional de tales sociedades. Es más, se suele considerar que el Estado parte en el contrato actúa en calidad de persona privada, no de persona pública, pues no ejerce funciones ejecutivas o administrativas, sino que ocupa una posición jurídica determinada en una relación obligacional contractual sinalagmática. Por ello, sus actos dejan de tener el carácter de *iure imperii*, adquiriendo en realidad el carácter de *iure gestionis*. En consecuencia, el Estado pierde el derecho a alegar la inmunidad de jurisdicción. Lo que el Estado gana a cambio es la renuncia por parte de la Sociedad a acudir a la protección diplomática del Estado al que pertenece¹¹.

Ahora bien, no cabe duda de que las sociedades se han convertido en destinatarias de las normas del DI. La prueba más ilustrativa de ello la encontramos en el ámbito de las inversiones exteriores, donde son abundantes los tratados internacionales adoptados para proteger a los inversores extranjeros, generalmente sociedades, frente a las actuaciones arbitrarias o ilícitas del Estado receptor de la inversión. Estas normas permiten a los inversores eludir los foros y los tribunales internacionales de los Estados de acogida de la inversión, en los cuales se encontrarían con el muro de la aplicación de la ley nacional que el propio Estado dicte o modifique en cada momento de modo

¹¹ JIMÉNEZ PIERNAS, C. (ed.): *Introducción al derecho internacional público: práctica de España y de la Unión Europea*, ed. Tecnos, Madrid, 2010. Pp. 272-273.

unilateral. Volvemos a poner de ejemplo al anteriormente citado CIADI, creado en virtud del Convenio de Washington, de 18 de marzo de 1965, sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados (BOE, 13 de septiembre de 1994). Sin embargo, más que la elaboración de un instrumento de carácter universal para la protección de las inversiones, lo que se ha estado generalizando en la práctica internacional ha sido la celebración de APPRI, los cuales explicaremos más adelante¹².

Aún existen otros campos aparte de las inversiones exteriores donde las sociedades se manifiestan como destinatarias de las normas de DI, como por ejemplo la posibilidad de imponerles sanciones internacionales, pero en la práctica, son los Estados los que finalmente deben encargarse de aplicar estas sanciones.

¹² JIMÉNEZ PIERNAS, C. (ed.): *Introducción al derecho internacional público...*, op.cit. Pp. 272-273.

II. ÁMBITO NORMATIVO INTERNACIONAL DEL ARBITRAJE DE INVERSIONES

1. Convención de Nueva York de 1958

1.1 Creación y Objetivos

La Convención de Nueva York (en adelante, “La Convención”) nace de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Arbitraje Comercial Internacional, celebrada en Nueva York desde el 20 de mayo hasta el 10 de junio de 1958. Reconociendo la importancia creciente del arbitraje internacional como medio de resolver las controversias comerciales internacionales, la Convención de las Naciones Unidas sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras trata de establecer normas legislativas comunes para el reconocimiento de los acuerdos o pactos de arbitraje y el reconocimiento y la ejecución de las sentencias o laudos arbitrales extranjeros y no nacionales. Por “sentencias o laudos no nacionales” se entiende aquellos que, si bien han sido dictados en el Estado en que se prevé su ejecución, son considerados “extranjeros” por la ley de ese Estado porque el procedimiento seguido conlleva algún elemento de extranjería; por ejemplo, cuando se apliquen normas procesales de otro Estado¹³.

La finalidad principal de la Convención es evitar que las sentencias arbitrales, tanto extranjeras como nacionales, sean objeto de discriminación, por lo que obliga a los Estados partes a velar porque dichas sentencias sean reconocidas en su jurisdicción y puedan ejecutarse en ella, en general, de la misma manera que las sentencias o laudos arbitrales nacionales. Otro objetivo (este ya secundario) de la Convención es obligar a los tribunales de los Estados partes a que den pleno efecto a los acuerdos de arbitraje negándose a admitir demandas en las que el demandante esté incurriendo en una violación de un acuerdo de remitir la cuestión a un tribunal arbitral.

¹³ Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (New York, 1958). The New York Convention Guide 1958. [Fecha de consulta: 20 de agosto de 2018]. Disponible en: http://newyorkconvention1958.org/index.php?lvl=cmspage&pageid=10&menu=866&opac_view=-1

1.2 Disposiciones principales

De una lectura del texto de la Convención se puede observar que esta se aplica a las sentencias arbitrales dictadas en el territorio de un Estado distinto de aquel en el que se pida su reconocimiento y ejecución. Se aplica también a las sentencias arbitrales “que no sean consideradas como sentencias nacionales”. En el momento de adoptar la Convención, un Estado puede declarar que la aplicará solo a las sentencias arbitrales dictadas en el territorio de otro Estado parte. Del mismo modo, también puede el Estado escoger aplicar la Convención solo a las relaciones jurídicas consideradas “comerciales” por su derecho interno.

La Convención también contiene numerosas disposiciones sobre los acuerdos o pactos de arbitraje. Este tema se incluyó en ella atendiendo a la posibilidad de que se deniegue la ejecución de una sentencia arbitral porque tal vez el acuerdo de arbitraje en el que se basa no sea reconocido. El párrafo 1 del artículo II obliga a los Estados partes a reconocer los acuerdos de arbitraje formulados por escrito. A este respecto, la CNUDMI aprobó en su 39º período de sesiones, del año 2006, una recomendación cuyo objetivo es orientar a los Estados partes sobre la interpretación de la disposición contenida en el párrafo 2 del artículo II, según la cual un acuerdo de arbitraje debe estar en forma escrita, y fomentar la aplicación del párrafo 1 del artículo VII para que toda parte interesada pueda hacer valer de un modo efectivo su derecho a que se reconozca la validez de un acuerdo de arbitraje, en virtud de la legislación o de los tratados del país en que se invoque dicho acuerdo.

La obligación fundamental de los Estados partes es reconocer el carácter vinculante de todas las sentencias arbitrales contempladas en la Convención y ejecutarlas conforme a la *lex fori*. Cuando la Convención no estipule ningún requisito al respecto, cada Estado parte decidirá las reglas del procedimiento que proceda seguir.

Son cinco las razones que la Convención especifica por las que se puede denegar el reconocimiento y la ejecución de una sentencia arbitral a instancia de la parte contra la cual es invocada, que son: la incapacidad de las partes, la invalidez del acuerdo de arbitraje, irregularidades procesales, extralimitaciones en cuanto al alcance del acuerdo de arbitraje, la incompetencia del tribunal arbitral y la anulación o suspensión de una

sentencia en el país en el cual, o conforme a la ley del cual, se ha dictado esa sentencia. Otras dos razones en virtud de las cuales un tribunal puede, por iniciativa propia, negarse a reconocer y ejecutar una sentencia serían la susceptibilidad de arbitraje (que la materia no pueda haber sido sujeta a arbitraje) y al orden público.

El fin de la Convención es el de fomentar el reconocimiento y la ejecución de las sentencias o laudos arbitrales en el mayor número posible de casos. Para ello, en el párrafo 1 de su artículo VII se excluye la imposición por el derecho interno de condiciones para su reconocimiento y ejecución que sean más restrictivas que las previstas en la Convención. Pero ahora bien, se acepta que continúe aplicándose toda disposición del derecho interno que conceda derechos especiales o más favorables a la parte que pida la ejecución de una sentencia. De hecho, en el citado artículo, se reconoce el derecho de toda parte interesada a hacer valer la legislación o los tratados del país donde dicha sentencia se invoque, sobre todo cuando tal legislación o tales tratados ofrezcan un régimen más favorable que el de la Convención.

La Convención entró en vigor el 7 de junio de 1959 (artículo XII) y está cerrada a la firma. Ahora bien, sigue estando sujeta a ratificación y abierta a la adhesión de todo Estado Miembro de las Naciones Unidas, y de cualquier otro Estado que sea miembro de cualquier organismo especializado de las Naciones Unidas, o que sea parte en el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (artículos VIII y IX).

En el momento de firmar o de ratificar la Convención, de adherirse a ella o de hacer la notificación de su extensión territorial prevista en el artículo X, los Estados pueden realizar ciertas declaraciones complementarias a la misma, por las cuales limiten o especifiquen su alcance o aplicación en determinados aspectos y determinadas circunstancias. Por ejemplo, todo Estado podrá declarar que, por razones de reciprocidad, solo aplicará la Convención al reconocimiento y la ejecución de las sentencias o laudos arbitrales dictados en el territorio de otro Estado que sea igualmente parte en la Convención. Podrá también declarar que solo aplicará la Convención a los litigios surgidos de las relaciones jurídicas, sean o no contractuales, consideradas comerciales en su derecho interno (artículo I).

Por último, en lo que respecta a la denuncia o retirada de la Convención, todo Estado parte podrá denunciar la Convención mediante notificación escrita dirigida al Secretario General de las Naciones Unidas. La denuncia surtirá efecto un año después de la fecha en que el Secretario General haya recibido la notificación (artículo XIII).

2. La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI)

2.1 Origen, Mandato y Composición. Resolución ONU 2205 (XXI)

En este subapartado vamos a resumir las claves que definen el funcionamiento y los objetivos de este órgano de la ONU, antes de pasar a hablar de sus dos mayores contribuciones a la regulación y desarrollo uniformes del arbitraje de inversiones en el ámbito internacional. Para ello, recurrimos como fuente a la propia Guía de la página web oficial de las Naciones Unidas sobre la CNUDMI (o UNCITRAL en inglés)¹⁴.

Cuando un mundo como en el que vivimos ahora se vuelve tan económicamente interdependiente, el consenso para la mejora del marco jurídico tendente a facilitar el comercio y la inversión internacionales va creciendo. Es por ello que, en respuesta a ese interés por la atracción del comercio y las inversiones internacionales, se crea la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), establecida por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 2205 (XXI), de 17 de diciembre de 1966. Esta cumple una función capital en el desarrollo de dicho marco normativo internacional, pues en cumplimiento de su mandato de promover la armonización y modernización progresivas del derecho del comercio internacional, recurre a la preparación y el fomento de la utilización y adopción de instrumentos legislativos y no legislativos en diversos temas clave del derecho mercantil.

Los temas sobre los que la CNUDMI trabaja son, en concreto: la resolución de controversias, las prácticas contractuales internacionales, el transporte, el régimen de la insolvencia, el comercio electrónico, los pagos internacionales, las operaciones garantizadas, la contratación pública y la compraventa de mercancías. A través de un proceso internacional en el que intervienen diversos participantes (entre ellos, los Estados miembros de la CNUDMI, los Estados no miembros, y las organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales invitadas) se negocian estos importantes

¹⁴ Guía de la CNUDMI: Datos básicos y funciones de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. [Fecha de consulta: 21 de agosto de 2018]. Disponible en: http://www.uncitral.org/uncitral/es/about_us.html

instrumentos regulatorios del comercio y las inversiones internacionales, en el contexto de un mundo cada vez más globalizado.

Como habremos podido comprobar, se trata de un proceso sumamente inclusivo de todos los actores involucrados, razón por la cual los textos resultantes gozan de una gran aceptación. Además, también ofrecen soluciones adecuadas a Estados con distintos ordenamientos jurídicos y a países que están aún en vías de desarrollo. En parte por ello, desde su constitución, la CNUDMI ha llegado a ver reconocido su papel de órgano jurídico central y neurálgico del sistema de las Naciones Unidas en el ámbito del derecho mercantil internacional.

Entre las muchas labores de la CNUDMI cabe citar: la coordinación de la labor de las organizaciones internacionales o nacionales que realizan actividades en este campo; el fomento de la mayor participación posible de los Estados en los convenios, convenciones internacionales y leyes modelo existentes; la preparación de nuevos convenios y convenciones internacionales, leyes modelo y leyes uniformes, al igual que el fomento de la codificación y de una aceptación más amplia de las costumbres y prácticas comerciales internacionales; el fomento de métodos y procedimientos para tender hacia la progresiva interpretación y aplicación uniformes de los convenios y las convenciones internacionales; la compilación y difusión de información sobre la evolución de la legislación y la jurisprudencia nacionales en el ámbito del derecho mercantil internacional; el fortalecimiento de la colaboración de los diversos actores en la materia (sobre todo los Estados partes) con la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo; servir a su vez de vínculo y enlace para los actores antes citados con otros órganos de las Naciones Unidas y con otros organismos especializados que se ocupan del comercio internacional; y la adopción de cualesquiera otras medidas que la CNUDMI pudiera considerar útiles para desempeñar sus funciones.

Los Miembros de la CNUDMI se seleccionan entre los Estados Miembros de las Naciones Unidas y representan diferentes tradiciones jurídicas y diversos niveles de desarrollo económico. El número de miembros inicial de la CNUDMI llegaba hasta los 29 Estados. En 1973, la Asamblea General de las Naciones Unidas lo amplió a 36, y, finalmente, en 2002, a 60. Dicha ampliación se debió a una mayor participación y contribución de los Estados en comparación con la situación previa a la ampliación. Ello contribuyó notablemente a un aumento del interés de los actores internacionales en la expansión del programa de trabajo de la CNUDMI.

Tal y como hemos relatado, la estructura de la CNUDMI ha sido diseñada para garantizar la representación de las diversas regiones geográficas y de los principales sistemas económicos y jurídicos del mundo. De este modo, entre los 60 Estados miembros que la conforman figuran 14 Estados africanos, 14 asiáticos, 8 de Europa oriental, 10 de América Latina y el Caribe, y 14 de Europa occidental y otros Estados. Tenemos que tener en cuenta, al respecto, que en las fechas de la creación del órgano y de su primera ampliación, aún no había caído el Telón de Acero, razón por la cual para los bloques enfrentados (Estados democráticos liberales con economías de mercado, por un lado, y Estados socialistas con economías planificadas, por otro), al tener modelos jurídicos y económicos completamente opuestos, lucharon por obtener un poder equilibrado y paritario como contrapeso recíproco del otro en el seno de la institución.

La Asamblea General de la ONU elige a los miembros por un período de seis años, expirando cada tres años el mandato de la mitad de los miembros. Por norma general, las elecciones se suelen celebrar al final del año en el que expira un mandato. La fecha de expiración efectiva del mandato es el día inmediatamente anterior al del comienzo del período de sesiones de la Comisión del año correspondiente. Es el propio mandato saliente el que suele examinar antes de la elección, con los distintos grupos regionales, las distintas candidaturas presentadas por los Estados miembros por conducto de sus misiones permanentes (con el conocimiento de los presidentes de sus respectivos grupos regionales). Y, tal y como ya hemos explicado, a cada uno de esos grupos regionales le corresponde un número determinado de puestos en la Comisión, razón por la cual cada grupo regional tiene un número par de representantes, pues todos ellos renovarían en un periodo determinado una mitad de sus representantes.

La condición de miembro no supone ninguna contribución financiera adicional ya que la CNUDMI es una comisión permanente de la Asamblea General y su secretaría forma parte de la Secretaría de las Naciones Unidas. La secretaría de la CNUDMI no participa en la elección de los miembros de la Comisión.

2.2 Reglamento de Arbitraje de 1976

Este Reglamento de Arbitraje fue aprobado por Resolución 31/98 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 15 de diciembre de 1976, después de una serie de

consultas con los gobiernos y centros de arbitraje internacionales. Es tomado como referencia para la elaboración de la mayor parte de las cláusulas de arbitraje de los contratos comerciales que se firman en el mundo, y es utilizado en los arbitrajes *ad hoc* e institucionales y por los principales centros de arbitraje, sin apenas modificaciones.

Su aplicación es universal debido a que en su redacción fueron estudiados, utilizados y refundidos los más diversos sistemas jurídicos, sociales y económicos. Ello redundaba en una gran legitimación del Reglamento, lo cual a su vez implica una aceptación prácticamente universal del mismo. Como buena muestra de ello hay que citar el acuerdo entre los Estados Unidos y la República Islámica de Irán, de aplicarlo a la resolución de sus disputas¹⁵.

El Reglamento viene a ratificar y consolidar la autonomía y la independencia del procedimiento arbitral, en cuanto (entre otras cosas) excluye la obligación de acatar las disposiciones legales no obligatorias aplicables a los procedimientos arbitrales. El árbitro tiene, además, la facultad de conducir el arbitraje como lo considere más conveniente a las circunstancias de cada caso, siempre y cuando ambas partes gocen del mismo trato en condiciones de igualdad, y puedan exponer su caso en cualquier etapa del proceso.

Entre los centros e instituciones que utilizan el Reglamento de Arbitraje podemos encontrar, entre otros, a la Asociación Americana de Arbitraje (AAA); la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial (CIAC); la Corte Española de Arbitraje; la Corte de Arbitraje Comercial de Londres y la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo¹⁶.

El Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI constituye una amplia amalgama de normas procesales que las partes pueden convenir en aplicar para desarrollar y solucionar los procedimientos arbitrales que se entablen a raíz de sus relaciones comerciales, y que, tal y como hemos señalado, se suelen utilizar tanto en arbitrajes *ad hoc*, como en arbitrajes administrados por instituciones. Los artículos del Reglamento regulan todos los aspectos del proceso arbitral, recogen una cláusula modelo de arbitraje, determinan el nombramiento de los árbitros y el desarrollo de los procedimientos arbitrales, y establecen normas sobre los efectos, la forma y la interpretación del laudo. En la actualidad existen tres versiones distintas del Reglamento de Arbitraje: i) la versión de 1976; ii) la versión

¹⁵ BIGGS, G.: Solución de controversias sobre comercio e inversiones internacionales. Revista de la CEPAL, Washington D.C., 2003. P. 107.

¹⁶ BIGGS, G.: *Solución de controversias sobre comercio e inversiones internacionales...*, op.cit. P. 107.

revisada en 2010; y iii) la versión de 2013, que incluye el Reglamento de la CNUDMI sobre la Transparencia en los Arbitrajes entre Inversionistas y Estados en el Marco de un Tratado¹⁷.

El Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI fue por primera vez aprobado en 1976 y desde entonces se ha venido aplicando en la resolución de una amplia gama de controversias, que incluye las que siguen: las surgidas entre entidades comerciales privadas en las que no interviene ninguna institución arbitral; las controversias entre inversionistas y Estados; las controversias entre Estados; y en las controversias comerciales administradas por instituciones arbitrales. En 2006, la Comisión decidió que se revisara el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI a fin de adaptarlo a los cambios que se habían producido en la práctica arbitral durante los últimos 30 años. La revisión tenía como objetivo aumentar la eficacia de los arbitrajes regidos por el Reglamento, pero sin alterar la estructura original del texto, ni tampoco su esencia o su estilo de redacción.

El Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI (revisado en 2010) entró en vigor el 15 de agosto de 2010. Resumiendo de manera muy breve sus disposiciones más importantes, las principales novedades introducidas en el mismo son: la regulación de los arbitrajes multilaterales y la intervención de terceros en un arbitraje; la renuncia con carácter general de las partes intervinientes (salvo que acuerden lo contrario) a cualquier exigencia de responsabilidad a los árbitros u otros terceros intervinientes en el proceso que auxilien al árbitro cuando este requiera tal auxilio; la previsión de un procedimiento para formular objeciones respecto de los peritos nombrados por el tribunal arbitral; el establecimiento de un procedimiento revisado para la sustitución de un árbitro; la aparición del requisito de los costos razonables; la implementación de un mecanismo de examen de los costos del arbitraje; y disposiciones más detalladas sobre las medidas cautelares. Todo ello con el objetivo de incrementar la eficacia procesal¹⁸.

Finalmente, mediante la aprobación en 2013 del Reglamento de la CNUDMI sobre la Transparencia en los Arbitrajes entre Inversionistas y Estados en el Marco de un Tratado (el "Reglamento sobre la Transparencia") se introdujo un nuevo párrafo 4 en el

¹⁷ Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI. Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. [Fecha de consulta: 21 de agosto de 2018]. Disponible en: http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/arbitration/2010Arbitration_rules.html

¹⁸ Resolución aprobada por la Asamblea General 65/22 [sobre la base del informe de la Sexta Comisión (A/65/465)]. Revisión de 2010 del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI. [Fecha de consulta: 21 de agosto de 2018]. Disponible en: http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/arbitration/2010Arbitration_rules.html

artículo 1 del Reglamento de Arbitraje (revisado en 2010) con el fin de incorporar el Reglamento sobre la Transparencia para los arbitrajes entablados en virtud de tratados de inversiones celebrados el 1 de abril de 2014 o después de esa fecha. Este nuevo párrafo exige la máxima claridad en la aplicación del Reglamento sobre la Transparencia a los arbitrajes entre inversionistas y Estados entablados en virtud del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI. En todos los demás aspectos, el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI de 2013 se mantiene prácticamente invariable con respecto a la versión revisada en 2010¹⁹.

2.3 Ley Modelo de 1985

Esta ley fue el resultado de un arduo trabajo y numerosas consultas con instituciones, gobiernos y expertos de las distintas regiones del mundo. En la resolución que finalmente la aprobó, se propuso “que todos los Estados examinen debidamente la Ley Modelo sobre arbitraje comercial internacional, teniendo en cuenta la conveniencia de la uniformidad del derecho procesal arbitral y las necesidades específicas de la práctica del arbitraje comercial internacional”²⁰.

La ley viene a ser el complemento indispensable de la Convención de Nueva York de 1958 y del Reglamento de Arbitraje de 1976. Este último depende del régimen legal obligatorio dentro del cual se aplica, en función de los mecanismos de transposición interna a la legislación de cada Estado. La Convención de Nueva York solamente regula los procedimientos de ejecución de los laudos u otras resoluciones arbitrales, pero no contiene disposiciones sobre el contenido sustantivo del proceso de arbitraje. Es por ello que la Ley Modelo pretende asegurar la operatividad de la Convención y Reglamento

¹⁹ Resolución aprobada por la Asamblea General el 16 de diciembre de 2013 [sobre la base del informe de la Sexta Comisión (A/68/462)] 68/109. Reglamento sobre la Transparencia en los Arbitrajes entre inversionistas y Estados en el Marco de un Tratado y Reglamento de Arbitraje (según el texto revisado de 2010, con el nuevo artículo 1, párrafo 4, aprobado en 2013) de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. [Fecha de consulta: 21 de agosto de 2018]. Disponible en: http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/arbitration/2010Arbitration_rules.html

²⁰ Resolución aprobada por la Asamblea General 40/72. Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. [Fecha de consulta: 21 de agosto de 2018]. Disponible en: http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration.html

mencionados, y, de este modo, constituye el tercer vértice del triángulo normativo que regula el arbitraje comercial internacional²¹.

Las circunstancias que llevaron a la adopción de la Ley Modelo fueron, sobre todo, los obstáculos de las leyes nacionales que impedían, y aún impiden, la autonomía de la voluntad de las partes en la administración de los arbitrajes. Esos impedimentos siguen hoy en día obstaculizando la seguridad jurídica para los inversionistas en ciertos Estados del mundo, que, recelosos de una hipotética y supuesta pérdida de soberanía regulatoria frente a empresas multinacionales extranjeras, reniegan aún de la institución del arbitraje. A este conjunto de Estados pertenecen, sobre todo, países latinoamericanos, los cuales, salvo raras excepciones, todavía no han armonizado sus legislaciones conforme a dicha ley²².

La estructura y el contenido de la Ley Modelo están específicamente destinadas a servir de base para la reforma y modernización de todas las leyes sobre procedimiento arbitral de los Estados, con el objeto de incorporar y absorber los rasgos peculiares y las necesidades del arbitraje comercial internacional de cada uno de ellos. Regula todas las etapas del procedimiento arbitral, desde el acuerdo de arbitraje, pasando por la composición y competencia del tribunal arbitral y el alcance de la intervención del tribunal, hasta el reconocimiento y la ejecución del laudo arbitral. Es fiel reflejo del consenso mundial sobre los aspectos clave de la práctica del arbitraje internacional que demandan Estados de todas las regiones y ordenamientos jurídicos o sistemas económicos del planeta, en base a las necesidades del mundo globalizado e interconectado que nació tras la Segunda Guerra Mundial y en pleno auge de la Tercera Revolución Industrial²³. La sociedad actual se sustenta, por ello, en las bases de libre competencia, economía de mercado, y cultura del consumo, para conseguir la máxima multiplicación y creación posible de las riquezas en el mundo, y el rápido y cómodo tránsito de los flujos internacionales de capitales e inversiones. Para asegurar estos flujos, el arbitraje es el instrumento más elemental de protección y seguridad para los inversores.

²¹ BIGGS, G.: *Solución de controversias sobre comercio e inversiones internacionales...*, op.cit. P. 107.

²² BIGGS, G.: *Solución de controversias sobre comercio e inversiones internacionales...*, op.cit. P. 107.

²³ Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, 1985, con enmiendas adoptadas en 2006. Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. [Fecha de consulta: 23 de agosto de 2018]. Disponible en: http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration.html

El 7 de julio de 2006, la CNUDMI aprobó enmiendas del párrafo 2 del artículo 1, del artículo 7 y del párrafo 2 del artículo 35, el nuevo capítulo IV A que sustituye al artículo 17 y un nuevo artículo 2A. La versión revisada del artículo 7 se hace con el objetivo de modernizar el requisito de la forma para los acuerdos arbitrales a fin de observar más estrictamente las prácticas contractuales internacionales. El nuevo capítulo IV A lo que hace es ampliar el régimen jurídico aplicable a las medidas provisionales en apoyo del arbitraje. Desde 2006, la versión estándar de la Ley Modelo es la versión enmendada.

III. TRIBUNALES INTERNACIONALES DE ARBITRAJE

1. Tribunales ad-hoc y Reglamento de la CNUDMI. Protección bilateral de inversiones

1.1 Generalidades de los arbitrajes ad-hoc

Normalmente, cuando hablamos de arbitraje ad-hoc, hablamos de un proceso arbitral en el que son las partes quienes tienen que poner en marcha el mecanismo de la constitución del tribunal arbitral. En estos casos resulta recomendable determinar desde el principio el número de árbitros y a continuación poner, por escrito, las estipulaciones necesarias concernientes a su designación²⁴.

Si un tribunal arbitral se va a constituir con un único vocal, es decir, con un árbitro único, las partes pueden nombrar al árbitro de antemano o ya solamente cuando surja la controversia. Sin embargo, en la práctica, la designación del árbitro previa a la controversia no es muy usual, puesto que es muy difícil garantizar la disponibilidad del árbitro en el momento hipotético futuro en el que esta vaya a surgir, por no mencionar el problema consecuente de la ausencia de previsión de uno o varios sustitutos. Por ello lo normal es que el árbitro sea nombrado solo una vez surgida la controversia.

Y de este modo, lo importante no es nombrar a algún árbitro de antemano, sino convenir el régimen aplicable al proceso de selección del mismo en el caso de que la disputa surja. Lo normal suele ser el nombramiento conjunto por ambas partes de una persona determinada por consenso, y en caso de que este consenso no vaya a ser posible, que sea un tercero el que elija al árbitro. Este tercero puede ser un órgano judicial, que normalmente se designa de acuerdo a la legislación aplicable de arbitraje, o bien una autoridad nominadora independiente. De hecho, lo aconsejable es optar por esta última opción, y que tal autoridad nominadora sea expresamente un centro de arbitraje u otra institución o sociedad arbitral equivalente, pues estas suelen tener por lo general los

²⁴ VERBIST, H.; IMHOOS, C.; BOURQUE, J-F.: *Arbitraje y solución alternativa de controversias: cómo solucionar las controversias mercantiles internacionales. El Caso de Costa Rica*. Centro de Comercio Internacional UNCTAD/WTO, Ginebra, 2005. Pp. 111-125.

medios adecuados para realizar tales nombramientos, sobre todo (y lo que para el caso es más importante) listas de árbitros y de peritos especializados en procedimientos arbitrales.

Por norma general, los plazos que se suelen pactar en estos procedimientos suelen ser de 30 días entre los respectivos trámites y notificaciones, pero hay libertad de pactos, por lo que se pueden pactar libremente plazos más cortos o más largos. También suelen ser comunes los plazos de 60 días.

Cuando, por el contrario, se designa a una pluralidad de árbitros, las características de la selección de los vocales suelen ser las mismas que las anteriormente descritas, salvando unas pocas pero importantes excepciones, que son, entre otras, las siguientes: un número habitual de tres árbitros; cada parte nombrará a un árbitro propio, no significando ello que este vocal defienda la postura de la parte que lo ha escogido, pues pese a ello, tiene que ser en todo momento imparcial; y los dos árbitros nombrados por las partes designan al tercero, que actúa como presidente del tribunal arbitral. En caso de que no se pueda nombrar a alguno de los árbitros, se recomienda acudir a los servicios de alguna entidad nominadora especializada como las anteriormente descritas²⁵.

En el caso particular de arbitraje de la CNUDMI, esta adoptó, como ya dijimos, el citado Reglamento de Arbitraje ad-hoc en 1976, cuya aplicación es recomendada para solucionar las controversias que surgieren como resultado de las relaciones mercantiles internacionales. La virtualidad y la importancia de este Reglamento de Arbitraje residen en que permiten a las partes arbitrar sus controversias sin tener que recurrir a una institución arbitral, constituyendo ellas mismas con total libertad su propio órgano arbitral “a la carta”.

El Reglamento establece asimismo que, si las partes no alcanzaren un acuerdo acerca del método de nombramiento de los árbitros, o no se hubieren remitido a alguna autoridad nominadora (o esta autoridad se negare o no pudiera nombrar un árbitro), cualquiera de las partes tendrá la posibilidad de recurrir al Secretario General del Tribunal Permanente de Arbitraje de la Haya (Países Bajos) para que designe una autoridad nominadora. La cláusula modelo sobre arbitraje que la CNUDMI recomienda reza así: “Todo litigio, controversia o reclamación resultante de este contrato o relativo a este contrato, su incumplimiento, resolución o nulidad, se resolverá mediante arbitraje de

²⁵ VERBIST, H.; IMHOOS, C.; BOURQUE, J-F.: *Arbitraje y solución alternativa de controversias...* Op.cit. Pp. 111-125.

conformidad con el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, tal como se encuentra en vigor.”²⁶.

La CNUDMI también recomienda a los usuarios de esta cláusula compromisoria modelo que hagan constar la autoridad nominadora (el nombre de la institución o de las personas), el número de árbitros (uno o tres), el lugar de arbitraje (ciudad y país), y el idioma o los idiomas que se vayan a usar en el procedimiento arbitral.

1.2 Elementos de una cláusula de arbitraje

Entre los principales aspectos a tener en cuenta a la hora de redactar una cláusula de resolución de conflictos por medio de arbitraje en el seno de un contrato internacional están:

a) Número de árbitros

Una gran mayoría de leyes naciones de arbitraje disponen que, obligatoriamente, el número de árbitros ha de ser impar, por lo que en esos Estados, cuando haya cláusulas o nombramientos de números pares de árbitros, estas serán consideradas nulas. Pero más allá de esta prohibición nacional de casos concretos, no es obligatorio que el número de árbitros sea impar, aunque sí es recomendable (y habitual)²⁷.

Si las partes no disponen nada al respecto, según el Reglamento de la CNUDMI, este número de árbitros será de tres. Lo más normal es que siempre sean uno o tres. Las consideraciones para decantarnos por un único vocal o por tres son de índole económica, aunque también suelen tenerse en cuenta factores como la complejidad del asunto o la procedencia geográfica y cultural de las partes.

Un árbitro único supone menores problemas de costas y honorarios y de repetición de entrevistas y consultas, aunque también es más difícil de encontrar y alcanzar un acuerdo sobre la identidad del mismo cuando los orígenes de las partes proceden de sociedades o sistemas cultural o geográficamente distantes. Por el contrario, tres árbitros

²⁶ Artículo 1 del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, antes citado.

²⁷ VERBIST, H.; IMHOOS, C.; BOURQUE, J-F.: *Arbitraje y solución alternativa de controversias...* Op.cit. Pp. 111-125.

suponen un mayor problema de costes, gastos y honorarios, e incluso de trámites en distintos lugares de actuación de los mismos, pero por el contrario, supone la ventaja de conciliar mejor diversas culturas y sistemas.

b) Lugar de arbitraje

Es un punto crucial, que muchas veces se suele dejar para el momento en el que surja la controversia, evitando de este modo acalorados debates en el momento de redactar la cláusula. En el arbitraje ad-hoc, las partes suelen dejar la facultad de elección del lugar al propio árbitro o árbitros, pues de lo contrario, cada parte suele elegir el lugar cuya normativa más le favorezca en función de si es parte demandada o demandante²⁸.

Entre las consideraciones de tipo práctico que se tienen en cuenta para la elección del lugar, cabe citar la facilidad de acceso a ese lugar (aeropuertos, autopistas, ferrocarriles, etc.), los sistemas de telecomunicaciones (videoconferencia, servicios de Internet, etc.), la infraestructura y la logística (hoteles y salas de reuniones), e incluso la estabilidad política del país. Sin embargo, estas consideraciones son incluso secundarias si las comparamos con el elemento clave del análisis, que es la legislación del lugar estudiado, en concreto sus leyes sobre arbitraje y su legislación procesal. El destino idóneo siempre tiene que tener una legislación que facilite lo máximo posible el arbitraje, y que no permita a los juzgados y tribunales nacionales de ese país interferir en el proceso.

Pero además, a la hora de buscar el lugar cuya legislación sea más laxa posible en torno al arbitraje, también es importante buscar aquel lugar cuya legislación ofrezca menos posibilidades de recurso a la parte perdedora, pues esto alarga en exceso el proceso y disminuye la eficacia final de las resoluciones arbitrales. En el mismo sentido, también es de capital importancia elegir un lugar que haya firmado y ratificado la Convención de Nueva York de 1958, pues esta garantiza la ejecución final del laudo en cualquiera de los Estados parte. Y, por último, también hay que prestar atención a la normativa procedimental general y sobre todo arbitral del lugar estudiado, pues algunas exigen, por ejemplo, que todos los árbitros han de ser obligatoriamente varones, o que en el proceso las partes habrán de estar acompañadas en todo momento por abogado (lo cual levanta problemas de habilitación para el ejercicio en ese país).

²⁸ VERBIST, H.; IMHOOS, C.; BOURQUE, J-F.: *Arbitraje y solución alternativa de controversias...* Op.cit. Pp. 111-125.

c) Derecho aplicable al fondo de la controversia

Parece lógico, pero en la práctica en muchos contratos las partes no han previsto con atención su régimen de obligaciones y responsabilidades, lo cual puede desembocar en malentendidos finales en la aplicación del mismo y lagunas en estipulaciones contractuales.

Lo correcto sería elegir el derecho aplicable al contrato durante las negociaciones del mismo con el fin de fijar, como una cuestión de coherencia, el marco jurídico de las operaciones mercantiles o financieras que se prevén. Además, pese a la conexión directa que hay entre derecho aplicable y el propio arbitraje (pues sea cual sea el árbitro escogido, tendrá que deliberar prestando atención precisamente a ese derecho aplicable), lo recomendable sería establecerlo en un párrafo o apartado concreto y separado del de la cláusula compromisoria, más que nada porque este derecho se aplicará al contrato con independencia de que se llegue finalmente a disputas o necesidad de arbitraje; durante toda la vida del contrato, como baremo o filtro para la interpretación constante del mismo por parte de ambos actores²⁹.

En cuanto a qué derecho escoger, lo lógico sería que cada parte intentase escoger el suyo propio, por la creencia de que este ampararía mejor sus intereses, pero esto en la práctica no sucede. De hecho, es muy común que una de las partes escoja incluso como derecho aplicable el de la contraria, pero sobre todo se suele dar la elección de un derecho aplicable neutro e independiente al de cada parte. Es sonado el caso del derecho francés, en el que no se reconoce “la teoría de las circunstancias imprevistas”, que permite adaptar las estipulaciones contractuales en caso de que se produzca un cambio sustancial de las circunstancias que prevalecían en el momento de firmar el contrato. Por lo que si el inversor en un Estado determinado es francés, lo más probable es que este no escoja su propio derecho.

Y pese a que en la práctica no se prohíbe expresamente someter distintas partes del contrato a distintos ordenamientos jurídicos, en función de los beneficios que puedan reportar a una u otra parte, esto no es muy común en la práctica, por los lógicos problemas de complejidad técnica que ello conlleva en la aplicación, cumplimiento y la propia

²⁹ VERBIST, H.; IMHOOS, C.; BOURQUE, J-F.: *Arbitraje y solución alternativa de controversias...* Op.cit. Pp. 111-125.

negociación de los contratos. Esta solución, poco usada como ya dijimos, recibe el nombre de *dèpeçage*.

Las partes también pueden no someter el contrato a ningún derecho nacional en concreto, sino solamente al internacional, como las prácticas mercantiles internacionales, la *lex mercatoria* o los principios de UNIDROIT³⁰.

d) Derecho aplicable al procedimiento

Estamos hablando aquí del derecho que rige el proceso arbitral, es decir, la *lex arbitri*, no del derecho aplicable al fondo del contrato, que pueden o no coincidir. Las partes tienen las siguientes opciones: adoptar las normas del procedimiento del lugar del arbitraje, siendo esta la solución más fácil, y haciendo depender el resultado final de la elección del lugar; adoptar las normas de procedimiento de otro país, alternativa más peligrosa, porque siempre podrá chocar con las normas obligatorias del lugar de arbitraje; adoptar un Reglamento Modelo para el arbitraje como el Reglamento de la CNUDMI; o bien crear normas de procedimiento específicas de común acuerdo, lo cual exige un conocimiento técnico avanzado de los procedimientos de arbitraje.

e) Derecho aplicable a la cláusula compromisoria

Por norma general, si no se especifica nada, este suele ser el mismo que el que se aplica al resto del contrato, por lo cual un régimen distinto exige una concreción escrita expresa de tal régimen especial en el caso de la cláusula de arbitraje. No suele ser lo habitual en la práctica.

f) Idioma del arbitraje

Cuando el idioma es común para ambas partes (por ejemplo, inversor español en un Estado hispanoamericano), no hay ningún problema, puesto que las partes tienen

³⁰ The International Institute for the Unification of Private Law (o Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado, en castellano), es una organización intergubernamental independiente con sede en la Villa Aldobrandini en Roma. Su objetivo es estudiar las necesidades y los métodos para modernizar, armonizar y coordinar el derecho privado, particularmente el derecho comercial, entre Estados y grupos de Estados. Tráfico ilícito de bienes culturales. Página web de la UNESCO. [Fecha de consulta: 28 de agosto de 2018]. Disponible en: <http://www.unesco.org/new/es/culture/themes/illicit-trafficking-of-cultural-property/1995-unidroit-convention/>

libertad para fijar el idioma del arbitraje. Pero cuando las partes usan como propio idiomas distintos, lo normal es que el contrato firmado conste en ambos idiomas, lo cual plantea conflictos al respecto del idioma o idiomas en que se vaya a desarrollar el arbitraje. Por sentido común, lo más normal es que las partes acuerden el uso del idioma utilizado en el proceso de negociación y redacción del contrato. Lo recomendable y lo más práctico sería acordar el uso de un solo idioma, pero nada impide que las partes acuerden el uso de varios idiomas en el seno de un proceso de arbitraje.

g) Nacionalidad y titulación de los árbitros

En lo que respecta a la nacionalidad de los árbitros, los factores más a tener en cuenta en su elección suelen ser no solo el origen geográfico de las partes y la imparcialidad o inclinación que el árbitro pueda tener hacia una u otra, sino también el derecho aplicable al fondo, pues los distintos sistemas jurídicos del mundo (sobre todo Derecho continental francés o *Civil Law* y Derecho anglosajón o *Common Law*) presentan notables diferencias no solo de índole sustantiva, sino también procesal³¹.

En cuanto a la titulación de los árbitros, aquí no hay que correr el riesgo de ser demasiado específicos, lo cual nos puede recortar bastantes opciones a la hora de solventar la controversia. Donde sí hay que serlo es en la independencia y objetividad del árbitro, que este no solo no se encuentre en conflicto de intereses con alguna de las partes, sino que además no lo esté con ningún otro poder o actor tercero ajeno al litigio, pero tal vez interesado en el mismo.

Algunos Reglamentos de Arbitraje someten la labor del árbitro a una aceptación previa por escrito de tales deberes de imparcialidad e independencia, e incluso a la detentación de una determinada titulación.

h) La negociación, conciliación o mediación como requisito previo para acceder al arbitraje

³¹ VERBIST, H.; IMHOOS, C.; BOURQUE, J-F.: *Arbitraje y solución alternativa de controversias...* Op.cit. Pp. 111-125.

No es recomendable, puesto que se suele convertir en una mera “cláusula de estilo”³², que dificulta y alarga en exceso los procedimientos. Es incluso redundante, pedir como requisito al acceso de una técnica de solución alternativa de controversias el acceso previo a otra técnica de igual naturaleza pero distinta, pues de lo contrario las partes ya habrían pactado directamente una mediación en vez de un arbitraje. De todos modos, la mediación (u otras) solo es recomendable usarla como complemento del arbitraje (pese a alargar algo más el proceso) en casos en los que las culturas sociales y jurídicas de las partes sean propensas a la solución pacífica y amistosa negocial de los conflictos.

i) Las facultades del árbitro para decidir ex aequo et bono o como “amigable componedor”

Un tribunal arbitral solo podrá decidir según equidad y justicia si expresamente se le ha otorgado por las partes tal poder. Sin embargo, hay algunos Estados donde tal figura en el derecho no existe, razón por la cual hay que tener cuidado con qué derecho aplicable hemos escogido para el fondo y para el procedimiento arbitral, pues si alguno de ellos no permite resolver conforme a equidad y justicia, no podremos otorgarle tal facultad al tribunal arbitral.

En cuanto a la “amigable composición”, esta tiene sus orígenes en el derecho francés, y consiste en la facultad que se otorga a los árbitros para omitir las disposiciones de un determinado derecho que no sean obligatorias, en caso de que consideren que la estricta observación de las mismas conllevaría un resultado injusto³³.

j) Las facultades del árbitro de adaptar el contrato

Esta cláusula se suele usar cuando estamos ante contratos de una muy larga duración, los cual despliegan todos sus efectos de forma normal, sin aparecer disputas ni litigios entre las partes, pero que pasado un gran intervalo de tiempo, y por la modificación de ciertas circunstancias fácticas o de necesidades de ambas partes, necesitan ser reconducidos y actualizados de alguna manera que no altere a lo sustancial

³² Una cláusula de estilo es aquella cláusula que las partes insertan en un contrato con motivo de la utilización de formularios o modelos preestablecidos, y que al ser un mero requisito formal, suele carecer de valor interpretativo. Enciclopedia jurídica (en línea), consultada a 29 de agosto de 2018. Disponible en: <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/cl%C3%A1usula-de-estilo/cl%C3%A1usula-de-estilo.htm>

³³ VERBIST, H.; IMHOOS, C.; BOURQUE, J-F.: *Arbitraje y solución alternativa de controversias...* Op.cit. Pp. 111-125.

del fondo de las obligaciones y derechos de ambas partes. Una vez más, el único problema que nos encontramos es el de las barreras que el derecho escogido nos pueda poner para tal cláusula.

k) Facultad del árbitro de ordenar medidas provisionales o cautelares

Es aconsejable estipular dicha facultad justamente dentro de la propia cláusula de arbitraje ad-hoc para de esta forma evitar litigios posteriores sobre la supuesta falta de competencia de ese tribunal arbitral en concreto para dictar medidas cautelares o provisionales. De todos modos, el verdadero problema aquí reside en el poco poder ejecutivo que estas resoluciones arbitrales puedan llegar a tener, para cuya ejecución se necesitaría siempre acudir al tribunal nacional competente. Si bien es cierto que en la práctica, para no minar la credibilidad de la parte que tiene que soportar la medida frente al tribunal arbitral, es esta misma parte la que escoge voluntariamente cumplir con la misma³⁴.

l) Renuncia a la inmunidad soberana

Como una de las partes del contrato es un Estado, tenemos que asegurarnos de que este a la hora de la firma del contrato renuncia a su inmunidad soberana en lo relativo a la resolución de conflictos derivados de este contrato, y que para ello: que dicho Estado ostenta la capacidad de otorgar una cláusula compromisoria conforme a su propio derecho interno; que sus representantes están autorizados a otorgar dicha cláusula en su nombre conforme a su derecho interno; que la controversia no esté incluida dentro del ámbito de la exclusiva jurisdicción nacional de sus órganos de justicia, conforme a su derecho interno, y que el Estado pueda, por lo tanto, someterla a arbitraje³⁵.

m) Arbitrajes de más de dos partes

Se debe evitar en la medida de lo posible que haya una gran multiplicidad de árbitros, por lo que lo recomendable sería aglutinar a varios demandados o a varios demandantes en un mismo proceso arbitral si ello fuera posible, si bien es cierto que la

³⁴ VERBIST, H.; IMHOOS, C.; BOURQUE, J-F.: *Arbitraje y solución alternativa de controversias...* Op.cit. Pp. 111-125.

³⁵ VERBIST, H.; IMHOOS, C.; BOURQUE, J-F.: *Arbitraje y solución alternativa de controversias...* Op.cit. Pp. 111-125.

complejidad de tal tarea es siempre enorme, razón por la cual no hay cláusulas modelo que aborden esta situación.

n) Prorratio anticipado de las costas

Conviene recoger tal posibilidad por escrito en la propia cláusula compromisoria, porque en el arbitraje internacional ad-hoc, las facultades de prorratio de costas de los árbitros son muy discrecionales.

ñ) Renuncia a recurrir

Normalmente, las partes acuden al arbitraje para eludir los mecanismos jurisdiccionales de justicia, por lo cual no suele haber recurso posterior. Sin embargo, para que esto ocurra, tal renuncia tiene que venir expresada en la propia cláusula compromisoria, y ser suscrita por ambas partes. Pero además, lo normal es que los Estados tengan siempre en su legislación al menos un recurso extraordinario contra los laudos arbitrales, basados precisamente en defectos de redacción de la cláusula compromisoria, de constitución del tribunal arbitral, o de competencias del mismo. Raro es el caso en que un Estado permita a las partes en su ley formular cualquier clase de recurso contra la resolución arbitral final³⁶.

1.3. Los APPRIs o BITs

Como bien sabemos, la norma general en Derecho Internacional Privado es la aplicación del derecho extranjero declarado aplicable por nuestro Derecho Internacional Privado, salvando los casos en los que el derecho extranjero al que nos remita sea contrario a nuestro orden público. Sin embargo, la legislación que regula las inversiones extranjeras tiene normalmente el carácter de derecho público, y por lo tanto de aplicación territorial. Por ello, en el contexto actual de países receptores de inversiones privadas y países emisores de las mismas, nos podríamos encontrar ante dos situaciones distintas, en función de qué Derecho público escogemos aplicar: podemos aplicar el derecho del lugar

³⁶ VERBIST, H.; IMHOOS, C.; BOURQUE, J-F.: *Arbitraje y solución alternativa de controversias...* Op.cit. Pp. 111-125.

de la ejecución de la inversión, en cuyo caso el inversor particular se vería desprotegido por la sumisión a la legislación del país receptor del capital; o bien podemos aplicar el derecho del domicilio del inversor extranjero, lo cual sería injusto para los nacionales del país destino de la inversión, no solo para las empresas (que compiten a lo mejor en el mercado nacional con un trato menos favorable) sino también para los propios particulares, que gozaban a lo mejor de una legislación nacional en materia del trabajo más ventajosa³⁷.

Además, el mayor escollo para las empresas inversoras en el extranjero suele ser la modificación de las políticas o de la normativa del Estado receptor, de tal forma que su inversión puede verse perdida, total o parcialmente. Y es aquí donde entran los Tratados Bilaterales de Inversión, o TBIs (Bilateral Investment Treatis o BITs en inglés). Estos tratados son firmados y ratificados por dos Estados, por lo que en caso de que cualquiera de ellos incumpla lo estipulado en los mismos, estará incurriendo en un quebrantamiento de la legalidad internacional. En los mismos se sientan condiciones básicas para el tratamiento de las inversiones y sus inversores, que luego los países firmantes no pueden modificar unilateralmente, pues si lo hicieran, estarían incurriendo en responsabilidad internacional³⁸.

Por lo tanto, estamos ante tratados marco que establecen una serie de cláusulas cuyo objetivo es garantizar un clima de estabilidad para las inversiones. Lo que se pretende es asegurar al inversor extranjero frente a actos legislativos o normativos en general del Estado parte receptor de la inversión. Tratan, de este modo, de preservar lo que los Estados desarrollados llaman “equilibrio de los contratos”, lo cual quiere decir que estas cláusulas de estabilidad, en contra de lo que muchos de sus críticos arguyen, no implican una pérdida de soberanía por parte del Estado receptor, pues este no pierde su facultad de introducir cambios normativos en esa materia o sector concretos de la inversión. Todo lo contrario; en ningún momento se habla de compromisos absolutos de no modificación de la normativa propia (potestad que los Estados siguen conservando en todo momento), sino que más bien se pretende que, si así lo desea el Estado receptor, cambie su legislación si quiere, pero que ese nuevo cambio no pueda ser oponible al

³⁷ MARTÍNEZ COLL, J.C, GRANATO, L. (ed.): *Protección del inversor extranjero y arbitraje internacional en los Tratados Bilaterales de Inversión*, Centro Argentino de Estudios Internacionales, Buenos Aires, 2010. P. 9.

³⁸MARTÍNEZ COLL, J.C.; GRANATO, L.: *Protección del inversor extranjero...*, op.cit. P. 11.

concreto inversor con el que ya ha pactado un régimen determinado, y por lo tanto no sea oponible ni al contrato con ese inversor, ni tampoco al tratado marco³⁹.

El antecedente histórico más cercano de estos TBI lo encontramos en los “Tratados de Amistad, Comercio y Navegación” (Friendship, Commerce and Navigation Treaties), suscritos desde comienzos de la posguerra hasta bien entrados los años 60 por los Estados Unidos, Japón (en menor medida) y algunas naciones de Europa Occidental. Estos nuevos tratados añadirán nuevas regulaciones sobre inversiones y resolución amistosa de disputas, a las clásicas meramente mercantiles que venían siendo recogidas en los tratados comerciales convencionales desde el siglo XVIII. Estos nuevos tratados también recibieron el nombre de Acuerdos de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (APPRI) si bien es cierto que comúnmente se les conoce por su nombre en inglés (el anteriormente señalado BIT)⁴⁰.

Históricamente, fue la República Federal de Alemania quien primero se bautizó en esta novedosa práctica, suscribiendo en el año 1959 el primero de estos tratados con la República Islámica de Pakistán. Posteriormente, Alemania fue gradualmente seguida por otros países europeos, hasta que, en la década del 70, la conclusión de estos acuerdos se convirtió en una política deliberada de los países exportadores de capital, los cuales suscribieron decenas de ellos, fundamentalmente con países de África y Asia⁴¹.

Estos tratados de inversiones contienen previsiones de distinta índole, de los cuales, a modo de ejemplo, citaremos los siguientes: alcance de la aplicación del acuerdo, patrones o normas de tratamiento, patrones o normas de protección, las reglas en materia de transferencia de moneda, o compensación de daños causados por conflictos armados, revoluciones, emergencias nacionales, así como las condiciones de desposesión y compensación, y (muy importante) los citados mecanismos de resolución extrajudicial de controversias. Y, tal y como dijimos en apartados anteriores, el contenido de estos tratados fue uniformizándose cada vez más, gracias a la labor de las instituciones internacionales y a sus textos modelos⁴².

³⁹ GUTIÉRREZ POSSE, H.: “Acuerdos para promoción de inversiones extranjeras. Sistemas de solución de controversias” en *Los Convenios para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones*. Instituto de Derecho Internacional y de la Navegación de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Buenos Aires, 1993. P.9.

⁴⁰ MARTÍNEZ COLL, J.C; GRANATO, L.: *Protección del inversor extranjero...*, op.cit. P. 12.

⁴¹ FERNÁNDEZ DE GURMENDI, S.A.: “Los convenios bilaterales de promoción y protección de inversiones extranjeras”, en *Relaciones Internacionales*. Instituto de Relaciones Internacionales de la Universidad Nacional de la Plata, La Plata, 1992. Pp. 67-68.

⁴² MARTÍNEZ COLL, J.C; GRANATO, L.: *Protección del inversor extranjero...*, op.cit. P. 13.

2. Corte Permanente de Arbitraje de la Haya

El nombre de “Corte Permanente de Arbitraje” (en adelante La Corte o CPA) puede llevar a equívocos, ya que esta institución no es ni permanente, ni un tribunal como tal. La Corte fue creada en la Conferencia de La Haya celebrada en el año 1899, y las disposiciones de dicha conferencia que afectaban a esta Corte fueron posteriormente refrendadas y fortalecidas en la Segunda Conferencia de La Haya, del año 1907. Pero viene a ser más bien una larga lista de personas de reconocida competencia en materia de derecho internacional, y que gozan de una alta reputación profesional y moral dentro de sus respectivos Estados miembros. Cada parte signataria puede nombrar un máximo de cuatro de estas personas de alta cualificación; nombramiento que dura un máximo de seis años, aunque con posibilidades de redesignación. Del total de los miembros de dicha Corte así designados por todos los Estados partes, se toman los árbitros que de acuerdo con los países o partes contendientes han de componer el tribunal arbitral⁴³.

La Corte Permanente de Arbitraje tiene una estructura muy particular, puesto que la componen: a) la antes mencionada Lista, compuesta por aproximadamente 500 personas de reconocido prestigio profesional y moral, elegidos por los Estados miembros signatarios de las Convenciones de la Haya de 1899 y 1907; b) el Consejo Administrativo, integrado por el Ministro de Relaciones Exteriores de Holanda y los agentes diplomáticos de los miembros de las Convenciones de la Haya antes mencionadas, acreditados en los Países Bajos, y c) la Oficina Internacional, dirigida por un Secretario General con sede en La Haya⁴⁴.

En cuanto a las funciones de la CPA, si recurrimos a la página web oficial de la propia Corte, esta se autodefine en la actualidad como una “organización intergubernamental que proporciona una variedad de servicios para la resolución de disputas a la comunidad internacional”. Esta definición engloba no solo servicios de arbitraje entre Estados, sino también arbitrajes entre Estados, entidades controladas por Estados (como empresas públicas), organizaciones internacionales y partes privadas

⁴³ SEPÚLVEDA, C.: “La Solución Pacífica de las Controversias”, en *Derecho internacional*, ed. Porrúa, Ciudad de México, 2004. Pp. 397-398.

⁴⁴ SEPÚLVEDA, C.: “La Solución Pacífica de las Controversias”, en *Derecho internacional*, op.cit. Pp. 397-398.

(sociedades transnacionales). Por no mencionar otros servicios como mediación, conciliación u otras formas de solución pacífica de controversias internacionales, en las cuales la CPA pone sus instalaciones a disposición, y por petición, de tribunales establecidos conforme a los reglamentos de ciertas instituciones de arbitraje internacional o en virtud de reglas acordadas ad hoc⁴⁵.

Pero la lista no acaba ahí, porque estas funciones no se agotan en la mera celebración de procedimientos no judiciales de resolución de controversias o litigios internacionales, sino que además la Corte también actúa como autoridad nominadora que las partes en otros procesos de arbitraje o mediación ante terceros tribunales o cortes de arbitraje pueden llegar a designar. De este modo, esos interesados pueden llegar a recurrir al Secretario General de la CPA para que este mismo actúe como autoridad nominadora, o para que designe a otra autoridad nominadora, para el nombramiento de árbitros en virtud de las Reglas de procedimiento de la CPA, el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI u otras reglas de procedimiento.

Por último, la CPA también se encuentra disponible para proporcionar apoyo administrativo a comisiones de investigación para la determinación de hechos que involucren a varias combinaciones de Estados, entidades estatales, organizaciones internacionales y actores privados. Para facilitar estas labores de constitución y administración de comisiones de investigación, la CPA ha creado el Reglamento facultativo de la Corte Permanente de Arbitraje para comisiones de investigación para la determinación de hechos. Por no mencionar la redacción de cláusulas modelo de conciliación y acuerdos de sumisión, para usarse en conexión con este Reglamento⁴⁶.

La CPA tiene actualmente 121 partes contratantes, y administra 3 procedimientos entre Estados, 102 arbitrajes inversionista-Estado, 49 casos surgidos de contratos que involucran a un estado u otra entidad estatal y otras 2 disputas. Por lo tanto, la mayor parte del trabajo de este organismo está constituido por arbitrajes de inversiones, pese a que en el pasado comenzara su labor con arbitrajes entre Estados⁴⁷.

⁴⁵ Permanent Court of Arbitration. Cour Permanente d' Arbitrage. [Fecha de consulta: 9 de enero de 2019]. Disponible en: <https://pca-cpa.org/es/home/>

⁴⁶ Determinación de hechos / Comisiones de investigación. Permanent Court of Arbitration. Cour Permanente d' Arbitrage. [Fecha de consulta: 9 de enero de 2019]. Disponible en: <https://pca-cpa.org/es/services/fact-finding-commissions-of-inquiry/>

⁴⁷ Casos. Permanent Court of Arbitration. Cour Permanente d' Arbitrage. [Fecha de consulta: 9 de enero de 2019]. Disponible en: <https://pca-cpa.org/es/cases/>

3. Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional de París

Antes de entrar a hablar de la Corte Internacional de Arbitraje, conviene ubicar correctamente la definición, el papel y la relación que esta guarda con La Cámara de Comercio Internacional de París. Esta Cámara (en adelante, la CCI) es la organización empresarial mundial por antonomasia, con sede en París, que representa a las empresas de todos los sectores y de todos los países del mundo. La CCI fomenta la apertura del comercio y de la inversión internacionales, así como la economía de mercado, y se fundó en 1919. Hoy agrupa a miles de empresas miembros, cámaras de comercio, y asociaciones empresariales procedentes de más de 130 países. Sus comités nacionales, establecidos en más de 90 países, se coordinan con sus miembros para dirigir y recoger los intereses de la comunidad empresarial, y para hacer llegar a sus respectivos gobiernos los puntos de vista o propuestas formuladas⁴⁸.

Dada su fuerza representativa, la CCI goza de la condición de entidad consultiva de primer orden ante la ONU, sus agencias y organismos especializados, y mantiene una fluida y estrecha relación con otras organizaciones internacionales, la Organización Mundial del Comercio, la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, la OCDE, el Fondo Monetario Internacional y el Banco Mundial, donde expone las visiones del mundo de la empresa y aboga a favor de sus intereses. Del mismo modo, hace llegar a las autoridades de los Estados las declaraciones y tomas de posición que adopta sobre los problemas del comercio internacional y las inversiones, que son el fruto de los trabajos de sus diversas comisiones y grupos de trabajo, a través de sus Comités Nacionales. Incluso cuando se reúne el G20, la CCI hace llegar, por medio del primer ministro del gobierno convocante, la opinión del conjunto del empresariado de la comunidad internacional sobre las prioridades del momento. La CCI mantiene también fluidas relaciones con la Unión Europea y todas sus agencias.

La Corte Internacional de Arbitraje de la CCI (en adelante, la Corte) es una de las instituciones arbitrales de mayor proyección internacional. Actualmente cuenta con más

⁴⁸ ¿Qué es la Cámara de Comercio Internacional? ICCSpain. International Chamber of Commerce. [Fecha de consulta: 9 de enero de 2019]. Disponible en: <http://www.iccspain.org/icc/quienes-somos/>

de 100 miembros procedentes de numerosos países y con equipos profesionales, jurídicos y culturales diversos. Desde su creación en 1923, la Corte ha sido pionera en fomentar el arbitraje como método preferido para resolver las controversias transfronterizas. Es por ello que goza de prestigio como institución de primera línea a la hora solucionar conflictos grandes o pequeños, ya sea sobre contratos de venta, o sobre asuntos de propiedad intelectual, en casos de acuerdos de adquisición de acciones o proyectos de construcción financiados por los Estados⁴⁹.

La Corte Internacional de Arbitraje (a menudo llamada “Corte de la CCI”) ha prestado servicios para más de 23,000 casos de arbitraje desde su creación en 1923. Se trata de un órgano independiente y autónomo, aunque no judicial, y además no suele hacer juicios sobre los aspectos sustantivos de los asuntos en disputa. De acuerdo con su Estatuto, publicado como Anexo I de las Reglas de Arbitraje de la CCI, el papel principal de la Corte Internacional de Arbitraje es proporcionar supervisión de los procedimientos de arbitraje de conformidad con las Reglas de Arbitraje de la CCI, incluyendo el escrutinio y la aprobación de las sentencias arbitrales. La Corte tiene sus propias normas internas al respecto del desarrollo de los arbitrajes⁵⁰.

La Corte Internacional de Arbitraje está compuesta por un Presidente, Vicepresidentes y sus miembros. Estos miembros son nombrados por un período de tres años por el Consejo Mundial de la CCI siguiendo las propuestas de los comités nacionales y grupos. El número actual de miembros, para su actual mandato (2018-2021), es de 176, procedentes de 104 países y territorios, exigiéndose una paridad de género que se concreta en un balance actual de 88 mujeres y 88 hombres.

En su labor, la Corte Internacional de Arbitraje es asistida por su Secretaría General. Esta está dirigida por un secretario general, a cargo de la gestión del día a día de la institución. El Secretario General está asistido por un Secretario General Adjunto, junto con un equipo de planificación de otros especialistas, y, por último, el personal y la supervisión de las operaciones diarias.

Cuando las partes coinciden en acordar una cláusula de arbitraje con arreglo a las Reglas de Arbitraje de la CCI, entre los muchos poderes de decisión que se le asignan a

⁴⁹ Arbitraje. ICCSpain. International Chamber of Commerce. [Fecha de consulta: 9 de enero de 2019]. Disponible en: <http://www.iccspain.org/arbitraje/>

⁵⁰ Corte Internacional de Arbitraje. Información de Arbitraje Internacional. [Fecha de consulta: 9 de enero de 2019]. Disponible en: <https://www.international-arbitration-attorney.com/es/international-court-of-arbitration/>

la Corte, se incluyen los siguientes: el poder de la Corte de tomar decisiones con respecto a los árbitros (no solo los que se nombran principalmente, sino también los sustitutos de estos); la observación y cuidado del proceso de arbitraje para garantizar que este se realiza correctamente, con la debida eficiencia y celeridad; el escrutinio y la aprobación de todas las sentencias arbitrales, con el fin de asegurar su calidad y aplicabilidad; el ajuste, la gestión y, si necesario, el cálculo de las tasas y avance en los costes; y la supervisión de las medidas preventivas o cautelares anteriores a la celebración del arbitraje. Los idiomas oficiales de trabajo de la Corte son el inglés y el francés⁵¹.

4. La Corte de Arbitraje Internacional de Londres

La Corte de Arbitraje Internacional de Londres (en adelante, LCIA) es una de las instituciones internacionales líderes en el mundo para la resolución de disputas comerciales, y que proporciona una administración eficiente, flexible e imparcial del arbitraje y otros procedimientos de resolución no judicial de disputas comerciales y de inversiones, independientemente de la ubicación y de cualquier sistema legal. La naturaleza internacional de los servicios de la LCIA se refleja en el hecho de que más del 80% de las partes en casos pendientes ante la Corte no son de nacionalidad inglesa⁵².

La LCIA tiene acceso a los árbitros, mediadores y expertos más eminentes y experimentados de muchas jurisdicciones, y con la más amplia gama de experiencias. Los servicios de resolución de disputas de la LCIA están disponibles para todas las partes contratantes, sin ningún requisito de membresía.

La historia de esta Corte arranca el 5 de abril de 1883, cuando el Tribunal del Consejo Común de la Ciudad de Londres estableció un comité para elaborar propuestas para el establecimiento de un tribunal para el arbitraje de controversias comerciales nacionales y, en particular, transnacionales que surjan dentro del ámbito de la ciudad. Pretendía ser un medio rápido, expeditivo, eficaz y barato de resolución de conflictos entre comerciantes. En 1884, el comité presentó su plan para un tribunal que sería

⁵¹ Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional. Centro de Comercio Internacional. [Fecha de consulta: 9 de enero de 2019]. Disponible en: <http://www.intracen.org/Corte-Internacional-de-Arbitraje-de-la-Camara-de-Comercio-Internacional/>

⁵² Introduction. LCIA Arbitration and ADR Worldwide. [Fecha de consulta: 10 de enero de 2019]. Disponible en: <http://www.lcia.org/LCIA/introduction.aspx>

administrado por la City Corporation, con la cooperación de la Cámara de Comercio de Londres. Sin embargo, aunque el plan había surgido de una necesidad identificada y urgente, fue temporalmente paralizado hasta la aprobación de la Ley de Arbitraje de 1889⁵³.

En abril de 1891, el esquema fue finalmente adoptado y el nuevo tribunal fue nombrado "La Cámara de Arbitraje de la Ciudad de Londres". Inicialmente, se componía de miembros de la Cámara de Londres y de la Corporación de la Ciudad. La Cámara se inauguró formalmente el 23 de noviembre de 1892. En abril de 1903, el tribunal solamente cambia de nombre, recibiendo el nuevo de "Corte de Arbitraje de Londres", manteniendo la misma estructura administrativa durante los próximos setenta años, hasta que en 1975, el Instituto de Árbitros se unió a los otros dos organismos administrativos y el comité de arbitraje anterior se convirtió en el "Comité de Gestión Conjunta", reduciendo el tamaño de los veinticuatro miembros originales a dieciocho, siendo seis los representantes de cada una de los tres organizaciones componentes.

En 1981, el nombre de la Corte se cambió a "La Corte de Arbitraje Internacional de Londres", para reflejar la naturaleza de su trabajo, que en ese momento era predominantemente internacional. Y en 1986, la LCIA se convirtió en una institución privada sin fines de lucro, totalmente independiente de los tres organismos fundadores.

La Corte de Londres proporciona servicios de arbitraje y mediación, entre otros. Es importante señalar que la institución, en sí misma considerada, no resuelve los conflictos. Más bien proporciona el apoyo necesario para las partes y para el tribunal de arbitraje durante todas las actuaciones. Las partes también pueden recurrir a la LCIA por sus servicios de autoridad nominadora, ayudándoles a nombrar a los árbitros o mediadores⁵⁴.

Los costes de acceso a esta corte muchas veces se dice que son algo inferiores y más asequibles que los costes de otras cortes, pues salvo algunos gastos administrativos fijos, el resto de los pagos necesarios sigue un sistema de tasación por horas de trabajo en ese proceso, con lo cual el coste es muchas veces más preciso y cercano al servicio verdaderamente prestado a las partes y a la carga de trabajo del caso. En otras

⁵³ History. LCIA Arbitration and ADR Worldwide. [Fecha de consulta: 10 de enero de 2019]. Disponible en: <http://www.lcia.org/LCIA/history.aspx>

⁵⁴ Información de Arbitraje Internacional. Recursos en Línea de Arbitraje. La Corte de Londres de Arbitraje Internacional. [Fecha de consulta: 10 de enero de 2019]. Disponible en: <https://www.international-arbitration-attorney.com/es/london-court-international-arbitration-lcia/>

instituciones, los honorarios y costas a pagar se suelen calcular en base a la cantidad objeto de disputa. En cuanto al plazo medio de duración de los procesos, este también suele ser aquí más reducido; el tiempo medio que tarda un árbitro en emitir un laudo suele ser de tres meses.

Por último, otra peculiaridad de esta Corte es que sus resoluciones serán definitivas y vinculantes, puesto que su Reglamento prevén la renuncia al derecho de apelar, siempre y cuando esto sea admisible de conformidad con la ley aplicable, garantizando de este modo que las empresas no vayan a pasar años en litigios de apelación.

5. El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones

El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI) fue creado por un convenio promulgado en el año 1965 que entró en vigor en el año 1966, y tiene su sede en Washington, D.C.. En el contexto internacional de la época, con el comienzo del auge de los arbitrajes internacionales de inversiones y expansión del comercio mundial, el Convenio CIADI era un elemento más del esfuerzo de la Sociedad Internacional por desarrollar un marco normativo multilateral del arbitraje de inversiones. Con este propósito en mente, el CIADI fue diseñado como centro especializado en la resolución de divergencias entre el Estado y el inversor extranjero, aunque sin llegar a establecer reglas sustantivas de protección de inversiones, ni tampoco la obligación de someter a arbitraje o conciliación tales diferencias⁵⁵.

En los propios considerandos del Convenio se reconoció que las diferencias entre el Estado y el inversor irían a ser resueltas según el Derecho Doméstico, aunque hubiera casos en los que sí fuera justificado someter los contenciosos al Derecho internacional. Es por ello que, según el artículo 1.2 del Convenio, “el Centro tendrá por objeto facilitar la sumisión de las diferencias relativas a inversiones entre Estados contratantes y nacionales de otros Estados Contratantes a un procedimiento de conciliación y arbitraje de acuerdo con las disposiciones de este Convenio”. La jurisdicción del Centro (artículo 25.1) se “extenderá a las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una

⁵⁵ MUÑOZ, J.R-A.; HERNÁNDEZ, J.I.: *El derecho administrativo global y el arbitraje internacional de inversiones*, ed. Marcial Pons, Madrid, 2016. Pp. 197-198.

inversión entre un Estado contratante (o cualquiera subdivisión política u organismo público de un Estado contratante acreditados ante el Centro por dicho Estado) y el nacional de otro Estado contratante y que las partes hayan consentido por escrito en someter al Centro”⁵⁶.

Lo especial de los procedimientos de arbitraje ante el CIADI es que se le reconoce al inversor el derecho a formular directamente la correspondiente reclamación frente al Estado receptor de la inversión ante el CIADI, siempre y cuando el Estado y el inversor hayan manifestado previamente su consentimiento. De este modo, el Convenio introducía una notable peculiaridad dentro del Derecho Internacional, al reconocer la posibilidad de procedimientos arbitrales entre el inversor y el Estado sede que podían ser iniciados directamente por el inversor, partiendo siempre del mutuo consentimiento, y eludiendo la institución de la protección diplomática del propio Estado del inversor, o los tribunales de la vía contencioso-administrativa del Estado receptor (que en todo caso, aplicarían su propia ley nacional).

A partir de la década de los noventa del siglo XX, la Convención CIADI cobra cada vez más fuerza, con la práctica generalización a nivel internacional de los TBIs o APPRIs (ya mencionados en anteriores apartados) como tratados en los que los Estados firmantes reconocen un conjunto de garantías jurídicas a los inversores (conocidas como “estándares de protección”), cuya violación podía acarrear una solicitud de arbitraje, normalmente administrada por el CIADI. Posteriormente, se empezaron a suscribir también tratados multilaterales y otros tipos de acuerdos que incluyen también normas sobre protección de inversiones, conocidos como Acuerdos Internacionales de Inversiones (AII).

De este modo, litigios normalmente sometidos al Derecho Administrativo y a la jurisdicción contencioso-administrativa del Estado receptor de la inversión, o a los cauces diplomáticos habituales entre el Estado receptor y el Estado del que el inversor es nacional, quedan ahora sometidos al Derecho Internacional y al arbitraje internacional de inversiones. El arbitraje basado en tratados internacionales suscritos por dos o más Estados (a diferencia del arbitraje basado en contratos entre particulares) tiene así un alcance muy amplio, ya que se extiende a cualquier tipo de divergencia que pueda plantearse con el Estado receptor; incluso ocasionada por el ejercicio de potestades

⁵⁶ MUÑOZ, J.R.-A.; HERNÁNDEZ, J.I.: *El derecho administrativo global...* Op.cit. Pp. 197-198.

legalmente atribuidas a la Administración, si estas potestades violan lo dispuesto en el contrato del Estado con el inversor.

Hoy, el CIADI es la institución líder a nivel mundial dedicada al arreglo de diferencias relativas a inversiones internacionales. Posee la más vasta experiencia en el ámbito del arbitraje de inversiones (con más de 600 casos administrados hasta la fecha), pese a que otras instituciones o cortes anteriormente estudiadas la superen en números de arbitrajes internacionales en general. Pero se podría decir que desde su creación, la mayor parte de los arbitrajes de inversión celebrados en el mundo, han sido gestionados por este Centro. Los Estados han coincidido en que el CIADI sea el foro destinado al arreglo de controversias entre inversionistas y Estados en la mayor parte de los tratados internacionales de inversión, así como en numerosos contratos y legislación en materia de inversión. Y no solo por sus servicios de arbitraje, sino también por sus otros servicios disponibles de conciliación y comprobación de hechos. El proceso del CIADI está diseñado de tal forma que la Comisión de Conciliación formada o el Tribunal de Arbitraje compuesto, tengan siempre en cuenta no solo las características particulares de la inversión, sino también las de las propias partes en conflicto. A cada caso le es asignado un equipo que ofrece asistencia especializada a las partes interesadas a lo largo del proceso⁵⁷.

Algunas características particulares del CIADI que lo convierten en la principal fuente de satisfacción de litigios en materia de inversiones son las que siguen⁵⁸:

a) Todos los miembros del CIADI que participaren en cualquiera de sus casos, y todos sus bienes y derechos, gozarán de inmunidad frente a cualquier acción judicial que pudiera derivar de los actos realizados en el ejercicio de sus funciones durante el procedimiento, en el Estado donde se estén llevando a cabo las actuaciones del mismo. Siempre y cuando el propio Centro no renuncie a esa inmunidad. Estas disposiciones (arts. 21 y 22 del Convenio del CIADI) les son de aplicación también a las partes, a sus apoderados, a sus consejeros, a sus abogados, a sus testigos y a sus peritos.

⁵⁷ Acerca del CIADI. Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones. Grupo Banco Mundial. [Fecha de consulta: 11 de enero de 2019]. Disponible en: <https://icsid.worldbank.org/sp/Pages/about/default.aspx>

⁵⁸ Características especiales del CIADI. Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones. Grupo Banco Mundial. [Fecha de consulta: 11 de enero de 2019]. Disponible en: <https://icsid.worldbank.org/sp/Pages/about/Special-20Features-20of-20ICSID.aspx>

b) El CIADI puede llegar a ofrecer los servicios y pericias requeridas, no solo conforme a sus propias Reglas de procedimiento, sino también conforme al Reglamento de la CNUDMI y a otras reglas procesales contenidas en diversos tratados, siendo la única institución que puede administrar casos en virtud de distintas normas de arbitraje, a elección de la aplicable al caso concreto por las propias partes.

c) Un equipo especializado será de antemano asignado a cada caso, para ofrecer a las partes interesadas, apoyo legal y administrativo a lo largo de todo el proceso. A cada caso se le asigna un equipo especializado que ofrece apoyo legal y administrativo integral a lo largo del proceso.

d) Los laudos dictados según el Convenio del CIADI son susceptibles de ejecución como si se tratara de una sentencia definitiva de los tribunales de justicia en cualquier Estado Miembro del CIADI. Los laudos dictados en el marco de otros casos administrados por el CIADI con arreglo a otras reglas procedimentales distintas, son susceptibles de ejecución en virtud de la Convención de Nueva York.

e) El Centro estará compuesto por un Consejo Administrativo y un Secretariado, y mantendrá una Lista de Conciliadores y una Lista de Árbitros (art. 3 del Convenio CIADI). Las Listas del CIADI incluyen a muchos de los conciliadores y árbitros más experimentados del mundo y constituyen un recurso útil para las partes en el proceso de nombramiento (art. 12), aunque no el único. Y ello porque las partes también pueden seleccionar árbitros o conciliadores que no figuran en esas Listas.

f) El CIADI ofrece salas de audiencia de última generación en todo el mundo. Además, el vínculo de este Centro con el Banco Mundial hace que este último no cobre rentas por ofrecer sus sedes para la celebración de las audiencias en el marco de los casos administrados por el CIADI.

g) Al tratarse de una organización sin ánimo de lucro, el CIADI mantiene una estructura de costes razonables. Las medidas destinadas a controlar estos costes incluyen una tarifa anual reducida por los servicios del CIADI y un tope máximo sobre los honorarios diarios de árbitros y conciliadores. Estos límites se traducen en que si los gastos del Centro no pudieren ser cubiertos con los derechos percibidos por la utilización de sus servicios, o con otros ingresos, la diferencia será sufragada por los Estados Contratantes miembros del Banco en proporción a sus respectivas subscripciones de capital del mismo (art. 17).

h) Los procedimientos ante el CIADI pueden llegar a ser públicos, permitiendo el Centro a las partes celebrar audiencias con las puertas abiertas para el

público interesado. Se permite incluso la transmisión en vivo de las audiencias a través de Internet. Además, el CIADI también puede facilitar la participación de partes no contendientes en distintas fases del procedimiento.

i) Un Estado Contratante podrá exigir el agotamiento previo de sus vías administrativas o judiciales, como condición a su consentimiento al arbitraje conforme al Convenio CIADI (art. 26), lo cual juega a favor de los Estados receptores de la inversión.

Estas han sido solo algunas de las notas más importantes del CIADI que lo aventajan en materia de arbitraje de inversiones con respecto a las demás instituciones de arbitraje internacionales, y las que el propio Centro destaca como causa de su éxito en conseguir monopolizar últimamente gran parte de los casos de arbitrajes de inversiones a nivel mundial. En el próximo capítulo veremos algunos de estos casos notorios y cómo los árbitros interpretan en ellos las cláusulas y estándares de protección más relevantes de cara a la protección de las inversiones.

IV. PROBLEMÁTICAS ACTUALES DEL ARBITRAJE DE INVERSIONES

1. Frentes Abiertos al Arbitraje de Inversiones

La popularidad de los arbitrajes de inversiones ha ido disminuyendo y menguando poco a poco, con el paso del tiempo. Al principio, sin embargo, gran parte de los Estados y organizaciones de la comunidad internacional le dedicaron grandes elogios.⁵⁹ Las supuestas virtudes del arbitraje de inversiones beneficiaban tanto a los Estados importadores como a los Estados exportadores de capital. Estas virtudes se observaban sobre todo en una época de flujos de inversión crecientes, con un volumen de tratados internacionales en ascenso, y con pocas disputas derivadas de tratados internacionales económicos. Y ello porque, obviamente, durante un período de crecimiento económico global, los beneficios se visibilizaban mucho más que los riesgos. En ese contexto, sobre todo posterior a la Segunda Guerra Mundial y en plena Guerra Fría, el cumplimiento voluntario de resoluciones de arbitrajes adversos y el nombramiento de árbitros por las partes, eran preferibles a décadas de demora en la inversión pública⁶⁰.

Sin embargo, en las tres últimas décadas, a raíz de diversas resoluciones de instancias de arbitraje como el CIADI, de la proliferación de tratados de libre comercio y resolución de las disputas derivadas de los mismos por medio de acuerdos de arbitrajes, a raíz de un cambio de percepción en la opinión pública, provocado en parte por ciertos acontecimientos políticos y económicos en América Latina, etc... cada vez empiezan a haber más comentarios y opiniones adversas al arbitraje de inversiones y sobre todo a los tratados de libre comercio que suelen tener como trasfondo. Recogemos seguidamente a través de citas de expertos, analistas, académicos y periodistas, un mapa del panorama generalizado de la opinión pública al respecto:

“La imparcialidad e independencia del arbitraje de inversiones es totalmente ilusoria”. “Hoy, la idea de que el arbitraje de inversiones es un espacio justo e independiente, para resolver controversias entre multinacionales y Gobiernos, es una de

⁵⁹ RIESENBERG, D.P.: “Fee Shifting in Investor-State Arbitration: Doctrine and Policy Justifying application of the English Rule”, nº 60 de la *Duke Journal Law*, Duke University School of Law, Durham, 2011. Pp. 977, 985.

⁶⁰ FRANCK, S.D.; WYLIE, L.E.: “Predicting Outcomes in Investment Treaty Arbitration”, nº 65 de la *Duke Journal Law*, Duke University School of Law, Durham, 2015. Pp. 474-475.

las principales justificaciones de un sistema que cobra caro a los contribuyentes, y que socava la capacidad de los Gobiernos soberanos para actuar en pro de los intereses de sus ciudadanos y ciudadanas”. “Al firmar los Tratados de Inversión y aceptar las condiciones de arbitraje, los Estados han aceptado, en efecto, que el diablo los pueda demandar en el infierno. Los abogados, los árbitros y los financiadores del arbitraje de inversiones han escapado, en reiteradas ocasiones, de la mirada pública. Muchos de sus casos se desconocen; algunos nunca llegan a hacerse públicos. Los intereses económicos de sus acciones se esconden tras un grueso manto de retórica jurídica sobre la independencia e imparcialidad judicial, y la promoción del estado de derecho”, argumentan Cecilia Olivet y Pia Eberhardt, del Transnational Institute (TNI); un instituto internacional de investigación y promoción de políticas democráticas y desarrollo sostenible⁶¹.

“Es indudable que en América Latina existen posiciones encontradas en torno al modelo del CIADI, que están caracterizadas por un apreciable componente político que enfrenta a países que mantienen un modelo económico liberal de mercado y los países que se han decantado por una opción rupturista de dicho modelo. Sería ingenuo ignorar las críticas a la práctica seguida por el referido Centro; no obstante, estas críticas deben valorarse de manera sosegada teniendo en cuenta que el bloque principal se integra a partir de construcciones provenientes de los movimientos anti-globalización que han colocado al CIADI en el epicentro de sus diatribas empleando una serie de tópicos que, utilizados de manera sesgada, pueden dar lugar a una construcción jurídica de aparente solidez. No es difícil desmontar la falacia de muchos de estos argumentos, pero sería iluso ignorarlos de plano con base en el dogma de las bondades inequívocas del quehacer de una determinada institución arbitral”, argumenta el profesor José Carlos Fernández Rozas, catedrático de Derecho Internacional privado de la Universidad Complutense de Madrid⁶².

“Con el objetivo de influir en las negociaciones del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN o NAFTA, en sus siglas en inglés), un total de 300 legisladores estadounidenses han enviado una carta a Robert Lighthizer, representante de

⁶¹ OLIVET, C.; EBERHARDT, P.: *La industria del arbitraje de inversiones: el lucrativo negocio de la injusticia*, Transnational Institute, TNI (en línea), publicado el 6 de septiembre de 2013. [Fecha de consulta: 15 de enero de 2019]. Disponible en: <https://www.tni.org/es/art%C3%ADculo/la-industria-del-arbitraje-de-inversiones-el-lucrativo-negocio-de-la-injusticia>

⁶² FERNÁNDEZ ROZAS, J.C.: “América Latina y el Arbitraje de Inversiones: ¿Matrimonio de Amor o Matrimonio de Conveniencia?”, *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, vol. XXIV, ed. Dykinson, Madrid, 2009. Pp. 36-37.

Comercio de EE.UU., en la que exigen que se elimine el arbitraje de inversiones. Los firmantes, de casi todos los 50 Estados estadounidenses, exigen en la carta que se elimine el Sistema de Solución de Controversias inversor-Estado (ISDS) en el nuevo acuerdo NAFTA, para que pueda obtenerse una mayoría en el Congreso. En el documento se destacan los peligros del ISDS contra la soberanía del Estado y la legislación local y se explica que el actual sistema ha permitido a las transnacionales desafiar, entre otros, leyes estatales y ordenanzas locales de uso de la tierra, además de permitir que las multinacionales confisquen 392 millones de dólares de los contribuyentes y ataquen las políticas ambientales y de salud pública”, según una carta firmada por hasta 300 legisladores tanto demócratas como republicanos estadounidenses⁶³.

“La estatal Petróleos de Venezuela (PDVSA) apelará la decisión tomada por la Corte Federal de Nueva York que ratificó la adquisición, por parte de Conoco Phillips, de la participación accionaria de la empresa venezolana sobre la refinería de Merey Sweeny ubicada en el estado de Texas. <<PDVSA está convencida de que la decisión es incorrecta y que la adquisición fue ilegal. En consecuencia, una notificación apelando la decisión será introducida prontamente para continuar defendiendo los intereses de PDVSA”, dice un comunicado de la petrolera difundido hoy>>.”. Noticia recogida por el periódico español La Vanguardia, hace más de 3 años⁶⁴.

“España se ha convertido en un país muy conocido en el CIADI, el organismo arbitral de resolución de conflictos inversiones internacionales del Banco Mundial. El año pasado acumuló un total de 10 de las 15 reclamaciones que se registraron con países de la Europa occidental como protagonistas y fue el estado con más pleitos nuevos, con el 22% del total, muy por encima de los tres de Egipto, o los dos de Omán y de Argentina, según el informe anual de esta entidad. El sector de electricidad y otros tipos de energía mantuvo su posición predominante, con el 35% de los casos registrados en el ejercicio fiscal del 2016, como consecuencia de la aportación, un ejercicio más, de las

⁶³*Legisladores estadounidenses contra el arbitraje de inversiones del NAFTA*, en CIAR Global, Revista de Arbitraje para la Comunidad Iberoamericana (en línea), publicado el 13 de septiembre de 2018. [Fecha de consulta: 16 de enero de 2019]. Disponible en: <http://ciarglobal.com/legisladores-estadounidenses-contra-el-arbitraje-de-inversiones-del-nafta/>

⁶⁴*PDVSA apelará fallo favorable a Conoco Phillips sobre refinería de Texas*, en La Vanguardia (en línea), publicado el 9 de septiembre de 2015. [Fecha de consulta: 15 de enero de 2019]. Disponible en: <https://www.lavanguardia.com/economia/20150909/54435187109/pdvsa-apelara-fallo-favorable-a-conoco-phillips-sobre-refineria-de-texas.html>

reclamaciones contra el Reino de España bajo la gestión de José Manuel Soria”. Según narra el periodista Juan Carlos Hidalgo, en *El Periódico*⁶⁵.

“[...] la negociación del acuerdo comercial entre la Unión Europea y Estados Unidos, que comenzó hace tres años y que, en la actualidad, atraviesa uno de los momentos más delicados del proceso. Una negociación polémica, tildada de reproches y sospechas que ha provocado la movilización de sindicatos y organizaciones no gubernamentales a lo largo de toda Europa”, recalca Adrián Blanco en *El Confidencial*⁶⁶.

“A pesar de que la alargada sombra del proteccionismo económico, amplificadas por los populismos, se agiganta por todo el mundo, la pasada semana se consiguió cerrar, aunque fuera in extremis y sobre la campana, un gran pacto de libre comercio. Con el suspense añadido inherente a todas las negociaciones en las que participa la pesada maquinaria diplomática de Bruselas, el acuerdo entre la UE y Canadá, conocido como CETA (acrónimo de «Comprehensive Economic and Trade Agreement»), se rubricaba tras más de seis años de negociaciones. [...] el acuerdo Canadá-UE introduce una solución intermedia en la que un tribunal específico dirimirá en las eventuales disputas a través de un sistema de arbitraje en el que los árbitros se eligen de mutuo acuerdo y con la posibilidad de recurrir el laudo. [...] <<Se trata de un tribunal público y no privado, es un mecanismo equilibrado>>, coincide Gay de Montellà. En un mundo global amenazado por un brote de localismo, el CETA se abre paso aportando soluciones al enconado debate”, resume en un tono más optimista y positivo Fernando Pérez en *ABC*⁶⁷.

“El tratado de libre comercio que quieren firmar EE UU y la UE se está negociando con un secretismo total. Sus detractores ven en la ocultación de datos –gran parte de lo poco que se sabe procede de filtraciones– uno de los muchos inconvenientes

⁶⁵ HIDALGO, J.C.: *España, el país que más denuncias acumuló el año pasado en el CIADI*, en *El Periódico* (en línea), publicado el 10 de mayo de 2017. [Fecha de consulta: 15 de enero de 2019]. Disponible en: <https://www.elperiodico.com/es/economia/20170510/espana-el-pais-que-mas-denuncias-acumulo-el-ano-pasado-en-el-ciadi-6029676>

⁶⁶ BLANCO, A.: *El TTIP ante “su punto de no retorno”: preguntas y respuestas de la negociación*, en *El Confidencial* (en línea), publicado el 21 de septiembre de 2016. [Fecha de consulta: 15 de enero de 2019]. Disponible en: https://www.elconfidencial.com/mundo/2016-09-21/ttip-ceta-preguntas-respuestas-negociacion-comision-ue-estados-unidos_1262247/

⁶⁷ PÉREZ, F.: *CETA, el ambicioso acuerdo comercial que se abre paso en tiempos de proteccionismo*, en *ABC* (en línea), publicado el 29 de agosto de 2017. [Fecha de consulta: 15 de enero de 2019]. Disponible en: https://www.abc.es/economia/abci-ceta-ambicioso-acuerdo-comercial-abre-paso-tiempos-proteccionismo-201611070209_noticia.html

de un acuerdo que, afirman, favorecerá a las grandes corporaciones y menoscabará los derechos de los ciudadanos.”, se queja Eva Van der Berg en El País⁶⁸.

“La UE ha optado por la vía rápida con el JEFTA y, a diferencia del CETA y el TTIP, no ha requerido visto bueno de cada país porque en el texto no se incluían los arbitrajes. El PSOE, que se abstuvo con el CETA en el Congreso de los Diputados, anuncia que votará a favor este miércoles en Estrasburgo ante la <<amenaza proteccionista de Trump>>. El texto contará con el voto afirmativo del bloque PP, S&D y ALDE; y el contrario de verdes y la izquierda del GUE”, relata Andrés Gil, de eldiario, resumiendo las posturas de los principales partidos políticos del Parlamento Europeo⁶⁹.

“El holandés Harm Schepel, profesor de Derecho Económico de la Universidad de Kent, [...] es una de las pocas voces académicas en alzar la voz sobre el denominado ISDS: el sistema de arbitraje de conflictos entre empresas y estados incluidos en los tratados bilaterales, que actualmente se negocia en el acuerdo de libre comercio entre Estados Unidos y Europa, más conocido como TTIP. Schepel [...], mantiene una posición crítica sobre el TTIP y ve innecesario cualquier tribunal de arbitraje <<entre dos zonas con parecido nivel de desarrollo>>.” Preguntas de Pau Collantes, del periódico digital eldiario, al profesor holandés Harm Schepel⁷⁰.

Por todas las aseveraciones antes expuestas, y recogidas por los medios de comunicación, de diversos académicos o políticos del panorama europeo o internacional, podemos dibujar fácilmente un mapa en el que del bando favorable al arbitraje de inversiones estarían, sobre todo, las empresas y sus grupos políticos y de prensa afines, mientras que del lado contrario podríamos encontrar a buena parte de la sociedad civil y sus organizaciones y asociaciones, junto a colectivos obreros y asociaciones de consumidores y usuarios, y a sus grupos políticos y medios de comunicación afines.

⁶⁸ VAN DER BERG, E.: *¿En qué me afecta a mí el acuerdo comercial TTIP?*, en El País (en línea), publicado el 6 de mayo de 2016. [Fecha de consulta: 15 de enero de 2019]. Disponible en: https://elpais.com/elpais/2016/05/04/buenavida/1462369808_459007.html

⁶⁹ GIL, A.: *La Eurocámara se dispone a ratificar el tratado de libre comercio con Japón sin haberse debatido en los parlamentos nacionales*, en eldiario (en línea), publicado el 12 de diciembre de 2018. [Fecha de consulta: 15 de enero de 2019]. Disponible en: https://www.eldiario.es/economia/Eurocamara-ratificar-Japon-parlamentos-nacionales_0_845166152.html

⁷⁰ COLLANTES, P.: *¿Por qué el TTIP quiere proteger antes a los inversores que a los trabajadores de Europa y EEUU?*, en eldiario (en línea), publicado el 21 de marzo de 2015. [Fecha de consulta: 15 de enero de 2019]. Disponible en: https://www.eldiario.es/economia/TTIP-inversores-trabajadores-Europa-EEUU_0_367464051.html

Dado que el presente capítulo pretende ser un análisis del funcionamiento, las ventajas, las problemáticas y el futuro del arbitraje de inversiones, pero a nivel internacional, los datos que seguidamente expondremos destriparán el arbitraje de inversiones a nivel global, sin centrarnos en ninguna región del mundo en concreto. Para ello, recurriremos al análisis estadístico de resultados de arbitrajes internacionales, y al análisis del fondo de los laudos más emblemáticos y reconocidos a nivel internacional. Un análisis más detenido del panorama europeo tendrá lugar después, en el capítulo V.

1.1 ¿Beneficia más a los Inversores que a los Estados receptores?

La principal queja y la principal sospecha que extiende su sombra sobre el proceso del arbitraje de inversiones es la de que el mismo se decanta siempre preferiblemente por el inversor extranjero; es decir, que el sistema está diseñado de tal forma que esta parte esté en una posición más aventajada que la del Estado receptor de la inversión. Para sustentar esta crítica, se argumente que la identidad del árbitro o la sede del arbitraje escogidos por el inversor pueden llegar a influir en el sentido del fallo incluso en contra de la previa jurisprudencia previa aplicada a casos similares o idénticos. Algunos comentaristas sugieren incluso que los mismos árbitros presentan un sesgo a favor de los inversores y que, además, la propia identidad del árbitro es una variable determinante del resultado final. La identidad de las partes, sobre todo del inversor, e incluso de los propios abogados de las partes, también serían variables fundamentales del resultado final del laudo⁷¹.

Para responder a estas críticas, recurrimos a los datos recogidos en el estudio antes mencionado de Susan Frank y Lindsey Wylie⁷², para el que estas han usado todas las resoluciones arbitrales publicadas disponibles a partir de enero del año 2012 en las páginas web oficiales de ciertas instituciones internacionales de comercio y arbitraje, como por ejemplo el CIADI o la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (en adelante, UNCTAD).

⁷¹ FRANCK, S.D.; WYLIE, L.E.: “Predicting Outcomes in Investment Treaty Arbitration”, nº 65 de la *Duke Journal Law...* op.cit. Pp. 476-477.

⁷² Susan Franck es una profesora de Derecho de la Washington & Lee University School of Law. Mientras que Lindsey Wylie es una coordinadora de investigaciones de la University of Nebraska, de la Omaha School of Criminal Justice, del Juvenile Justice Institute.

Al respecto, tenemos que recalcar que, de entrada, la crítica hacia los diversos resultados en casos similares o incluso idénticos se puede explicar fácilmente recordando que el arbitraje ni es una institución de justicia pública, ni está adscrito a un determinado cuerpo legal único, ni está sometido a la soberanía de un mismo Estado. No es la manifestación de poder soberano de ningún Estado, y los “jueces” que lo integran ni tienen el estatus de jueces propiamente dicho, ni ocupan una función permanente (en la mayor parte de los casos), y cuando lo hacen, estos no son predefinidos por la ley para cada caso, impuestos de modo obligatorio y aleatorio a las partes, sino que son designados por las propias partes. Es más, el inversor (como parte del litigio, al igual que el propio Estado receptor) tiene la facultad de coincidir en el nombramiento de un árbitro determinado u otra autoridad nominadora, o incluso elegir a uno de esos árbitros personalmente. No solo la identidad y la cualificación de los árbitros, sino que además las partes también pueden elegir (tal y como ya explicamos en los capítulos previos del trabajo) distintos cuerpos legales aplicables, no solo al fondo del asunto, sino también al propio proceso arbitral, con lo cual de esta elección dependerá también el signo final del laudo, pero no porque el arbitraje sea injusto, parcial, arbitrario, o intrínsecamente diseñado para favorecer a unas partes u otras, sino porque las partes mismas (AMBAS) acuerdan unas u otras reglas del juego a aplicar.

De este modo, de entrada, podemos descartar la variedad de las resoluciones en principio contradictorias como una consecuencia de una supuesta inseguridad jurídica del arbitraje o de una hipotética inclinación perversa y arbitraria de los árbitros. Pero habría que meterse aún más al fondo en la propia afirmación de que las Sociedades inversoras son las que suelen ganar estos arbitrajes, o que estos serían instrumentos especialmente diseñados para que estas Sociedades ganaran siempre. Y es que según datos recogidos hasta el año 2007, de 50 laudos analizados, el porcentaje de victorias fue de un 38,46% para las Sociedades inversoras, de un 57,69% para los Estados demandados por estas, y en el restante 3,85% de los casos hubo acuerdos transaccionales. Estos números vierten un jarro de agua fría sobre las aseveraciones de muchos críticos del arbitraje de inversiones, que tachan a la institución de sesgada e inclinada hacia los inversores⁷³.

En el tiempo posterior al año 2007 muchos podrían pensar que el número se invierte, pero no es así. Es más, en constante crecimiento a partir de esa fecha, el número

⁷³ FRANK, S.D.: “Empirically Evaluating Claims about Investment Treaty Arbitration”, *UNC School of Law, North Carolina Law Review*, vol. 86, nr. 1, art. 2, Chapel Hill, 2007. Pp. 49-50.

de litigios internacionales sobre inversiones, sometidos a arbitraje, no ha hecho más que aumentar, hasta en un 300% en el periodo comprendido entre 2007 y 2015, y ellos si tenemos en cuenta exclusivamente los casos cuyas resoluciones han sido publicadas en ese intervalo. El porcentaje de victorias en este tiempo también es favorable a los Estados; de los 144 laudos analizados, en el 60,4% de los casos las pretensiones estimadas en su mayor o total parte fueron de los Estados (87 resoluciones favorables, para ser exactos), mientras que en tan solo el 39,6% de los casos, las pretensiones mayormente estimadas fueron de los inversores (concretamente, 57 resoluciones favorables)⁷⁴.

La estabilidad de los porcentajes en los resultados proporcionados a lo largo del tiempo fue más o menos constante. Tanto los gobiernos como los inversores tuvieron éxito en los arbitrajes celebrados, aunque los Estados ganaron en proporciones evidentemente mayores, a la vista de los resultados expuestos. Los resultados sugieren que las afirmaciones de una inclinación favorable a los inversionistas son exageradas o, al menos, inexactas en el contexto de los resultados finales. Si existiera tal sesgo, los datos deberían haber revelado que los inversores ganaron más que los Estados, algo que no solo no ocurrió, sino que además presenciamos justamente el fenómeno contrario.

Por lo tanto, el arbitraje de inversiones se parece a otros tipos de procedimientos judiciales en el aspecto de que las partes contendientes parten con las mismas probabilidades relativas de éxito al comienzo del proceso (50% para cada una), donde ni siquiera los inversores se tienen que preocupar de encontrarse con la aplicación rígida de la ley estatal del Estado receptor, frente a la jurisdicción administrativa del mismo, en la cual tal Estado ejercería el monopolio de su poder judicial.

Otros datos interesantes que podemos extraer del estudio de Frank y Wylie, serían que, por ejemplo, de un total de 159 casos en los que se estimó que había que pagar indemnizaciones, hubo 101 casos en los que a los inversores no se les otorgó nada al final de la disputa, ya sea en virtud de una compensación por indemnizaciones recíprocas por daños mutuos de las partes, ya sea por un acuerdo de conciliación, o ya sea por una desestimación del tribunal de sus pretensiones, y consiguiente estimación de las del Estado receptor. Mientras que solo en los 58 casos restantes, las adjudicaciones reflejaron una indemnización por daños hacia el inversor, o el propio Estado demandado aceptó pagar los daños a través de la correspondiente liquidación, o bien el Estado desistió de la

⁷⁴ FRANCK, S.D.; WYLIE, L.E.: “Predicting Outcomes in Investment Treaty Arbitration”, n° 65 de la *Duke Journal Law...* op.cit. Pp. 489-490.

defensa de sus pretensiones, allanándose. En pocas palabras, incluso incluyendo en el estudio los acuerdos transaccionales, los inversores obtuvieron indemnizaciones por daños en menos del 50% de los casos. Y si nos fijamos en los términos absolutos de las cifras de las indemnizaciones de todos los casos, los inversores obtuvieron una gratificación promedio de 16.6 millones de dólares, siendo su éxito promedio relativo (tomando en cuenta todos los casos) de un 18% del valor total del proceso. Un porcentaje de apenas el 40% de los inversores que obtuvieron indemnizaciones, llegaron a alcanzar la indemnización del 30% de los daños reclamados⁷⁵.

Otro dato importante a resaltar es el modo en que el resultado final se ve afectado por circunstancias relativas a la identidad de los Estados receptores demandados, aunque no tanto su identidad, sino más bien sus características particulares, sobre todo su nivel de desarrollo industrial, económico y político, el grado de la evolución del tratamiento de los derechos humanos en el mismo, y la calidad de su Estado de Derecho. Atendiendo a varias clasificaciones del Banco Mundial y otras instituciones internacionales que miden estas variables de desarrollo y clasifican a los Estados en función de los resultados, encontramos otra tendencia asombrosa. Y es que, normalmente, los Estados con mayores índices de progreso democrático, industrial y económico, suelen tener porcentajes de éxito relativo más elevados que aquellos otros Estados con déficit democrático o de desarrollo. En estas situaciones, como contrapartida, los inversores demandantes suelen tener porcentajes de éxito aún más reducidos cuanto más altos sean los índices de desarrollo democrático y económico de los Estados, y a la inversa (mayor éxito) cuanto más bajos sean estos índices en el Estado receptor demandado⁷⁶.

Por lo tanto, no se ha podido demostrar aún que los inversores tengan mayor porcentaje de éxitos que los Estados receptores en los arbitrajes de inversión, más bien al contrario. Tampoco se ha podido probar que la identidad de las partes sea determinante para la resolución de los casos. Los únicos factores importantes de cara al signo final del laudo, son el derecho escogido por las partes para el fondo y para el propio procedimiento arbitral; la sede y el lugar del arbitraje; el número de árbitros o la correcta elección de la autoridad nominadora; y el nivel de respeto de los Estados receptores de los derechos típicos de un Estado democrático y de derecho, y ello porque la arbitrariedad o el

⁷⁵ FRANCK, S.D.; WYLIE, L.E.: "Predicting Outcomes in Investment Treaty Arbitration", n° 65 de la *Duke Journal Law...* op.cit. Pp. 493-495.

⁷⁶ FRANCK, S.D.; WYLIE, L.E.: "Predicting Outcomes in Investment Treaty Arbitration", n° 65 de la *Duke Journal Law...* op.cit. P. 500.

cumplimiento defectuoso o con mala fe de los contratos, obviamente, puede afectar de un modo directamente negativo al clima de las inversiones o incluso haber sido la causa del propio daño al inversor.

1.2 ¿Peligro para la Soberanía de los Estados Receptores?

Una causa importante del surgimiento de los acuerdos bilaterales de inversión en el escenario internacional de la segunda mitad del siglo XX, fue el interés de los países europeos y norteamericanos de proteger el capital y la inversión que habían estado desarrollando durante décadas en los países en vías de desarrollo, incluidas sus antiguas colonias. En un contexto en el que estos nuevos Estados, con un bautizo reciente en su soberanía (recuperada después de décadas de colonialismo), adolecían de una red de infraestructuras propias para la gestión de sus servicios y recursos, muchos tuvieron el impulso de nacionalizar y expropiar tales capitales o activos privados, pertenecientes a Sociedades de los Estados industrializados que, en muchos casos, habían sido sus antiguas metrópolis. Muy pronto estas controversias se acabaron politizando, convirtiéndose en enfrentamientos diplomáticos entre dos Estados soberanos (el de la Sociedad inversora que aportaba el capital, y el Estado receptor de la misma), por lo que para despolitizarlos, y alejarlos de los cauces diplomáticos, los Gobiernos de Europa y, sobre todo, de Estados Unidos, trataron de encontrar un mecanismo alternativo por el que estas controversias se dirimieran de modo neutral, no judicial, ni tampoco diplomático⁷⁷.

Por su parte, los países en vías de desarrollo, casi siempre respaldados por el bloque soviético, se volvieron muy activos en la Asamblea General de las Naciones Unidas en la defensa de su soberanía con respecto a los derechos de los inversores extranjeros. Como consecuencia de ello, en el año 1962, ve la luz la Resolución 1803 (XVII), que proclama el derecho de los pueblos y de las naciones a la soberanía permanente sobre sus riquezas y recursos naturales; derecho que englobaría las facultades de nacionalización y expropiación, que llevarían aparejada, en todo caso, la contraprestación correspondiente, en la forma de un justiprecio. Y este justiprecio y sus correspondientes modalidades de pago, según la posterior Resolución 3171 (XXVIII) de

⁷⁷ MORTIMORE, M.: *Arbitraje internacional basado en cláusulas de solución de controversias entre los inversionistas y el Estado en acuerdos internacionales de inversión: desafíos para América Latina y el Caribe*, CEPAL, Santiago de Chile, 2009. P. 20.

1973, serían determinados por el Estado (en contraposición a la llamada fórmula Hull, propuesta por los Estados Unidos)⁷⁸.

Más tarde llegaría también la Resolución 3201 (XXIX) de 1974, en la que se declaraba la prohibición de someter a los Estados a cualquier clase de coerción por la nacionalización o transferencia de los derechos de propiedad a sus nacionales de los activos de inversores extranjeros. El mismo año, en la Resolución 3281 (XXIX) sobre la Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados, se estableció el derecho de todo Estado a reglamentar y ejercer autoridad sobre las inversiones extranjeras dentro de su jurisdicción nacional, así como sobre las actividades de empresas transnacionales. Del mismo modo, siguiendo esa vía de sumisión de las Sociedades transnacionales inversoras a las reglas de cada Estado receptor, las Naciones Unidas iniciaron muy pronto un proceso de negociaciones tendentes a la redacción de un código de conducta para las empresas transnacionales, con nuevas reglas de conducta para las mismas⁷⁹.

Pero antes de que los acuerdos y cortes de arbitraje se generalizaran, los inversores extranjeros que veían sus activos expropiados o nacionalizados en los países en vías de desarrollo, tenían que resolver esas controversias o bien apelando a la defensa diplomática antes explicada; o bien litigar en los tribunales del país receptor, caso en el cual los Estados receptores a menudo alegaban la inmunidad de la soberanía, amparándose en las Resoluciones antes citadas y las propias legislaciones que las desarrollaban en dichos Estados; y, por último, podían absorber en sus cuentas los daños ocasionados, asumiéndolos, pero previendo esas circunstancias y contar con un seguro de riesgo

⁷⁸ La fórmula Hull para las expropiaciones supone el pago de una compensación pronta, justa y efectiva, y surge de los reclamos del Secretario de Estado de los Estados Unidos, Cordell Hull, al Gobierno de México tras la nacionalización del sector petrolero en 1939. Aún ahora, se ve enfrentada a la llamada Doctrina Calvo en el ámbito de las inversiones internacionales, pues la fórmula Hull exige que la indemnización sea pronta o inmediata a la expropiación, y en todo caso justa; mientras que la Doctrina Calvo delega la determinación de la indemnización y su plazo o plazos de pago a la entera facultad del Estado receptor de la inversión, siempre y cuando no haya discriminación entre empresas nacionales y empresas extranjeras.

⁷⁹ En la resolución 1721 (LIII) de 1972 del Consejo Económico y Social se plasmó el mandato para la formación de un grupo de personalidades encargado de estudiar los efectos de las empresas transnacionales en el desarrollo y en las relaciones internacionales. El estudio recomendó el establecimiento de una Comisión de Inversiones Internacionales y Empresas Transnacionales y un Centro de las Naciones Unidas sobre las Empresas Transnacionales. La primera propondría un código de conducta para las empresas transnacionales y el segundo constituiría un organismo técnico para el apoyo a la Comisión por medio de tareas de investigación sobre la naturaleza de las operaciones de las empresas transnacionales y el impacto de estas en los países miembros. Hacia 1992 era evidente que no se llegaría a ningún consenso con respecto al código de conducta y se suspendieron las actividades. Con respecto al Centro de las Naciones Unidas sobre las Empresas Transnacionales, la oposición de los Estados Unidos finalmente limitó la factibilidad de sus actividades en Nueva York, y lo que quedaba de la institución se transfirió a la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD) en Ginebra. MORTIMORE, M.: *Arbitraje internacional basado en cláusulas de solución de controversias...* Op.cit. P. 13.

político o empezar una demanda por tal motivo en la vía contencioso-administrativa cuando la legislación local lo permitiera⁸⁰.

Pero el actual sistema choca también con unos inconvenientes o unos interrogantes que cuanto menos ponen en entredicho la legitimidad del sistema. La protección de los flujos de activos e inversión es, desde luego, un objetivo importante que hay que proteger y promover, pero teniendo en cuenta que la parte contraria de esta relación contractual suele ser un Estado soberano, aparecen cuestiones de toda índole al respecto de dónde debería empezar y dónde debería acabar la facultad soberana decisoria de los Gobiernos de esos Estados, que (en teoría) representan el interés general respectivo de sus pueblos. Bajo ninguna circunstancia se debe permitir que el sistema arbitral socave de tal forma el poder de hacer políticas públicas determinadas de ningún Estado; poder que además es una manifestación inmediata de su propio poder soberano. Si, además, el sistema limitaba en exceso tal soberanía, se podía producir el efecto disuasorio contrario de desconfianza de los Estados receptores hacia el sistema, por lo cual estos no se adscribirían al mismo. Por lo tanto, para que el sistema funcionara, debía ofrecer un balance más favorable entre ventajas y desventajas para ambas partes.

De hecho, en este aspecto, hubo tres Estados a los que vamos a poner como ejemplo (Bolivia, Ecuador y Venezuela), en los cuales unos Gobiernos con un considerable apoyo democrático en esos momentos constataron que sus estrategias de desarrollo basadas en una mayor participación estatal en los recursos naturales (en concreto, en el petróleo y el gas), se tuvieron que enfrentar a grandes dificultades y limitaciones derivadas de los tratados internacionales de protección de inversiones celebrados por Gobiernos anteriores más proclives al libre mercado. Estos tres Estados consideraron que el sistema no era legítimo, pues suponía la asunción por parte de unos Estados soberanos de unos riesgos que planteaban estas cláusulas de arbitraje del todo inasumibles, que minaban su soberanía no solo impidiendo ciertas actuaciones que el pueblo había escogido democráticamente como ideología legítima para sus países (la de una mayor participación estatal en la economía nacional), sino también obligando a veces a ofrecer un trato más favorable o garantías a los inversores extranjeros que a los nacionales no se les ofrecía⁸¹.

⁸⁰ MORTIMORE, M.: *Arbitraje internacional basado en cláusulas de solución de controversias...* Op.cit. P. 20.

⁸¹ Esto se entiende con una explicación muy sencilla, y es que los países latinoamericanos tienen unas economías que basan la mayor parte de sus beneficios en la exportación y gestión de sus recursos naturales,

La situación actual en la que nos encontramos es una en la que la gradual interdependencia económica y la globalización de la economía han hecho que la mayor parte de los Gobiernos implementen programas de liberalización económica y aceleración de los procesos de creación de áreas de libre comercio. Este fenómeno corre paralelo a un continuo abandono de la postura hasta ahora reticente y desconfiada hacia el comercio internacional, y hacia unos de sus principales protagonistas; las grandes multinacionales. La proliferación de tratados de libre comercio regionales no ha impedido, sin embargo, la aparición de toda clase de críticas y reticencias, fundamentadas por una noción aún incomprendida de soberanía, y que requiere, desde luego, aproximaciones más pragmáticas de cara al futuro, al respecto del cometido que los países y sus multinacionales han de jugar en el futuro escenario del comercio internacional. Pero para que esto sea posible, no basta con firmar acuerdos regionales comerciales y de protección de inversiones, sino que hacen falta también más políticas macroeconómicas comunes⁸².

Pero de momento, muchas de las reticencias anteriormente mencionadas giran en torno a la cuestionable constitucionalidad de estos instrumentos de arbitraje, en el sentido de que implican una delegación de soberanía. Desde luego, no se cuestiona tanto la necesidad de que un inversor esté protegido frente a las modificaciones intempestivas e injustificadas del régimen legal interno aplicable del Estado receptor; sino que lo que se cuestiona es el desplazamiento que parece producirse de la justicia estatal hacia mecanismos internacionales fuera del control democrático de los ciudadanos del propio país, alejando, de este modo, de la esfera judicial nacional la diferenciación entre el sistema de producción de bienes privados y el sistema de producción de bienes públicos⁸³. Pero, ¿hasta qué punto esa percepción es cierta?

sobre todo de gas y petróleo, por lo que la historia de los mismos suele oscilar entre periodos de precios altos y máximos ingresos (momento en los que los Estados aprovechan la coyuntura favorable para nacionalizar esos sectores y obtener la mayor parte de esos beneficios) y momentos de caídas de precios e ingresos mínimos (momento en el que los Estados recurrían a la privatización y a la inyección de activos líquidos privados para no descuadrar sus cuentas). Las décadas de los 60 y los 70 se correspondieron con una ola de altos precios y, por lo tanto, nacionalizaciones; en los 80 y, sobre todo, en los 90, vino otra ola de caídas de precios y consiguientes privatizaciones; y a partir de los 2000, vuelven los altos precios, y por lo tanto, también las expropiaciones y nacionalizaciones... Con la salvedad de que ahora los inversores privados que inyectaron capital en los 90 contaban con el paraguas de la protección de los APPRI y los convenios firmados con esos Estados, razón por la cual empezaron las denuncias en cascada ante el CIADI frente a estos países. MORTIMORE, M.: *Arbitraje internacional basado en cláusulas de solución de controversias...* Op.cit. P. 63.

⁸² FERNÁNDEZ ROZAS, J.C.: “América Latina y el arbitraje de inversiones: ¿matrimonio de amor o matrimonio de conveniencia?”, *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, vol. 24, Cámaras de Comercio, Industria y Navegación de España, Madrid, 2009. P. 14.

⁸³ FERNÁNDEZ ROZAS, J.C.: “América Latina y el arbitraje de inversiones...”... Op.cit. P. 31.

Pues bien, empecemos aclarando que la actual arquitectura normativa internacional en materia de protección de las inversiones extranjeras (es decir, la red de APPRI y los laudos que los interpretan y aplican) conlleva un ineludible traspaso de potestades regulatorias nacionales a favor de quienes resuelven las divergencias entre las empresas inversoras y los Estados receptores en los que estas desembarcan con sus capitales. Los derechos domésticos de los nacionales de esos Estados son permeables a esa transferencia, y tienden a ajustarse a ella. Este fenómeno ha recibido el nombre de “nueva constitución económica”⁸⁴.

Sin embargo, el poder soberano del Estado no se ve por ello desnaturalizado. Y ello debido a que, según la costumbre internacional, los Estados tienen el derecho de admitir y regular las inversiones extranjeras dentro de su territorio, por lo que la ratificación de TBIs o de cualesquiera otros convenios arbitrales es una muestra precisamente de ese poder soberano, que ejercen igual que en los casos de ratificación de cualquier otro tipo de tratado internacional. Y, lógicamente, al igual que pasa con cualquier otro tratado internacional, una vez firmado, del mismo emana un determinado régimen jurídico, unos determinados derechos, y unas determinadas obligaciones. En el caso de las inversiones, una vez admitida la inversión de una determinada empresa internacional, el país está sujeto a una serie de principios jurídicos emanados precisamente de la costumbre internacional, que protegen a los inversores contra decisiones arbitrarias y discriminatorias que vayan en contra solo de aquello a lo que los Estados estrictamente se habían comprometido previamente con la Sociedad transnacional en cuestión⁸⁵.

Los Estados, por lo tanto, tendrán que tener en cuenta esto de cara a la firma o ratificación de cualquier instrumento de arbitraje o tratado de libre comercio que lo incluya, debido a que no se debe caer en la equivocación de infravalorar estos APPRI o TBIs, y tampoco los convenios arbitrales firmados con las empresas inversoras extranjeras. El panorama internacional actual en el que nos desenvolvemos ya no está conformado solo por consecuencias de incumplimientos de obligaciones recíprocas entre Estados. Precisamente por lo visto en el Capítulo I del presente trabajo, volvemos a

⁸⁴ BOHOSLAVSKY, J.P.: *Tratados de protección de las inversiones e implicaciones para la formulación de políticas públicas (especial referencia a los servicios de agua potable y saneamiento)*, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), Santiago de Chile, 2010. P. 15.

⁸⁵ BOHOSLAVSKY, J.P.: *Tratados de protección de las inversiones e implicaciones para la formulación de políticas públicas...* Op.cit. Pp. 15-16.

recordar un aspecto esencial: los Estados ahora, en el ámbito internacional, no interactúan solamente con otros Estados, sino también con otros actores, que pese a no ser sujetos del Derecho Internacional, pueden igualmente establecer ciertas relaciones con dichos Estados, de las cuales dimanen complejos y novedosos regímenes jurídicos. Un Estado no puede excepcionar el cumplimiento de estos regímenes jurídicos en base a su supuesta soberanía, pues (tal y como ya advertíamos en el apartado 2 del Capítulo I), en su relación con estos actores secundarios, no ha actuado bajo el manto del *iure imperii*, sino bajo el de *iure gestionis*, razón por la cual no puede alegar sus facultades soberanas para excepcionar lo establecido con una determinada empresa, por mucho que crean que el mandato democrático de sus electores les habilitan para ello. Podrán, eso sí, renegociar los términos de ese concreto contrato con el inversor, o cambiar la legislación para que en adelante todos los nuevos contratos se ajusten al nuevo esquema preferido en teoría para el interés general... En definitiva, sus facultades legislativas y soberanas no llegan en ningún momento a estar congeladas en un sentido u otro (algo que sí supondría una vulneración a su soberanía), pero sí está obligado a ser coherente con las obligaciones internacionales y voluntariamente adquiridas con otros Estados o actores de la Sociedad internacional, y sobre todo con la posición que tales obligaciones (bajo la forma jurídica que tengan) ocupan en su jerarquía jurídica interna.

Obviamente, si los estándares de protección de las inversiones son demasiado elevados, se corre el riesgo de que las potestades del Estado de promover el interés público general a través de su intervención y control de la economía se vean trabadas. Algo que, por desgracia, ha venido sucediendo no solo en países en vías de desarrollo, sino también en los desarrollados. Y es que no se puede negar que los TBIs implican, de alguna manera, precompromisos constitucionales que obligan a futuras generaciones a condicionar sus capacidades de autogobernarse. El efecto evidente es la limitación de la incidencia de los procesos de alternancia política sobre la estabilidad o modelo económicos de los países, dando así lugar al llamado nuevo constitucionalismo. Cuando esto sucede se puede llegar a producir, como efecto indirecto, la congelación de las relaciones de poder, con lo que se paralizan o desvirtúan los procesos políticos como mecanismos de ejercicio de poder y asignación de recursos⁸⁶.

⁸⁶ BOHOSLAVSKY, J.P.: *Tratados de protección de las inversiones e implicaciones para la formulación de políticas públicas...* Op.cit. P. 16.

Por ello, la idea y la naturaleza o los objetivos del mecanismo no son tanto sus fallos, como la vaguedad y el descuido con los que muchas veces han sido redactados. Esta mala redacción ha permitido interpretaciones expansivas de los derechos de los inversores, que ha desembocado en la erosión de facultades regulatorias básicas de los Estados, muchas veces incluso sin necesidad de que se manifieste en un laudo, ya que la propia amenaza de hipotéticos procesos arbitrales desalentaba la mejora de cierta normativa para proteger el interés público⁸⁷. Este fue, por ejemplo, el caso de Canadá con la regulación más protectora que intentó implementar en el ámbito de la comercialización del tabaco, caso que ya explicaremos más adelante.

Los estándares de protección de los inversores han sido interpretados de un modo tan expansivo que muchas veces se han alejado notoriamente de la práctica constitucional nacional, por lo que se está instalando en los países receptores la idea de que pueden existir derechos adquiridos contra el interés público. Sin embargo, también es cierto que estamos hablando de la situación límite más extrema en la que los Estados receptores han salido del arbitraje seriamente perjudicados, pero este criterio expansivo del ámbito de protección de los TBIs no es uniforme ni mucho menos se ha dado de modo predominante en la práctica (tal y como hemos podido comprobar en el apartado anterior de comparativa de éxitos entre inversores y Estados). En próximos apartados desarrollaremos más algunos casos emblemáticos e ilustrativos en este ámbito, pero de momento, a simple modo ilustrativo, recalcamos el caso *SGS Société Générale de Surveillance contra Pakistán*. En este caso, en el que el Gobierno paquistaní extinguió unilateralmente un contrato de servicios de inspección de preembarque marítimo, el tribunal arbitral sostuvo que la adopción del criterio sostenido por la Sociedad inversora implicaría un impacto demasiado agresivo sobre la soberanía del país, criterio que no puede ser presumido en ausencia de una clara expresión de las partes contratantes. En sus fundamentos, el tribunal recurrió a jurisprudencia de la OMC para sostener un principio que indicaba que debe adoptarse la visión restrictiva de toda disposición que limite tal soberanía, en caso de duda (*in dubio mitius*), incluso (según recalca el propio tribunal) con el riesgo de que más inversores aumentaran sus demandas por reclamaciones nimias⁸⁸.

⁸⁷ BOHOSLAVSKY, J.P.: *Tratados de protección de las inversiones e implicaciones para la formulación de políticas públicas...* Op.cit. P. 16.

⁸⁸ BOHOSLAVSKY, J.P.: *Tratados de protección de las inversiones e implicaciones para la formulación de políticas públicas...* Op.cit. Pp. 16-17 y 45.

En definitiva, podríamos resumir diciendo que el arbitraje de inversiones es un instrumento que sólo protege las inversiones contra actos gubernamentales que presenten carácter realmente soberano, y no frente a aquellos actos realizados por el Estado receptor en su carácter de comerciante. Es decir, aquellos actos que corporicen facultades gubernamentales y no sean sólo una actuación comercial como podría hacerlo cualquier empresa privada⁸⁹. Y ello porque, tal y como dijimos antes, el objetivo y la naturaleza de este instrumento es, ni más ni menos, el correcto equilibrio entre la soberanía del Estado y su función de crear marco idóneo para el desarrollo económico, de una parte, y la necesidad de proteger los flujos de inversión extranjera dentro del Estado.

1.3 Aspectos procesales conflictivos

Si en los puntos previos veíamos cómo, de entrada, la propia noción del arbitraje de inversiones se ponía en entredicho, y se levantaban dudas al respecto de su imparcialidad y de su legitimidad como sistema que juzga y equipara a dos partes, en teoría, desiguales, la mayor parte de las críticas aducidas al sistema (que casi podríamos decir que alimentan a las dos anteriores) están más bien relacionadas con el propio desarrollo del proceso arbitral y con sus rasgos procedimentales. En efecto, hay elementos formales del arbitraje que levantan críticas más que legítimas. Estamos hablando, sobre todo, de aspectos como la transparencia del procedimiento, la independencia de los árbitros, los costos finales del arbitraje y la propia eficacia final de la resolución (y el hipotético control judicial que algunos argumentan que los laudos arbitrales deberían tener).

Lo cierto es que las dudas que se ciernen sobre los tribunales arbitrales relacionadas con su transparencia, su independencia, su imparcialidad, sus costos financieros y las amplias diferencias existentes entre la jurisprudencia de unos tribunales y otros, constituyen grandes interrogantes para los países receptores en el ámbito de esos procedimientos, porque en última instancia, corren el riesgo de perder dinero público de sus contribuyentes. Estas dudas abarcan a los conflictos de interés evidentes de los árbitros privados y algunas prácticas poco democráticas que socavan los principios

⁸⁹ BOHOSLAVSKY, J.P.: *Tratados de protección de las inversiones e implicaciones para la formulación de políticas públicas...* Op.cit. P. 45.

básicos del derecho público con respecto a la rendición de cuentas, la transparencia y la independencia judicial, todo lo cual reduce el estatus del país receptor al de una mera entidad comercial. Por ello, algunos Estados han denunciado los procedimientos de arbitraje previstos en algunas cláusulas de tratados de libre comercio o acuerdos de protección de inversiones y se han retirado parcial o completamente de este marco institucional internacional. Por su parte, los costes financieros pueden ser prohibitivos, sobre todo para los países más pequeños y pobres. Mientras que los costes finales, incluidos los correspondientes a laudos, honorarios de abogados y costes administrativos, en ocasiones pueden llegar a alcanzar unos cientos de millones de dólares⁹⁰.

a) *La transparencia y los amicii curiae*

Aquí el problema surge porque, pese a que las divergencias sobre inversiones extranjeras que implican la participación del Estado afectan a temas de interés público, estas se dirimen en procedimientos orientados a la solución de temas privados y comerciales, sin que se apliquen siempre los estándares de la transparencia y la participación típicas de la gobernanza democrática. Este secretismo (para los oponentes del modelo de arbitraje de inversiones) o confidencialidad (para los partidarios del mismo) se ha transformado en norma en el arbitraje entre los inversores y el Estado. Sin embargo, existe un gran reconocimiento de que este tipo de conflictos presentan problemas diferentes a los del arbitraje comercial, y que, por lo tanto, esos problemas requieren una ponderación entre intereses públicos y privados. Dado que, en la práctica, estos procedimientos producen efectos análogos a los de un proceso judicial (y además, estos efectos alcanzan al interés público y a la ciudadanía), deben dotarse de las garantías básicas necesarias de acceso público a la información de los casos y de rendición de cuentas⁹¹.

Es por ello que, actualmente, la confidencialidad de estos procesos está cediendo en la regulación internacional en materia de inversiones frente a exigencias de publicidad y transparencia, admitiendo numerosas modificaciones, siendo la más importante de ellas la de la institución de los *amicii curiae*, más bien típica hasta ahora de los tribunales y

⁹⁰ MORTIMORE, M.: *Arbitraje internacional basado en cláusulas de solución de controversias...* Op.cit. P. 8.

⁹¹ MORTIMORE, M.: *Arbitraje internacional basado en cláusulas de solución de controversias...* Op.cit. P. 35.

procesos relacionados con los derechos humanos.⁹² Tal y como ya dijimos anteriormente, los *amici curiae* son terceros que tienen un poderoso interés o una importante opinión sobre el objeto de la acción de un litigio, que pueden solicitar al tribunal arbitral en cualquier momento su intervención en el proceso, normalmente para hacer alegaciones o razonamientos propios de auxilio a una de las partes intervinientes en el proceso, y ello en base a la coincidencia de un interés en el *amicus curiae* y en la parte a la que quiere auxiliar. Se trata de una institución que hunde sus raíces en el *Common Law*, pero que actualmente se ha expandido en su uso también al *Civil Law*⁹³.

Sin embargo, no todos los países comparten esta “pasión” por la transparencia en la resolución de sus conflictos. Estados Unidos, Canadá y algunos Estados europeos (sobre todo los nórdicos), tienen una mayor cultura de la transparencia y la rendición de cuentas que otros. Pese a ello, muchos otros países, por razones de políticas públicas, en muchos casos, perfectamente legítimas y comprensibles, prefieren que sus diferencias relativas a inversiones no sean públicas; exigencias a las que el arbitraje de inversiones, de momento, ha sido bastante flexible⁹⁴.

Pero en líneas generales, la tendencia actual apunta hacia una transparencia y rendición de cuentas máximas. Después de las enmiendas al NAFTA, las enmiendas al CIADI, la Convención de Mauricio, las normas de transparencia de la CNUDMI, las audiencias de los arbitrajes de inversión en vivo por internet, la disponibilidad de los laudos del CIADI y otros laudos de inversión en internet, la pervivencia de la idea de que los arbitrajes de inversión no son transparentes, se debe más bien a una prolongación de las críticas de los propios oponentes del sistema, que lo cuestionan ya de por sí en sus mismos fundamentos. De hecho, si lo que se pretende es que el arbitraje de inversiones sea más transparente, la solución es volverlo más transparente, no atacar todo el sistema como si fuera por entero defectuoso⁹⁵.

Un ejemplo de los cambios anteriormente citados lo encontramos en la Regla 37 de las Reglas de Arbitraje del CIADI y la Regla 41 del Reglamento del Mecanismo

⁹² FERNÁNDEZ ROZAS, J.C.: “América Latina y el arbitraje de inversiones...”... Op.cit. P. 21.

⁹³ MOURRE, A.: “¿Los *Amicii Curiae* son la Respuesta Apropiada al Interés Público en la Transparencia del Arbitraje de Inversión?”, *Revista Brasileira de Arbitragem*, vol. 3, Kluwer Law International, 2006. P. 60.

⁹⁴ NARANCIO, V.; DEL PRADO, F.N.: “Entrevista a Gary Born. El Arbitraje Internacional en debate.”, *IUS ET VERITAS*, n° 54, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2017. Pp. 340-348.

⁹⁵ NARANCIO, V.; DEL PRADO, F.N.: “Entrevista a Gary Born. El Arbitraje Internacional en debate.”... Op.cit. Pp. 340-348.

Complementario del CIADI (AFR – CIADI), donde (tal y como explicábamos antes al respecto de los *amicii curiae*) se establece la autoridad de los tribunales arbitrales para recibir recursos de terceros o permitirles participar en las audiencias arbitrales así como para declarar las audiencias como públicas sin tener que contar para ello con el consentimiento de las partes. Lo cierto es que el CIADI se ha convertido en una de las instituciones arbitrales en materia de inversiones más transparente a nivel internacional, publicando rápidamente toda la información pertinente sobre los casos en curso y los ya concluidos, y también los laudos que cierran tales procedimientos; todo ello, además, por medios electrónicos⁹⁶.

b) Los costes económicos del arbitraje

Otro de los aspectos procesales más problemáticos es el del coste total elevado que pueden llegar a alcanzar estos procedimientos para el Estado receptor, razón por la cual, actualmente, muchos de los APPRIs que se firman en la actualidad contienen cláusulas y disposiciones que permiten acumular procesos conexos para el ahorro de recursos y pagos de todo tipo. Esta facilidad se puede observar, sobre todo, en los APPRIs posteriores al NAFTA, y, especialmente, en los firmados por Estados Unidos y Canadá. Además, otros aspectos a considerar a la hora de querer reducir los costes del arbitraje de inversiones, según la UNCTAD, serían el de implementar y mejorar la calidad de los instrumentos de arbitraje locales dentro de cada región económica, y, sobre todo, el sistema arbitral nacional dentro de cada Estado⁹⁷.

Aun así, por desgracia, en este ámbito la información sobre los costes financieros (laudos, honorarios de abogados y gastos administrativos) de los tribunales de arbitraje internacionales (sobre todo del CIADI), sigue siendo escasa e incompleta, pese a los últimos esfuerzos por mejorarla. El éxito de las iniciativas a abrir el arbitraje de inversiones en lo relativo a las cantidades en juego sigue siendo aún parcial, y ello debido sobre todo al carácter comercial que, en parte, tiene el litio, razón por la cual, muchas veces, las partes elevan la confidencialidad del caso lo máximo posible. En uno de los

⁹⁶ KUNDMÜLLER-CAMINITI, F.; RUBIO-GUERRERO, R.: “El arbitraje del CIADI y el Derecho Internacional de las Inversiones: un nuevo horizonte.”, *Revista del Círculo Peruano de Arbitraje. N° 1*, Lima, 2006. Pp. 108-109.

⁹⁷ KUNDMÜLLER-CAMINITI, F.; RUBIO-GUERRERO, R.: “El arbitraje del CIADI y el Derecho Internacional de las Inversiones: un nuevo horizonte”... Op.cit. P. 109.

análisis comentados en el primer apartado de este capítulo, de Susan Frank, se constataba que, por ejemplo, hasta el año 2006, de los 102 laudos (52 de ellos finales), el promedio de las indemnizaciones concedidas ascendía a 10,4 millones de dólares. El país más castigado por los mismos ha sido Argentina (por las razones ya comentadas de políticas cíclicas en América Latina de máxima y mínima intervención estatal en los sectores de los hidrocarburos y otros recursos naturales). Si se toman en cuenta solamente los principales daños evaluados, sin mencionar los intereses acumulados y otros costes secundarios, los laudos otorgados por los tribunales del CIADI en el caso de países de América Latina y el Caribe, superan los 1.000 millones de dólares, de los cuales los correspondientes a Argentina superan los 900 millones. Los demandantes en hasta seis casos del CIADI contra Argentina llegaron a recibir más de 100 millones cada uno. Si bien es cierto que, tal y como ya dijimos anteriormente, cuando se conceden indemnizaciones, las cantidades determinadas por el tribunal suelen ser siempre inferiores a las reclamadas por los inversores. Aun así, actualmente hay en curso demandas por montantes que alcanzan incluso los miles de millones de dólares⁹⁸.

c) Independencia de los árbitros

La justificación de esta duda es obvia; cuando son las propias partes quienes eligen a los árbitros, muchas veces se duda de que estos puedan llegar a desempeñar su puesto con independencia e imparcialidad. El mecanismo, sin embargo, no se ha comprendido muchas veces, visto desde la óptica del sistema de “juez predeterminado por la ley” para cada caso. En la realidad, tenemos que tener en cuenta que no estamos ante una institución cuyo objetivo sea castigar o penar, y ni siquiera hallar alguna verdad material, de hecho. Se trata de una institución que, en teoría, debería servir para la aproximación de dos posturas distantes y opuestas hacia una solución intermedia de un conflicto enquistado. Tal y como ya veíamos antes, rara vez se concede a las partes la totalidad de lo pedido, y, de hecho, las empresas inversores demandantes casi nunca obtienen la mayor parte de sus reclamaciones.

En ese contexto, de aproximación de posturas, soluciones intermedias, y un laudo que siempre va a estar más cerca de un punto intermedio que de un extremo (como regla

⁹⁸ MORTIMORE, M.: *Arbitraje internacional basado en cláusulas de solución de controversias...* Op.cit. P. 53.

general), la designación de los árbitros por las partes es una garantía de que esos árbitros no vayan a obviar detalles de las defensas de ninguna de las partes, o que traten el caso como uno más de los muchos que les lleguen en cadena. De este modo, el tratamiento de los casos suele ser mucho más personalizado, individualizado y detallado, de tal forma que la resolución final también será mucho más precisa, exacta y justa. Al ser nombrados por las partes, y depender sus honorarios y su función de ambas en igual forma, estos árbitros se van a asegurar siempre de que todos y cada uno de los argumentos de las partes sean debidamente considerados⁹⁹.

Sin embargo, el problema principal en el ámbito del sistema de designación y elección de los árbitros viene de otro lado: por un lado, de la propia tendencia de las partes de que la designación de sus respectivos árbitros se realice en función de que sean proclives a sus intereses, algo común y obvio, que sin embargo no es el principal motivo de sospecha o tacha a su imparcialidad; y por otro lado, la facultad que otorga el sistema de que una misma persona pueda actuar como árbitro en algunos casos y como abogado en otros, si su formación profesional se lo permite, lo cual fomenta un comportamiento o patrón consistente en la interpretación de determinadas cuestiones de una determinada manera, con el objetivo oculto de beneficiarse de dicha interpretación en actuales o futuros asuntos. Por tal motivo se han llegado a dar casos de solicitudes de recusación de árbitros¹⁰⁰.

Si un árbitro tiene que resolver un determinado caso entre dos partes que le presentan un problema, y posteriormente actuará como abogado para otra parte distinta a esas dos, en otro caso completamente distinto pero que versa sobre los mismos términos jurídicos o fácticos, su imparcialidad sí que puede llegar a verse comprometida, pues podría verse tentado a resolver la disputa en el sentido favorable a la parte que ocupe la misma posición jurídica que la otra parte del segundo proceso a la que él va a defender ulteriormente. Es por ello que las actuaciones que pretendan resolver el problema de esta independencia vayan en el sentido de unificar criterios de los reglamentos y convenios de arbitraje para que los procesos de selección de los árbitros delimiten mejor sus incompatibilidades de un modo más homogéneo a nivel internacional.

⁹⁹ NARANCIO, V.; DEL PRADO, F.N.: "Entrevista a Gary Born. El Arbitraje Internacional en debate."... Op.cit. Pp. 340-348.

¹⁰⁰ FERNÁNDEZ MASIÁ, E.: "ARBITRAJE INVERSOR-ESTADO: DE <<BELLA DURMIENTE>> A <<LEÓN EN LA JUNGLA>>", *Revista electrónica de estudios internacionales (REEI)*, n° 26, Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales, 2013, P. 13.

d) Eficacia del arbitraje y ejecutividad de los laudos

Sin el efecto de cosa juzgada que tendría una resolución judicial de alguna instancia jurisdiccional de cualquier Estado, este instrumento de resolución de disputas relativas a las inversiones necesita de amplias garantías de vinculación y ejecutividad de sus resoluciones para que pueda estar legitimado a ojos de ambas partes que acuden al mismo. Y, de hecho, en líneas generales, las resoluciones del arbitraje de inversiones en el ámbito internacional gozan de un carácter vinculante y ejecutable mucho más sano que el de las resoluciones del arbitraje comercial, donde es mucho más fácil anular un laudo, incluso una vez ya acreditada su autenticidad por los órganos judiciales nacionales. Como ejemplo de este carácter ejecutivo de sus laudos, obsérvense los arts. 53 y 54 del Convenio CIADI, en los cuales se proclama la obligación autoasumida por todos los Estados partes de cumplir obligatoria y voluntariamente los laudos del tribunal¹⁰¹.

El CIADI es la institución que presenta más garantías al respecto, pues los artículos anteriormente citados no solo obligan a los Estados a cumplir sus laudos, sino que además establece que estos no pueden ser objeto de ninguna clase de apelación o recurso, razón por la cual las partes obtienen una resolución definitiva de su disputa rápidamente, sin darle la oportunidad a la otra parte a recurrir constantemente hasta agotar ninguna vía judicial y dilatar de modo indefinido el procedimiento. Las pocas excepciones en las que se permite el recurso son tasadas por el propio Convenio CIADI y su Reglamento. Los Estados partes están obligados a reconocer y ejecutar tales laudos como si fueran sentencias firmes dictadas por sus propios tribunales¹⁰².

Sin embargo, la piedra de toque del carácter ejecutivo y obligatorio de los laudos y de los convenios arbitrales en el ámbito del arbitraje de inversiones es La Convención de Nueva York del año 1958, ya citada en el capítulo II de nuestro trabajo. Sin entrar más en lo ya explicado y volver a repetir lo mismo, simplemente vamos a hacer hincapié esta vez en sus arts. 5 y 7. Y es que la Convención garantiza que todos los Estados partes en la misma cumplan de buena fe las obligaciones asumidas en algún convenio arbitral o dimanantes de un laudo, con las contadas excepciones recogidas en su art. 5.

¹⁰¹ FERNÁNDEZ ROZAS, J.C.: “América Latina y el arbitraje de inversiones...”... Op.cit. P. 22.

¹⁰² KUNDMÜLLER-CAMINITI, F.; RUBIO-GUERRERO, R.: “El arbitraje del CIADI y el Derecho Internacional de las Inversiones: un nuevo horizonte”... Op.cit. P. 76.

“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 competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución” que las partes estaban sujetas a alguna incapacidad en virtud de alguna ley que les fuera aplicable, que el acuerdo por el que se accedieron al arbitraje no fuera válido en virtud de dicha ley, o que la parte contra la cual se invoca la sentencia arbitral no haya sido debidamente notificada de la designación del árbitro o del procedimiento de arbitraje o no haya podido, por cualquier circunstancia, hacer valer sus medios de defensa, que la sentencia verse sobre una materia no sujeta a arbitraje por la cláusula compromisoria, que la constitución del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se hayan ajustado al acuerdo celebrado entre las partes o a la ley del país en el que se ha efectuado el arbitraje, o que, por ejemplo, la sentencia no sea aún obligatoria para las partes o haya sido anulada o suspendida por alguna autoridad competente del país en el que ha sido dictado o conforme a cuya ley ha sido dictada. Y, por último, también sería posible denegar el reconocimiento o la ejecución de dicha sentencia arbitral si la misma fuera contraria al orden público del país en el que se pide su ejecución, o si en ese país no se pudiera resolver dicha materia conforme a su ley nacional por medio del arbitraje. Estas dos últimas causas de denegación de reconocimiento o ejecución son muy problemáticas, y, en la práctica, muy frecuentemente alegadas por los Estados inversores, algo que complica la ejecución de los laudos normalmente favorables a los inversores extranjeros¹⁰³.

Por su parte, un arma que la Convención ofrece a dichos inversores es la del art. 7, en la cual se establece que las propias disposiciones de esta Convención no podrán nunca anular la validez o superponerse a otras disposiciones de acuerdos multilaterales o bilaterales de inversión que sean más favorables, y tampoco a las disposiciones más benéficas de la propia legislación nacional de los Estados receptores, prohibiendo a los Estados contratantes limitar tales derechos en el reconocimiento y ejecución de dichas resoluciones¹⁰⁴.

Sea como fuere, el art. 5 de La Convención establece solo excepciones causales permisivas, pues el propio artículo utiliza la palabra “podrá” y no “deberá”, por lo que en

¹⁰³ NARANCIO, V.; DEL PRADO, F.N.: “Entrevista a Gary Born. El Arbitraje Internacional en debate.”... Op.cit. P. 345.

¹⁰⁴ *Instrumento de Adhesión de España al Convenio sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, hecho en Nueva York el 10 de junio de 1958.* Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado. [Fecha de consulta: 21 de enero de 2019]. Disponible en: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-1977-15727

la práctica, incluso aunque una o varias de esas condiciones se den, ello no implica una denegación automática u obligatoria del reconocimiento o de la ejecución, sino que el tribunal doméstico tendrá que evaluar y sopesar las razones que tenga para hacerlo, y en caso de no estimarlo pertinente, e incluso en caso de que a las partes no les interese tal opción, tal denegación no tiene por qué suceder. Si bien es cierto que muchas veces, los Estados se agarran a tales cláusulas e incluso las aprovechan para ir más allá de su contenido y objetivos, realizando en sus instancias nacionales reinterpretaciones y revisiones *de novo* sobre el fondo, los hechos y las cuestiones arbitrales¹⁰⁵.

2. Los Estándares de Protección Más Aplicados por los Árbitros: Análisis Jurisprudencial

Es necesario definir cuáles son las cláusulas más importantes de protección para las inversiones a las cuales las Sociedades inversoras extranjeras suelen recurrir en los arbitrajes, a fin de defenderse de las acciones que los Estados receptores suelen desarrollar en ejercicio de sus potestades soberanas. Estas cláusulas son las armas que más comúnmente suelen ser usadas por los inversionistas, y reciben el nombre de estándares de protección. Para hacer un balance de tales estándares de protección, recurriremos al análisis jurisprudencial de los casos más importantes conocidos hasta la fecha del arbitraje internacional de inversiones. Ello nos permitirá obtener una imagen fiel del impacto y de las consecuencias de estos estándares y de la labor general del arbitraje de inversión en los Estados receptores, y, sobre todo, en la prestación de los servicios públicos y las facultades regulatorias de los Estados.

2.1 Expropiación Directa e Indirecta

La expropiación es, en líneas generales, la más grave de las intervenciones estatales en el derecho a la propiedad, y, sobre todo, en el derecho a la propiedad de los medios de producción. En el campo de las inversiones, constituye la más dura de las

¹⁰⁵ NARANCIO, V.; DEL PRADO, F.N.: “Entrevista a Gary Born. El Arbitraje Internacional en debate.”... Op.cit. P. 345.

medidas de intervención estatales en la propiedad o el disfrute de la inversión. Los Estados tienen tal derecho en base a sus potestades soberanas como garantes del interés público, y ello además se vio consagrado por las resoluciones de la ONU citadas en los anteriores apartados de este capítulo. La contrapartida de tal facultad es un precio justo, una compensación equilibrada y adecuada al coste de la propiedad de la que ha sido privado el inversionista. Es por ello que los TBIs o APPRI y otros acuerdos comerciales, en general, establecen las causas, las condiciones y las consecuencias de la expropiación. Generalmente, las condiciones contenidas en la mayor parte de los TBIs consisten en que esta medida estatal tenga como causa únicamente el interés público, que no sea discriminatoria ni arbitraria, que el inversionista tenga siempre el derecho al debido proceso con todas las garantías, apelaciones y recursos posibles, y que la expropiación sea siempre seguida de una rápida (sin dilaciones indebidas), adecuada (según el valor de mercado) y efectiva (en moneda convertible) indemnización¹⁰⁶.

Este estándar, en concreto, es un estándar absoluto, debido a que no compara la forma en la que son tratados otros inversores nacionales del propio Estado receptor. Sin embargo, sí existe una diferenciación para una parte de los expertos entre expropiación legal y expropiación ilegal, dependiendo de si se cumplen o no todas las condiciones arriba mencionadas. Estos creen que cuando una expropiación es ilegal, de acuerdo a las normas en materia de responsabilidad estatal, se debería retrotraer la situación al momento previo del daño, lo cual implicaría una indemnización que contuviera también el lucro cesante; mientras que si la expropiación fuera legal, la indemnización simplemente tendría que contener el valor justo de mercado de la cosa expropiada¹⁰⁷.

Sin embargo, en el ámbito de las expropiaciones, hay una zona 0 en la cual hay otras terceras medidas que no afectan formalmente al título de propiedad *per se*, sino que limitan el aprovechamiento que el inversionista hace de la inversión. Los casos más comunes son aquellos en los que se dan cambios normativos o tributarios, cuyos impactos en la inversión producen un efecto análogo al de la expropiación, pues en algunas ocasiones puede no solo reducir, sino directamente anular los beneficios derivados de la explotación o gestión de la misma, e incluso provocar cuantiosas pérdidas. Tales actos afectan al llamado “núcleo dominial” garantizado de la propiedad privada, y reciben, por

¹⁰⁶ BOHOSLAVSKY, J.P.: *Tratados de protección de las inversiones e implicaciones para la formulación de políticas públicas...* Op.cit. P. 36.

¹⁰⁷ BOHOSLAVSKY, J.P.: *Tratados de protección de las inversiones e implicaciones para la formulación de políticas públicas...* Op.cit. P. 36.

ello, el nombre de “expropiación indirecta”. Los APPRI, normalmente, se suelen referir en su articulado a estas situaciones como “expropiación y otros efectos equivalentes”. Para diferenciar estas situaciones tan poco claras de cualquier actividad regulatoria normal del Estado, se suele usar el criterio de la buena fe, para argumentar que bajo su paraguas, dicha regulación no sería indemnizable, si bien es cierto que se trata de una distinción poco viable, en opinión de gran parte de los autores¹⁰⁸.

Tal y como quedó proclamado en el asunto *Continental Casualty Company contra Argentina* (CIADI, 2008), hay medidas que constituyen el ejercicio legítimo de las facultades soberanas que pueden afectar a los inversores negativamente, sin que por ello estos tengan derecho a ninguna indemnización. Por ello, las propiedades de los inversionistas extranjeros afectas a toda clase de actividad económica, pueden estar sujetas a tributación, restricciones comerciales, restricciones administrativas, regulaciones normativas, medidas devaluatorias, etc... siempre y cuando no erosionen la propiedad de una manera desproporcionada, discriminatoria, o intolerable.¹⁰⁹ Ahondando en este aspecto, en el asunto *SEDCO contra National Iranian Oil Company* (1986), se establece que, pese a que puedan existir circunstancias extraordinarias, por norma general, las medidas estatales que regulan una inversión no son ilegales, por lo que no pueden ser calificadas como expropiaciones, señalando el tribunal que el Derecho internacional se rige por el principio de que un Estado no es responsable de los daños económicos provocados como consecuencia de una norma dictada de buena fe, dentro de sus facultades soberanas¹¹⁰.

El caso más conocido relacionado con el alcance del estándar de expropiación indirecta es *Metalclad contra México* (CIADI, 2000), en base al NAFTA. En dicho asunto, todo comienza cuando una empresa estadounidense obtiene un permiso del gobierno federal mexicano para el desarrollo y la gestión de una planta de tratamiento de residuos peligrosos. Posteriormente, después de amplias manifestaciones ciudadanas y el rechazo de amplios sectores civiles de la comunidad local donde iba a ser instalada la

¹⁰⁸ AMADO VARGAS, J.D.; RODRÍGUEZ CARPI, B.A.: “La Expropiación indirecta y la Protección de las Inversiones Extranjeras”, *THEMIS Revista de Derecho*, n° 50, Editorial Jurídica THEMIS, Lima, 2005. Pp. 59-68.

¹⁰⁹ *Continental Casualty Company v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/9, Laudo del 5 de septiembre del 2008. Itlaw. [Fecha de consulta: 21 de enero de 2019]. Disponible en: <https://www.itlaw.com/cases/329>

¹¹⁰ *SEDCO, INC. v. NATIONAL IRANIAN OIL CO.* ITL 59-129-3. Iran-United States Claims Tribunal, The Hague, Laudo del 27 de marzo del 1986. Disponible en: LEIGH, M.: *The American Journal of International Law*, Vol. 80, No. 4, Cambridge University Press, 1986, Pp. 969-972.

planta, el gobierno municipal se opone al proyecto, y, en connivencia con el mismo, el gobierno provincial declara esa zona como “área de cactus protegida”. El laudo del CIADI acabó condenando a México, con un razonamiento basado en que el NAFTA no sólo protege al inversor frente a las expropiaciones directas, abiertas, reconocidas y deliberadas (como, por ejemplo, la total incautación de los bienes o el traspaso de la titularidad del capital social a nombre del Estado), sino que además cubre injerencias incidentales en la utilización de la propiedad, sobre todo cuando tienen como efecto la privación a sus propietarios del uso y disfrute de la propiedad de la inversión, completa o parcialmente. O, del mismo modo, cuando los inversores se vean privados del beneficio económico razonablemente previsto, incluso aunque el Estado no llegase a beneficiarse de tales medidas. En este caso, además, la opacidad y la inseguridad jurídica en la que se estimó que el Estado había dejado al inversor, al no haber ni siquiera clarificado las autoridades las autorizaciones necesarias a nivel local (por contradicción entre las Administraciones local y regional), jugaron más en contra, si cabe, del Estado mexicano, y el tribunal acabó declarando que las consecuencias derivadas de esa falta de transparencia y predictibilidad debían ser asumidas por el Estado mexicano, como receptor de las inversiones. El CIADI no entró a valorar ni siquiera la necesidad de protección ambiental alegada por México, y tampoco la supuesta falta de diligencia de Metalclad a la hora de evaluar correctamente el marco jurídico vigente al momento de realizar la inversión¹¹¹.

Por último, hay que resaltar uno de los aspectos más controvertidos relacionados con la expropiación (tanto directa como indirecta), y este es el de la intencionalidad del Estado; es decir, si el Estado tenía la intención de mermar los derechos de propiedad, uso, gestión y disfrute de la inversión, por medio de sus medidas restrictivas o regulatorias, o si, por el contrario, basta con que solamente se dé la afectación objetiva de la inversión, sin necesidad de ningún otro elemento subjetivo. Al respecto se pronuncia el famoso caso Técnicas Medioambientales TECMED contra México (CIADI, 2003). En este asunto, se produce una reclamación debida a la no renovación de un permiso para gestionar un vertedero. Esta decisión de no renovación del permiso es tomada por las autoridades mexicanas, aduciendo motivos medioambientales y de presión de la opinión pública (sobre todo de la comunidad local, preocupada por la degradación de sus estándares

¹¹¹ Metalclad Corporation v. The United Mexican States, ICSID Case No. ARB(AF)/97/1, Laudo del 30 de agosto del 2000. Itlaw. [Fecha de consulta: 21 de enero de 2019]. Disponible en: <https://www.itlaw.com/cases/671>

medioambientales y sanitarios). En su laudo, el tribunal desdeña y deshecha los argumentos aducidos por México relacionados con la intención del Gobierno mexicano o los beneficios obtenidos por las medidas que tomó, restándoles importancia, pues considera que lo único relevante para el caso en su vertiente arbitral internacional de inversiones es el perjuicio económico efectivamente producido al inversor extranjero¹¹².

Si bien es cierto que este criterio no es unánime, y que de hecho la casuística es muy variada, en líneas generales podemos afirmar que la intencionalidad sería una mera condición secundaria, cuyo juicio, al igual que el de las formas de la expropiación, la idoneidad de la misma, o la utilidad de las medidas, se tendría que hacer en otra instancia y no en sede del arbitraje de inversiones. Aunque, claro está, la evolución de los objetivos del desarrollo sostenible y la sensibilidad climática de nuestras sociedades, prometen reubicar las causas medioambientales alegadas por los Estados en estos arbitrajes bajo el foco del interés general; foco que, al parecer, y al menos de momento, no se considera homogéneamente que abarca estas problemáticas.

2.2 Tratamiento Justo y Equitativo

Este principio aparece en el escenario del derecho internacional en el año 1954, y a partir de ese momento se empieza a desarrollar progresivamente, hasta que acaba siendo recogido por el NAFTA en su art. 1105(1), en el Tratado sobre la Carta de la Energía de 1994 en su art. 10(1), y en la mayor parte de los TBIs firmados hasta la fecha. A partir del año 2000, con los laudos de Metalclad contra México y Emilio Agustín Meffezini contra España (ambos del CIADI), los árbitros empiezan a definir y expandir su contenido. Pese a todo, su reconocimiento sigue siendo aún muy heterogéneo e irregular, llegándose a criticar que, en realidad, solo viene a ser un cajón de sastre en el que dar cobijo a todas las lagunas y ausencias de otros estándares de protección. Y ello porque, tal y como veremos en seguida, su apreciación se puede deber a muchas deficiencias en el trato dado por las autoridades del Estado receptor a la inversión. Estamos ante un estándar absoluto, que opera de forma independiente al del tratamiento nacional, pues el principio de tratamiento justo y equitativo puede ser violado incluso cuando a los

¹¹² Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. The United Mexican States, ICSID Case No. ARB (AF)/00/2, Laudo del 29 de mayo del 2003. Itlaw. [Fecha de consulta: 21 de enero de 2019]. Disponible en: <https://www.itlaw.com/cases/1087>

inversores extranjeros se les dispensa un trato idéntico o similar al resto de los inversores nacionales del país que los aloja. Incluso se ha llegado a decir, por parte de algunos expertos en el arbitraje internacional de inversiones, y en el seno de ciertos foros o acuerdos de arbitraje como el NAFTA, que este principio de protección no es más que el reflejo de los estándares mínimos del derecho internacional y de la costumbre internacional¹¹³.

Muchos otros afirman que, en parte, se correspondería más bien con un efecto o una vertiente o manifestación secundaria del principio de buena fe, que lo incluiría dentro de su aplicación en el ámbito internacional. En el asunto *Waste Management contra México* (CIADI, 2004), el tribunal argumentó que una conspiración deliberada de varias agencias del gobierno, actuando conscientemente en la dirección de perjudicar la inversión y quebrantar los propósitos del acuerdo de inversión, sin justificación alguna, constituye una violación de la obligación básica del Estado de actuar de buena fe y no intentar obstaculizar o dañar una inversión a través de medios impropios, siendo además precisamente la protección frente a cualquier injerencia parecida, el objetivo central de cualquier TBI¹¹⁴.

Sin embargo, gran parte de la doctrina reconoce que el principio de buena fe tendría un alcance limitado si se tratara de usar en todos los casos de modo análogo al del trato justo y equitativo, debido a que, en la práctica, numerosos laudos han acabado resolviendo que había responsabilidad indemnizatoria del Estado incluso en supuestos en los que los tribunales reconocían que no había mediado mala fe por parte de sus autoridades. Por ejemplo, en el asunto *Mondev contra EE.UU.* (CIADI, 2002), en el contexto del NAFTA, el tribunal sentenció que los tratos injustos o inequitativos no tienen por qué implicar una actuación escandalosa, atroz o de mala fe por parte del Estado, produciéndosele sin más al inversor un perjuicio injusto¹¹⁵. Por su parte, en el caso *Técnicas Medioambientales TECMED contra México*, anteriormente citado, se afirmó directamente que no era necesaria la mala fe o la intención expresa del Estado de perjudicar ilegítimamente la inversión, aunque, obviamente, si también concurrían en el

¹¹³ BOHOSLAVSKY, J.P.: *Tratados de protección de las inversiones e implicaciones para la formulación de políticas públicas...* Op.cit. Pp. 41-44.

¹¹⁴ BOHOSLAVSKY, J.P.: *Tratados de protección de las inversiones e implicaciones para la formulación de políticas públicas...* Op.cit. Pp. 41-44.

¹¹⁵ *Mondev International Ltd. v. United States of America*, ICSID Case No. ARB(AF)/99/2, Laudo del 11 de octubre del 2002. Itlaw. [Fecha de consulta: 22 de enero de 2019]. Disponible en: <https://www.itlaw.com/cases/715>

caso, podían agravar la responsabilidad del Estado, pero no llegaban a ser elementos esenciales del estándar del trato justo y equitativo.

Dentro de los muchos aspectos incluidos del análisis de este estándar de protección, encontramos el de la corrupción que ha afectado el propio proceso de contratación entre el Estado receptor y el inversor extranjero, aunque eso sí, solamente cuando se demuestre que el inversor ha hecho todo lo posible por tratar de eludir dicha corrupción en el proceso de contratación (World Duty Free Company Limited contra Kenya, CIADI, 2007).¹¹⁶ Por su parte, el incumplimiento contractual (“*pacta sunt servanda*”) es otro de esos aspectos que está integrado dentro del estándar de protección del trato justo y equitativo. De cara al mismo, la discusión se suele centrar en si cualquier incumplimiento contractual puede llegar a suponer la violación de tal estándar de protección, o si por el contrario, se requiere un incumplimiento del Estado en su condición de ente soberano. La doctrina se suele decantar más bien por esta última premisa, eliminando de la consideración los casos en los que el país actúa con las facultades típicas de cualquier otro comerciante persona física o jurídica. Ejemplo de esta doctrina la encontramos en el caso Consortium R.F.C.C. contra Marruecos¹¹⁷.

Otro componente fundamental del estándar del tratamiento justo y equitativo es la garantía del debido proceso y de un juicio justo. Además, para su apreciación, los tribunales admiten violaciones de los tres poderes del Estado. El modelo de todos los APPRIIs firmados en los últimos años por Estados Unidos, dispone expresamente que el principio del tratamiento justo y equitativo comprende la no denegación de justicia en procesos de toda clase; civiles, administrativos o penales. El debido proceso fue uno de los elementos más reconocidos por los árbitros a nivel internacional como factor para considerar la medida estatal como ilegal. Entre los muchos laudos en que esto se evidencia, resaltamos el de Thunderbird contra México (UNCITRAL, 2006), en el que se estableció que se consideraría quebrantada la garantía del debido proceso no solo en los procedimientos judiciales, sino también en los administrativos, si bien es cierto que reconocía que los estándares de protección serían más altos en el caso de los primeros¹¹⁸.

¹¹⁶ World Duty Free Company v Republic of Kenya, ICSID Case No. Arb/00/7, Laudo del 4 de octubre del 2006. Itlaw. [Fecha de consulta: 22 de enero de 2019]. Disponible en: <https://www.italaw.com/cases/3280>

¹¹⁷ Consortium RFCC v. Royaume du Maroc, ICSID Case No. ARB/00/6, Laudo del 22 de diciembre del 2003. Itlaw. [Fecha de consulta: 22 de enero de 2019]. Disponible en: <https://www.italaw.com/cases/325>

¹¹⁸ International Thunderbird Gaming Corporation v. The United Mexican States, UNCITRAL, Laudo del 26 de enero del 2006. Itlaw. [Fecha de consulta: 22 de enero de 2019]. Disponible en: <https://www.italaw.com/cases/571>

Otra de las nociones incluidas dentro del estándar del trato justo y equitativo es también la de “protección total y seguridad”, que actualmente se encuentra recogida por la mayor parte de APPRIIs del mundo. Tradicionalmente ha sido alegada y declarada en casos de violencia física que implicaban daños o destrucción total o parcial en la inversión. Un buen ejemplo sería el asunto Asian Agricultural Products Limited contra Sri Lanka (CIADI, 1990), en el que quedó probado que las fuerzas de seguridad de dicho país, en una operación contra un movimiento insurgente, destruyeron parte de los activos físicos de las instalaciones del inversor, encontrando el tribunal culpable al Estado por un uso excesivo de las fuerzas y cuerpos de seguridad, siendo la medida de seguridad del todo injustificable.¹¹⁹ Actualmente, sin embargo, la jurisprudencia arbitral ha optado por ampliar el campo de protección de las cláusulas de “protección total y seguridad” también a las agresiones legales y contractuales, siendo un ejemplo de ello el caso CME contra la República Checa (UNCITRAL, 2003), en el cual la agencia reguladora estatal checa había creado una situación legal de no retorno para el socio legal del inversor, que no podía ejecutar el contrato del cual dependía la inversión¹²⁰.

Pero de todos modos, el concepto de “protección total y seguridad” no nos puede llevar al equívoco de pensar que los tribunales arbitrales han aceptado una noción de protección absoluta frente a cualquier clase de contingencia en la inversión, sino que más bien se rechaza de plano la posibilidad de reconocer una responsabilidad de carácter objetivo de protección total frente a todo riesgo o contingencia a cargo del Estado que recibe la inversión. Solamente se admite la exigencia de que el Estado cumpla con un mínimo de diligencia debida protegiendo la inversión. Por lo tanto, si el Estado demuestra esa diligencia mínima, quedará exonerado de su responsabilidad. Este fue el caso del Estado rumano, en el asunto Noble Ventures contra Rumanía (CIADI, 2005), que quedó exonerado al poder probar la realización suficiente de ciertas medidas diligentes mínimas para la protección de la inversión¹²¹.

2.3 La Cláusula Paraguas

¹¹⁹ Asian Agricultural Products Ltd. v. Republic of Sri Lanka, ICSID Case No. ARB/87/3, Laudo del 27 de junio de 1990. Itlaw. [Fecha de consulta: 22 de enero de 2019]. Disponible en: <https://www.itlaw.com/cases/96>

¹²⁰ CME Czech Republic B.V. v. The Czech Republic, UNCITRAL, Laudo del 14 de marzo del 2003. Itlaw. [Fecha de consulta: 22 de enero de 2019]. Disponible en: <https://www.itlaw.com/cases/281>

¹²¹ Noble Ventures, Inc. v. Romania, ICSID Case No. ARB/01/11, Laudo del 12 de octubre del 2005. Itlaw. [Fecha de consulta: 22 de enero de 2019]. Disponible en: <https://www.itlaw.com/cases/747>

Estamos ante una cláusula que está recogida en más de mil APPRI y en la Carta de la Energía, pero que Estados Unidos y Francia, como ejemplos muy importantes, no suelen incluir en sus TBIs. Esta cláusula se superpone fácilmente con el principio del tratamiento justo y equitativo (antes visto) y con la cláusula de seguridad y protección. Su fundamento reside, esencialmente, en el respeto a las obligaciones asumidas por el Estado receptor de las inversiones extranjeras, pese a que continúa siendo aún conflictivo y polémico si el concepto de “obligaciones” engloba solo a las internacionalmente asumidas en tratados internacionales de protección de inversiones con otros Estados o regiones, o si, por el contrario, abarca también a las obligaciones contractuales del propio vínculo concreto entre un Estado determinado y un inversor en particular¹²².

El caso que más puso de manifiesto dicha complejidad de distinción fue el famoso caso Vivendi. En él, un inversor francés demanda al Estado de Argentina, en virtud de un TBI firmado entre Francia y Argentina, habiendo también de por medio un contrato de concesión celebrado con la Provincia de Tucumán, en el que se reconocía la competencia de los tribunales locales argentinos sobre las disputas contractuales. La demanda interpuesta por la compañía en cuestión (Vivendi Universal S.A.) y su compañía filial en Argentina (Compañía de Aguas del Aconquija S.A.) sostenía que las autoridades argentinas realizaron determinados actos que obstruyeron la ejecución satisfactoria del contrato, por lo que el Estado argentino incumplió sus obligaciones derivadas del TBI firmado con el Estado francés¹²³.

En su laudo, dictado en el año 2000, el tribunal arbitral del CIADI determinó que “las acciones de la Provincia de Tucumán sobre las que se basan los reclamantes para su posición de atribuir responsabilidad a la República Argentina están estrechamente vinculadas con el cumplimiento o incumplimiento de las partes bajo el Contrato de Concesión...”, y acabar concluyendo que a los árbitros les era imposible “determinar cuáles acciones de la Provincia fueron tomadas en el ejercicio de su autoridad soberana y cuáles en el ejercicio de sus derechos como parte al Contrato de Concesión, considerando en particular que gran parte de la prueba presentada en este caso se ha referido a

¹²² BOHOSLAVSKY, J.P.: *Tratados de protección de las inversiones e implicaciones para la formulación de políticas públicas...* Op.cit. P. 45.

¹²³ MORALES VELA, D.: “Arbitraje Internacional de Inversiones: Conflictos en la Aplicación de Cláusulas Paraguas”, *Iuris Dictio. Revista del Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito*, Iuris Dictio, Quito, 2007. Pp. 48-61.

cuestiones detalladas de cumplimiento y de tarifas bajo el Contrato de Concesión. Para hacer tales determinaciones, el Tribunal tendría que emprender una interpretación y aplicación detallada del Contrato de Concesión, una tarea entregada por las partes de ese contrato a la jurisdicción exclusiva de los tribunales administrativos de Tucumán”¹²⁴.

Vemos, por lo tanto, cómo finalmente el tribunal se acaba pronunciando favorablemente para el Estado argentino, y desfavorablemente para Vivendi. La negativa del tribunal a declararse competente fue duramente criticada, por lo que una vez que el inversor impugnó la validez del laudo, se constituyó un comité ad hoc en el CIADI, que lo anuló y determinó finalmente que Argentina “no podía apoyarse en una cláusula de jurisdicción exclusiva para evitar la caracterización de su conducta como internacionalmente ilícita bajo un tratado.”. En la práctica, el régimen de las obligaciones y derechos creados por el tratado y el régimen de esas mismas relaciones jurídicas creadas por el contrato están tan íntimamente ligadas e interconectadas, que la labor de los árbitros de discernir si están o no ante un quebrantamiento del tratado (y por lo tanto, dentro del ámbito de sus funciones) es harto compleja, cuando no imposible. Razón por la cual se crea una situación complicada que involucra altos riesgos e inseguridad jurídica para las partes, pues no saben a qué vía de resolución de controversias recurrir¹²⁵.

Este comité ad hoc describió las diferencias entre el incumplimiento de un tratado y el incumplimiento de un contrato de la siguiente forma: “En cuanto a la relación entre incumplimiento de contrato e incumplimiento del tratado en el presente caso, se debe hacer hincapié en que los Artículos 1 y 5 del TBI no se relacionan directamente al incumplimiento de un contrato de derecho interno. En su lugar establecen una norma independiente. Un estado puede violar un tratado sin violar un contrato y viceversa, y este por cierto es el caso de estas disposiciones del TBI. El punto se deja en claro en el Artículo 3 de los Artículos de la CDI, titulado <<Caracterización de un acto de un Estado como internacionalmente ilícito>>: La calificación del hecho del Estado como internacionalmente ilícito se rige por el derecho internacional. Tal calificación no es afectada por la calificación del mismo hecho como lícito por el derecho interno. De conformidad con este principio general (que es sin duda declaratorio del derecho

¹²⁴ Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/97/3 (formerly Compañía de Aguas del Aconquija, S.A. and Compagnie Générale des Eaux v. Argentine Republic), Laudo del 21 de noviembre del 2000, párr. 79. Itlaw. [Fecha de consulta: 22 de enero de 2019]. Disponible en: <https://www.itlaw.com/cases/309>

¹²⁵ MORALES VELA, D.: “Arbitraje Internacional de Inversiones: Conflictos en la Aplicación de Cláusulas Paraguas”... Op.cit. Pp. 48-61.

internacional general), son cuestiones distintas la de si ha habido incumplimiento del TBI y la de si ha habido incumplimiento de contrato. Cada una de estas reclamaciones será determinada en referencias a su propio derecho aplicable (en el caso del TBI, por el derecho internacional; en el caso del Contrato de Concesión, por el derecho propio del contrato)...”¹²⁶.

La indecisión del CIADI, reflejada en sus dos resoluciones contradictorias (con la Decisión posterior anulando lo que había dicho en el Laudo) se acrecentó aún más con otras dos decisiones distintas posteriores, de dos tribunales distintos del CIADI; más en concreto, en los asuntos SGS contra Pakistán y SGS contra Filipinas. El interrogante sobre si la cobertura de una cláusula paraguas alcanza a las obligaciones surgidas de contratos que, sin un APPRI de aplicación, serían de todas formas autónomos. El resultado final de las decisiones no es baladí, puesto que si la cláusula paraguas vincula al arbitraje internacional la ruptura o el incumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato, la cláusula de protección general de las inversiones se incumpliría cada vez que se violara alguna de las obligaciones contractuales, por lo que el inversor podría apelar directamente al arbitraje internacional reconocido en el APPRI, sin importar las leyes de competencia y jurisdicción nacionales del Estado receptor, ni tampoco las cláusulas de sumisión acordadas por las partes en el propio contrato¹²⁷.

El caso SGS c. Pakistán empezó con una demanda de la sociedad suiza SGS, sobre la base de un APPRI suscrito entre Suiza y Pakistán, en relación a un contrato celebrado en 1994, en virtud del cual esta empresa suiza se comprometió a prestar servicios de inspección de pre-embarque para importación. Entre las muchas cláusulas del contrato, había una compromisoria de arbitraje local. Cuando el tribunal empezó a analizar el alcance de la cláusula paraguas del APPRI, acabó dictaminando, en su laudo de 6 de agosto del 2003, que la redacción empleada en la cláusula de protección general no podía ser interpretada de un modo tan amplio como para abarcar también las obligaciones contractuales. O al menos, siempre y cuando esas cláusulas paraguas de protección general no estén redactadas de tal forma que explícita y textualmente se evidencie esa

¹²⁶ Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/97/3 (formerly Compañía de Aguas del Aconquija, S.A. and Compagnie Générale des Eaux v. Argentine Republic). Decisión sobre Anulación del 3 de julio del 2002, párrs. 95, 96. Itlaw. [Fecha de consulta: 22 de enero de 2019]. Disponible en <https://www.itlaw.com/cases/309>

¹²⁷ MORALES VELA, D.: “Arbitraje Internacional de Inversiones: Conflictos en la Aplicación de Cláusulas Paraguas”... Op.cit. Pp. 48-61.

intención inequívoca por parte de los Estados firmantes de vincular las obligaciones contractuales asumidas por sus empresas nacionales a la protección del arbitraje¹²⁸.

La segunda decisión antes mencionada, que contradice a la primera apenas unos meses más tarde, fue la del asunto SGS c. Filipinas, en la que otro tribunal arbitral distinto pero también del CIADI acabó dictaminando que si un APPRI contiene una cláusula paraguas redactada de un modo muy inconcreto o impreciso, en la cual se dispone (como fue el caso) que las partes contratantes se comprometían a respetar “todas las obligaciones que haya asumido con relación a las inversiones específicas hechas en su territorio por inversores de la otra Parte Contratante”, tal cláusula acaba obligando a los tribunales arbitrales a interpretarla de forma más amplia, en aras del mayor beneficio y cuidado posibles de la inversión, por lo cual todas las obligaciones contractuales relativas a inversiones se convierten en obligaciones internacionales. Sin embargo, en este caso, tenemos que recalcar que más que una contradicción, el elemento distintivo con respecto al caso anterior fue que el APPRI suscrito por Filipinas y Suiza contenía una cláusula paraguas muy inespecífica, expuesta a amplias interpretaciones, en la que la parte “todas las obligaciones” fue la llave que abrió la puerta del arbitraje a la compañía suiza¹²⁹.

2.4 Medidas Discriminatorias o Arbitrarias

Para empezar, habría que diferenciar entre medidas discriminatorias y medidas arbitrarias, algo que se podría conseguir contrastando la arbitrariedad con el Estado de Derecho (“*rule of law*”). La terminología que manejamos actualmente arranca su recorrido con el caso Neer (Comisión de Reclamaciones México – Estados Unidos, 1926), y con el caso Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI, Estados Unidos contra Italia, 1989) en los que, al pretender dejar asentados unos estándares internacionales mínimos, la Corte Internacional de Justicia estableció que la arbitrariedad viene a ser más bien un desconocimiento deliberado del debido proceso legal, una actuación lesiva y sorpresiva desde el punto de vista jurídico, y que suele afectar a un determinado sujeto,

¹²⁸ SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Islamic Republic of Pakistan, ICSID Case No. ARB/01/13. Decisión del Tribunal sobre las Objeciones a la Jurisdicción, del 6 de agosto del 2003. Itlaw. [Fecha de consulta: 23 de enero del 2019]. Disponible en: <https://www.italaw.com/cases/1009>

¹²⁹ SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Republic of the Philippines, ICSID Case No. ARB/02/6, Decisión del Tribunal sobre las Objeciones a la Jurisdicción del 29 de enero del 2004. Itlaw. [Fecha de consulta: 23 de enero del 2019]. Disponible en: <https://www.italaw.com/cases/1018>

produciéndole un daño. Por ello, una actuación de las autoridades sería arbitraria si, alejándose del normal procedimiento legal, se infligiera al inversor un daño determinado, con independencia de que ese daño se les produzca o no a otros inversores nacionales o extranjeros¹³⁰.

La discriminación, por su parte, se puede llegar a manifestar de múltiples maneras, aunque la regla general es que aquí no basta con la producción de un daño a un inversor, sino que además aquí interviene el criterio comparativo; es decir, el daño aparece con motivo de una determinada circunstancia o cualidad del sujeto o los sujetos afectados, y aquella cualidad es precisamente la causa o fundamento de tal daño. Más concretamente, en el ámbito de las inversiones internacionales, esa circunstancia definitoria es la nacionalidad del inversor. Para prevenir estas situaciones de tratos desfavorables, se recurre al uso de dos cláusulas en materia del arbitraje de inversiones: la nación más favorecida, y la el tratamiento nacional, que explicaremos debidamente en el próximo apartado. Pero lo importante aquí es resaltar que una norma interna, pese a reconocerse a sí misma como legítima, no discriminatoria o razonable, suele ser aun así la principal causa de la violación del estándar de protección¹³¹.

Muchos laudos han determinado que la prohibición de discriminación y el estándar del tratamiento justo y equitativo son principios que se pueden confundir y superponer fácilmente (MTD Equity y MTD Chile contra Chile, entre otros)¹³², y, de hecho, hay muchos TBIs que los contemplan de manera separada. En el laudo anteriormente citado de MTD Equity contra Chile, o también en el caso LG&E Energy, LG&E Capital y LG&E International contra Argentina¹³³, los tribunales arbitrales del CIADI resolvieron que determinar que unas medidas estatales no son arbitrarias no implica que estas sean justas o equitativas, que es lo que estima el tribunal que sucede en el caso de Argentina. En el caso en cuestión, las medidas objeto de controversia afectaban a la legislación del sector del gas del país (legislación que había sido suspendida durante la crisis), obligando de este modo a todos los actores del mercado de la extracción del gas

¹³⁰ BOHOSLAVSKY, J.P.: *Tratados de protección de las inversiones e implicaciones para la formulación de políticas públicas...* Op.cit. P. 46.

¹³¹ BOHOSLAVSKY, J.P.: *Tratados de protección de las inversiones e implicaciones para la formulación de políticas públicas...* Op.cit. P. 47.

¹³² MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. v. Republic of Chile, ICSID Case No. ARB/01/7, Laudo del 25 de mayo del 2004. Itlaw. [Fecha de consulta: 23 de enero del 2019]. Disponible en: <https://www.italaw.com/cases/717>

¹³³ LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., and LG&E International, Inc .v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/02/1, Laudo del 25 de julio del 2007. Itlaw. [Fecha de consulta: 23 de enero del 2019]. Disponible en: <https://www.italaw.com/cases/621>

a acometer mecanismos de renegociación contractual y establecimiento de otras garantías.

El aspecto más controvertido de este estándar de protección es el aspecto objetivo; es decir, el definir con qué situación o con quiénes otros terceros se debe comparar el trato dispensado a los inversores extranjeros. Este problema es conocido con el nombre de comparabilidad de situaciones o circunstancias similares, y, por desgracia, no cuenta aún con una línea jurisprudencial asentada y definida. En algunos casos, como por ejemplo el asunto *Marvin Roy Feldman Karpa contra México*¹³⁴, se interpretó que “circunstancias similares” se refería al mismo negocio (en este caso, los cigarrillos). En *Occidental Exploration and Production Company contra Ecuador*¹³⁵, el tribunal estimó que se refería a los productores locales en general, excluyendo la posibilidad de analizar únicamente el sector económico de la actividad desempeñada. Pero la norma general es la aceptación de un espectro de comparación más amplio, tal como quedó establecido en el asunto *S.D. Myers contra Canadá* en el contexto del NAFTA¹³⁶, en el que se resaltó que el concepto de “circunstancias similares” obliga a examinar el trato dispensado a todos los operadores del sector en cuestión para ver si era más o menos favorable. Asumiendo el tribunal el término “sector” como una connotación amplia que incluiría no solo el “sector económico”, sino también el “sector de negocios”.

El segundo aspecto controvertido del estándar de prohibición de medidas discriminatorias y arbitrarias es el vinculado al elemento subjetivo. A este respecto, la jurisprudencia arbitral se divide en torno a la inclusión dentro del estándar, como elemento definitorio, de la intencionalidad expresa de discriminar o afectar negativamente al inversor. Por un lado, en *CME contra la República Checa* (caso mencionado en apartados anteriores) el tribunal sí atribuyó una gran relevancia a la intención expresa del Estado checo de privar al inversor holandés de sus derechos sobre la inversión. Mientras que en el asunto *Enron Creditors Recovery Corporation y Ponderosa Assets contra Argentina*¹³⁷, el CIADI rechazó la acusación de arbitrariedad

¹³⁴ *Marvin Roy Feldman Karpa v. United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/99/1 (also known as *Marvin Feldman v. Mexico*), Laudo del 16 de diciembre del 2002. Itlaw. [Fecha de consulta: 23 de enero del 2019]. Disponible en: <https://www.italaw.com/cases/435>

¹³⁵ *Occidental Exploration and Production Company v. The Republic of Ecuador*, LCIA Case No. UN3467, Laudo del 1 de julio del 2004. Itlaw. [Fecha de consulta: 23 de enero del 2019]. Disponible en: <https://www.italaw.com/cases/761>

¹³⁶ *S.D. Myers, Inc. v. Government of Canada*, UNCITRAL, Laudo del 30 de diciembre del 2002. Itlaw. [Fecha de consulta: 23 de enero del 2019]. Disponible en: <https://www.italaw.com/cases/969>

¹³⁷ *Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/3 (also known as: *Enron Creditors Recovery Corp. and Ponderosa Assets, L.P. v. The Argentine Republic*), Laudo

debido a que estimaba que las medidas adoptadas por las autoridades argentinas eran razonablemente comprensibles desde la óptica de cualquier Estado que hubiera pasado por unas circunstancias económicas parecidas, y por lo tanto, que eran unas medidas normales para el objetivo legítimo del interés superior que Argentina perseguía. Por otro lado, en el asunto *Occidental Exploration and Production Company contra Ecuador* (anteriormente citado), la corte entendió que el estándar sí había sido infringido, debido a la confusión y falta de claridad que acabaron provocando la arbitrariedad, a pesar de que la corte también reconoce que tal arbitrariedad no fue deliberada o intencionada.

Pese a esta aparente divergencia de opiniones, la jurisprudencia arbitral mayoritaria defiende el enfoque objetivo consistente en relegar la intencionalidad de discriminar a un mero papel secundario. Ejemplo de este enfoque lo encontramos en el asunto *Siemens contra Argentina*¹³⁸, en el que el tribunal defendió que para comprobar la discriminación o arbitrariedad de la medida, lo relevante no sería la intención de las autoridades, sino el impacto de la medida tomada sobre la inversión. En el anteriormente citado asunto *LG&E Energy, LG&E Capital y LG&E International contra Argentina*, los árbitros también sentenciaron que una medida puede ser calificada como discriminatoria si la intención fue, efectivamente esa, pero que más importante aún que la intención era el efecto discriminatorio producido. Por lo tanto, la intención discriminatoria o arbitraria es un indicio importante de dicha discriminación o arbitrariedad, pero no el único, siendo el verdaderamente determinante el efecto dañoso finalmente producido para el inversor.

En lo que respecta a la causa de la diferenciación, de acuerdo a lo establecido en el ya citado caso *Thunderbird contra México*, esta no tiene por qué estar fundamentada o basada en la nacionalidad del inversor, sino que basta con que el perjuicio ocasionado se les haya producido de un modo selectivo solo a un determinado inversor extranjero o solo a un grupo concreto de inversores extranjeros de una determinada nacionalidad.

Por último, queremos hacer constar que hay ciertas ocasiones en las que sí está justificado dispensar un tratamiento diferenciado entre inversores nacionales e inversores extranjeros, pero ello sucederá solamente cuando haya motivos razonables que requieran o justifiquen ese distinto trato. Por ejemplo, en el ya citado caso de *S.D. Meyers contra Canadá*, se puntualizó que analizando las “circunstancias similares” se deben tener en

del 22 de mayo del 2007. Itlaw. [Fecha de consulta: 23 de enero del 2019]. Disponible en: <https://www.itlaw.com/cases/401>

¹³⁸ *Siemens A.G. v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/8, Laudo del 17 de enero del 2007. Itlaw. [Fecha de consulta: 24 de enero de 2019]. Disponible en: <https://www.itlaw.com/cases/1026>

cuenta siempre las circunstancias que justificarían una discriminación positiva para eliminar en esos casos la sospecha de arbitrariedad o discriminación, pero, eso sí, solo cuando dicha regulación estatal haya buscado, como objetivo, proteger el interés público; por ejemplo, en el contexto de situaciones relacionadas con la protección del medio ambiente.

2.5 Nación Más Favorecida y Tratamiento Nacional

Podríamos decir que estamos ante una cláusula típica y muy recurrente en casi todos los tratados económicos internacionales, pese a que aún no es un estándar que forme parte como tal de la costumbre internacional. Por ello, solo puede ser invocada cuando expresamente haya sido recogida en el TBI que sea de aplicación al caso concreto. El objetivo de esta cláusula, al contrario de lo que cabría pensar por el nombre, no es el de dispensar al inversor el trato más favorable posible por encima del dado a todos los demás inversores del país que acoge la inversión, sino el de garantizar que en ningún caso se le dará un trato peor que a ellos. Es decir, se trata de un estándar relativo, que depende del tratamiento que el Estado receptor dispensa a todos los demás inversores (tanto nacionales como extranjeros) que operan en el mismo, y cuyo objetivo radica en impedir discriminaciones¹³⁹.

La jurisprudencia arbitral está aún bastante dividida en torno a un aspecto bastante relevante de esta cláusula; si la protección comprende solo cuestiones sustantivas del derecho, o si por el contrario ampara también a las cuestiones procesales. Al respecto, hay cierto consenso en torno a incluir los aspectos procesales más esenciales, pero no todos ellos. Esto se desprende de numerosas resoluciones, como por ejemplo la del caso *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi contra Pakistán* (CIADI, 2005)¹⁴⁰, o en la de *CME contra la República Checa*, antes vista, donde se aplicó la cláusula de nación más favorecida para poder usar también la regla del justo valor de mercado de cara al cálculo

¹³⁹ BOHOSLAVSKY, J.P.: *Tratados de protección de las inversiones e implicaciones para la formulación de políticas públicas...* Op.cit. P. 48.

¹⁴⁰ *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. v. Islamic Republic of Pakistan*, ICSID Case No. ARB/03/29, Laudo del 27 de agosto del 2009. Itlaw. [Fecha de consulta: 24 de enero del 2019]. Disponible en: <https://www.itlaw.com/cases/131>

de la indemnización ordenada en el laudo, cuando tal regla de cálculo no estaba incluida en el concreto TBI firmado entre la República Checa y Holanda.

Pero lo que vaya más allá de ciertos aspectos procesales mínimos o básicos, sobre todo las ventajas procesales determinadas por otros TBIs para los inversores extranjeros de otras nacionalidades, que uno de los inversores extranjeros, sujeto a otro TBI distinto, quiere también usar, ya empieza a dividir más a los árbitros. Hasta la fecha, ningún tribunal ha admitido el cambio total de régimen procesal, suplantando en su labor completamente la aplicación de un TBI por la aplicación de otro distinto que no rija en las obligaciones entre las partes contendientes. El traspaso de cláusulas de un TBI a otro nunca podrá ser total, solo parcial. Y además, asegurándose siempre el tribunal arbitral en cuestión que el esquema de un TBI y sus cláusulas es perfectamente compatible con el esquema del otro; es decir, que ambos TBIs se puedan complementar y no se excluyan mutuamente. Lo contrario supondría la suplantación absoluta de un determinado TBI por otro completamente distinto, algo que iría en contra de la voluntad soberana de dos Estados distintos, que quisieron expresamente pactar un régimen jurídico determinado para sus inversiones, y no otro. No se les puede conceder a los particulares bajo ninguna circunstancia la facultad de eludir por completo la ley que sus Estados les imponen¹⁴¹.

Un caso que lo ilustra perfectamente es el de Emilio Agustín Maffezini contra España¹⁴², en el que el demandante, de nacionalidad argentina, logró convencer al tribunal de que la cláusula de nación más favorecida que recogía el TBI Argentina-España, extendía su aplicación también a los mecanismos de resolución de controversias. De este modo, recurriendo a los acuerdos más favorables del TBI Chile-España, los árbitros finalmente concluyeron que el actor tenía el derecho a presentar su demanda directamente ante la sede arbitral, sin tener que agotar previamente la vía jurisdiccional interna española, tal y como quedaba obligado en virtud del TBI entre Argentina y España.

Además, también en el caso de Emilio Agustín Maffezini contra España, el tribunal limitó el alcance de la cláusula de la nación más favorecida, estableciendo que se debía evitar el fenómeno conocido como comercio de tratados o *treaty-shopping*, pues este fenómeno implicaría hacer caso omiso de las políticas públicas que los estados

¹⁴¹ BOHOSLAVSKY, J.P.: *Tratados de protección de las inversiones e implicaciones para la formulación de políticas públicas...* Op.cit. Pp. 48-49.

¹⁴² Emilio Agustín Maffezini v. The Kingdom of Spain, ICSID Case No. ARB/97/7, Laudo del 13 de noviembre del 2000. Itlaw. [Fecha de consulta: 24 de enero de 2019]. Disponible en: <https://www.itlaw.com/cases/641>

firmantes tuvieron presentes al momento de la firma del TBI, y recurrir a un régimen jurídico completamente distinto al legalmente aplicable. Un ejemplo de este límite lo encontramos en el asunto *Plama Consortium Limited contra Bulgaria* (CIADI, 2005)¹⁴³, en el que la parte demandante (una empresa chipriota) intentó invocar esta cláusula, que venía recogida en el TBI suscrito por Chipre y Bulgaria, por el motivo de que este TBI no contemplaba la posibilidad de recurrir a la jurisdicción del CIADI, que era justo lo que pretendía hacer la empresa chipriota. El tribunal arbitral en este caso argumentó que no podía importarse un sistema arbitral completamente distinto y anejo al estipulado en el TBI que era de aplicación.

2.6 El Estado de Necesidad

Deberíamos aclarar antes de entrar en materia que más que un estándar de protección, estaríamos ante un principio general del Derecho internacional, que tiene incluso un carácter originario consuetudinario, y que ha sido posteriormente recogido y positivizado en el Derecho internacional público moderno, en el Proyecto para la Responsabilidad Internacional del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos (en adelante, el Proyecto) en su art. 25¹⁴⁴. De hecho, este principio, tal y como podemos deducir por lo expuesto hasta ahora y sobre todo por el nombre del Proyecto, es alegado por los Estados en su defensa frente a los arbitrajes de inversiones, y no por los inversores. Además, nunca suele aparecer desvinculado o separadamente de otro (ubicado también en el mismo Proyecto, en su art. 23), que es el de fuerza mayor, también recogido en el Proyecto, y que, junto al primero, constituyen una de las principales causas de exclusión de la responsabilidad de los Estados en el Derecho Internacional público. El Estado solo responde por los daños ocasionados si ha contribuido o creado la situación del Estado de

¹⁴³ *Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria*, ICSID Case No. ARB/03/24, Laudo del 27 de agosto del 2008. Itlaw. [Fecha de consulta: 24 de enero del 2019]. Disponible en: <https://www.italaw.com/cases/857>

¹⁴⁴ Proyecto adoptado por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, y remitido a la atención de todos los Estados el 12 de diciembre del 2001. Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos (AG/56/83). Dipublico.org, Derecho Internacional. [Fecha de consulta: 25 de enero del 2019]. Disponible en: <https://www.dipublico.org/4076/responsabilidad-del-estado-por-hechos-internacionalmente-ilicitos-ag5683/>

necesidad o fuerza mayor, o si se ha comprometido previamente a cubrir tales contingencias¹⁴⁵.

Ya anteriormente a esta codificación, cuando se producía un hecho de fuerza mayor derivado de conflictos sociales, por ejemplo, la costumbre internacional establecía que no se generaba responsabilidad estatal como consecuencia de tales eventos (tal fue, por ejemplo, el caso de la Zona española en la demanda de Marruecos ante la Corte Permanente de Justicia Internacional del año 1924).¹⁴⁶ Pero en la actualidad, teniendo en cuenta que estamos en el aspecto económico de las inversiones, la seguridad jurídica y la precisión en las obligaciones contractuales asumidas por los Estados nunca es poca. Por ello, tal principio se recoge muchas veces en los APPRIIs firmados por los Estados, aunque dado que se podrían alegar de todos modos incluso aunque no recogieran por escrito, como Derecho Internacional general y consuetudinario, muchas veces se discute si el desarrollo de supuestos concretos de estado de necesidad en los APPRIIs como causa de exclusión de responsabilidad frente a los inversores es un instrumento que ayuda a los Estados si llegan finalmente al arbitraje, o si por el contrario solo limita los supuestos de estado de necesidad que los países podrían alegar frente a las empresas extranjeras inversoras¹⁴⁷.

Además, en el concreto ámbito de las inversiones extranjeras, el Estado receptor tiene la obligación de aplicar siempre la debida diligencia a fin de proteger el capital físico de dichas inversiones, con el uso de las fuerzas de seguridad competentes si ello fuera necesario, siempre dentro de sus posibilidades. Tal protección debe abarcar, además, no solo el momento en el que se producen los eventos, sino también el momento previo cuando ello fuera aconsejable o prudente (tal y como quedó reflejado en el asunto Melilla contra Ziat, Ben Kiran, de la Corte Permanente de Justicia Internacional, de 1924). Además, juega a favor del Estado el hecho de que la carga de la prueba de su supuesta negligencia recae en el demandante, y el hecho de que el Estado no puede ser responsabilizado si el trato negligente ha sido dispensado tanto para los inversores

¹⁴⁵ GARCÍA MATAMOROS, L.V.; ARÉVALO RAMÍREZ, W.: “El estado de necesidad en el arbitraje de inversión: su invocación consuetudinaria y convencional en los arbitrajes Enron, Sempra, CMS, LG&E y Continental ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI)”, *Anuario mexicano de derecho internacional*, vol. 17, Universidad Nacional Autónoma de México, Ciudad de México, 2007. Pp. 472-484.

¹⁴⁶ BOHOSLAVSKY, J.P.: *Tratados de protección de las inversiones e implicaciones para la formulación de políticas públicas...* Op.cit. Pp. 49-53.

¹⁴⁷ GARCÍA MATAMOROS, L.V.; ARÉVALO RAMÍREZ, W.: “El estado de necesidad en el arbitraje de inversión: ...”... Op.cit. Pp. 472-484.

nacionales como para los inversores extranjeros. Por lo tanto, esta cláusula tiene en parte un carácter relativo, pues para su apreciación se estudia la diligencia del Estado no solo en relación al caso concreto, sino también en relación a todos los afectados por aquellas causas o hechos excepcionales¹⁴⁸.

Los Estados cuentan además con la ventaja de concreción del art. 25 del Proyecto, puesto que el mismo no reconoce ningún límite temático a la naturaleza de la necesidad, por lo que esta naturaleza solo podría limitarse si, tal y como hemos dicho en el párrafo anterior, en un concreto APPRI se concretasen por escrito unos determinados tipos de estado de necesidad que podrían invocarse o que no (por ejemplo, especificarse en el APPRI que los Estados solo estarán eximidos de sus responsabilidades en casos de daños producidos por fuerza mayor o estado de necesidad relacionados con el medio ambiente). En estos casos, la norma consuetudinaria codificada en el Proyecto continuaría regulando los elementos “propios de norma secundaria” de la necesidad; es decir, cuando el Estado contribuya o provoque tal estado de necesidad, o cuando el Estado viola normas de *Ius Cogens*¹⁴⁹.

Con lo dicho hasta ahora, podemos deducir fácilmente que se abren ante nosotros dos situaciones distintas: alegación por parte del Estado del estado de necesidad como norma consuetudinaria, sin estar expresamente prevista tal posibilidad por el tratado de inversiones aplicable a las partes en conflicto; y alegación por parte del Estado del estado de necesidad como potestad reconocida en un tratado bilateral de inversión.

Cuando el estado de necesidad es alegado como norma consuetudinaria, el art. 25 del Proyecto es el usado para darles contenido a las normas de los APPRI, incluso aunque tales normas ni siquiera citen el estado de necesidad. Esta aplicación del estado de necesidad está recogida expresamente, por ejemplo, en el art. 42 del Convenio del CIADI. Pero debemos concretar que si bien es cierto que la posibilidad de invocar tal principio no queda excluida por su no previsión en los APPRI, los efectos producidos sí pueden ser distintos: si no está prevista en el APPRI y se aplica como norma consuetudinaria, excluirá la ilicitud, pero ello no le eximirá de hacer frente a la indemnización de los daños; mientras que si está prevista en el APPRI la posibilidad de invocar el estado de necesidad, entonces se excluirá también la responsabilidad por tales hechos, lo cual sí le eximiría de

¹⁴⁸ BOHOSLAVSKY, J.P.: *Tratados de protección de las inversiones e implicaciones para la formulación de políticas públicas...* Op.cit. Pp. 49-53.

¹⁴⁹ GARCÍA MATAMOROS, L.V.; ARÉVALO RAMÍREZ, W.: “El estado de necesidad en el arbitraje de inversión: ...”... Op.cit. Pp. 472-484.

indemnizar los daños producidos. Sea como fuere, el Estado tendrá que reanudar el cumplimiento del APPRI tan pronto como le sea posible, pues de lo contrario cualquier exceso en la necesidad será considerado como ilícito autónomo. Además, en estos casos, será siempre el Estado quien deba probar que no tenía otra alternativa ni posibilidad menos lesiva, y también que no ha contribuido a la crisis acaecida¹⁵⁰.

Por su parte, el alcance del estado de necesidad como potestad bajo un tratado bilateral de inversión requiere de un desarrollo mucho más extenso y pormenorizado (dentro del propio APPRI) de sus límites y concretos contenidos materiales. Las dificultades de redacción y de interpretación del estado de necesidad como cláusula son titánicas. Todo lo que no esté específicamente previsto dentro de los concretos supuestos del estado de necesidad recogidos expresamente por el APPRI no podrá ser alegado si se opone a la literalidad de lo recogido en el mismo, y solo podrá ser usado tal derecho consuetudinario como instrumento complementario secundario, o como instrumento interpretativo de los casos de estado de necesidad recogidos en el APPRI. Pero una ventaja de la regulación del estado de necesidad en el tratado reside en que su contenido también se puede ampliar, extendiendo su aplicación a situaciones en las que, por ejemplo, el Estado quiera ampliar la causa de exclusión para que esta englobe también sus “intereses”, y no solo su “supervivencia” o “existencia” del propio Estado. Y si el laudo no aplica el Estado de necesidad cuando en virtud del APPRI esté sí sería aplicable, el laudo podrá ser anulado. Por no mencionar que, aparte de la total exclusión de la ilicitud (y consiguiente deber indemnizatorio), también se invierte aquí la carga de la prueba, siendo el inversor el obligado a probar que las actuaciones del Estado fueron negligentes y que no estaba bajo un estado de necesidad o fuerza mayor que le haya obligado a descuidar sus deberes de protección de la inversión. O, en el peor de los casos para el Estado, el tribunal podrá solicitarle que pruebe que no ha contribuido a la agravación de la crisis¹⁵¹.

Dentro de las muchas situaciones de estado de necesidad por las que un Estado puede pasar, la más controvertida en la jurisprudencia arbitral suele ser la de crisis económica. Lo cierto es que, si bien debemos reconocer que, en términos generales, las cortes de arbitraje no se suelen pronunciar favorablemente a la idea de tratar una crisis

¹⁵⁰ GARCÍA MATAMOROS, L.V.; ARÉVALO RAMÍREZ, W.: “El estado de necesidad en el arbitraje de inversión: ...”... Op.cit. Pp. 505-507.

¹⁵¹ GARCÍA MATAMOROS, L.V.; ARÉVALO RAMÍREZ, W.: “El estado de necesidad en el arbitraje de inversión: ...”... Op.cit. Pp. 507-508.

económica como causa de fuerza mayor (sobre todo porque muchas veces es difícil probar que el Estado no ha sido el propio factor causante o agravante de tal crisis económica), muchas veces la jurisprudencia sí ha tratado alguna situación parecida (ya sea problema de liquidez o ya sea problema de insolvencia) como estado de necesidad o fuerza mayor¹⁵².

Los APPRIIs negociados por los países europeos no suelen contener cláusulas que recojan dentro del estado de necesidad las causas económicas, dejando tales situaciones a merced de lo previsto por el derecho consuetudinario general internacional. Mientras que en América, la norma general ahora es la contraria, siendo los Estados Unidos el paradigma de las previsiones de graves situaciones económicas en sus APPRIIs como estados de necesidad. Esta estrategia puede llegar a perjudicar a veces a los Estados, pero en líneas generales, suele favorecer a sus autores, pues de este modo se evitan interminables discusiones al respecto de la implicación del Estado en la situación de crisis; tarea que, en la práctica, siempre es muy ardua, pues de alguna manera u otra, ya sea por acción o por omisión, la labor del Estado siempre incide en su propia suerte económica.

El país que mejor conoce esta cláusula se podría decir que es Argentina, que, por desgracia, a raíz de una importantísima crisis económica y social que quebró el país en el año 2001, tuvo que enfrentarse a multitud de demandas y reclamos frente al CIADI, de inversores a los que daño con algunas medidas económicas tomadas, vulnerando sus derechos de protección que Argentina se había comprometido a respetar en virtud de numerosos APPRIIs firmados con sus países de origen. Por ejemplo, en *CMS Gas Transmission Company contra Argentina*¹⁵³, el tribunal consideró que la situación económica del país fue lo suficientemente grave como para invocar la necesidad de defensa, aunque también sentenció que las medidas tomadas no fueron la única vía que el Gobierno tenía para resolver la crisis, a la cual también Argentina había contribuido considerablemente en su agravación. Por ello, el tribunal acabó finalmente fallando en contra de Argentina.

¹⁵² BOHOSLAVSKY, J.P.: *Tratados de protección de las inversiones e implicaciones para la formulación de políticas públicas...* Op.cit. Pp. 49-53.

¹⁵³ *CMS Gas Transmission Company v. The Republic of Argentina*, ICSID Case No. ARB/01/8, Laudo del 12 de mayo del 2005. Itlaw. [Fecha de consulta: 25 de enero del 2019]. Disponible en: <https://www.itlaw.com/cases/288>

En los asuntos *Enron Creditors Recovery Corporation y Ponderosa Assets contra Argentina* (anteriormente citado) y *Sempra Energy International contra Argentina*¹⁵⁴ se siguió el mismo criterio que en el caso anterior, si bien es cierto que esta vez los casos hablaban de acreedores financieros de los Estados, y que además el tribunal incorporó otra nota distintiva del razonamiento, y es que el grado de negligencia que se tiene que probar atribuida al Estado tiene que ser muy elevado (“grosera negligencia”, en palabras del propio tribunal), no bastando una negligencia escasa o mínima para apreciar la ilicitud del actuar del Estado.

Sin embargo, pocos meses después de los anteriores casos, llega otro laudo de un caso que también tenía como protagonista a Argentina, y este es el ya citado anteriormente asunto *LG&E Energy, LG&E Capital y LG&E International contra Argentina*, en el que se juzgaron hechos prácticamente idénticos, pero llegando a la conclusión contraria: el tribunal reconoció que el Estado necesitó un periodo de tiempo limitado para poner en marcha determinadas medidas extraordinarias, como la suspensión de la dolarización e indexación de las tarifas, para salvaguardar el orden público y los propios intereses de seguridad del Estado, logrando probar aquí Argentina que se jugaba su colapso económico y social. Este periodo limitado apreciado por el tribunal se ceñía, eso sí, solo al lapso temporal correspondiente al momento de mayor intensidad de la crisis. El laudo, además, apunta que Argentina no contribuyó sustancialmente a la generación de la crisis, por lo cual no se puede apreciar su obligación de reparar al inversor.

En *Continental Casualty Company contra Argentina* (caso ya citado en apartados anteriores), el tribunal también admitió esa línea de defensa, pues consideró que las autoridades argentinas actuaban bajo un estado de necesidad legítimo, al haber orientado sus diligencias a la protección de los derechos y libertades fundamentales de sus ciudadanos.

Otro de los aspectos más polémicos del Derecho Internacional en materia de inversiones es el planteamiento de si el estado de necesidad permitiría al Estado deudor pretender una defensa absoluta y definitiva contra el pago, o si, por el contrario, solo permitiría una defensa temporalmente limitada a la exigencia indemnizatoria derivada del periodo en el que la crisis persistía. Pese a que, de entrada, lo más lógico sería que el

¹⁵⁴ *Sempra Energy International v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/16, Laudo del 28 de septiembre del 2007. Itlaw. [Fecha de consulta: 25 de enero del 2019]. Disponible en: <https://www.itlaw.com/cases/1002>

Estado afrontase sus obligaciones de pago si se recupera de la crisis, la jurisprudencia arbitral ofrece argumentos para matizar este principio. Para empezar, tenemos que tener en cuenta que el objetivo del principio del estado de necesidad es priorizar la salvaguarda de los intereses nacionales por encima de los derechos contractuales de inversores y acreedores, por lo que si el cumplimiento de esas cargas hiciera que el Estado cayera nuevamente en otra situación de colapso, habría que evitar llevar a la práctica actos lesivos para el interés general nacional. Con ello, además, se trata de evitar el riesgo moral de que se cree una situación en la que unos primeros acreedores e inversores adopten una postura inflexible de cara a renegociar sus contratos con el Estado, y prosigan con sus demandas a toda costa, con la creencia de que ya habrá otros segundos acreedores o inversores que cejarán en su empeño y permitirán con el sacrificio de parte de sus créditos la recuperación del Estado, pudiendo este (ahora sí) hacer frente al pago íntegro del total de los daños ocasionados a los primeros¹⁵⁵.

Por último, tenemos que destacar dos importantes aspectos relacionados con la capacidad de pago del Estado. El primero de ellos es la división que hay en la doctrina arbitral al respecto de dónde arranca dicho límite: la mayoría entiende que la imposibilidad material de cumplimiento empieza también en las situaciones que supondrían una privación de derechos sociales y económicos de los ciudadanos del país receptor; mientras que unos pocos defienden que tal imposibilidad de pago comprende solo la evitación de colapso económico del Estado. El segundo aspecto es que el tribunal suele tener en cuenta la capacidad real de pago del Estado para determinar en qué medida queda afectado el principio de *pacta sunt servanda*, entendiéndose por “capacidad real” a su disponibilidad económica, financiera y social¹⁵⁶.

¹⁵⁵ BOHOSLAVSKY, J.P.: *Tratados de protección de las inversiones e implicaciones para la formulación de políticas públicas...* Op.cit. Pp. 49-53.

¹⁵⁶ CREMADES SANZ-PASTOR, B.M.; CAIRNS, D.: “El arbitraje en la encrucijada entre la globalización y sus detractores”, *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, vol. 17, Cámara de Comercio, Navegación e Industria, Madrid, 2002. P.50.

V. SOLUCIONES A PROBLEMAS ACTUALES Y PERSPECTIVAS DE FUTURO

1. Futuro del Arbitraje de Inversiones a Nivel Internacional

Por todo lo expuesto en el presente trabajo, nos podría parecer, en un principio, bastante difícil orientar las miras hacia un horizonte u otro de la institución del arbitraje de inversiones. Y no ya solo hacia esta institución, sino hacia el sistema económico mundial en el que el mismo se puede (o no) llegar a desarrollar en el futuro. Huelga decir que todo lo que se dirá en este capítulo, a modo de cierre, será solo una opinión personal basada en los datos recogidos durante el periodo de estudio y análisis del tema objeto del presente trabajo, y siempre partiendo de la premisa de un orden económico mundial estabilizado en el futuro en torno a las actuales premisas de Economía de Mercado, Estado de Derecho, Desarrollo Sostenible y Respeto de los Derechos Humanos.

El panorama dibujado hasta ahora en el presente trabajo ha sido bastante complejo, y se caracteriza por el esbozo de un esquema en el que el arbitraje tiene un papel (y lo tendrá de cara al futuro) no casual ni baladí, sino representativo y simbólico de los axiomas que vertebran a las economías de la mayor parte de los Estados del mundo en la actualidad. Tal y como hemos relatado en los primeros capítulos, este esquema institucional y normativo ha venido siendo diseñado a partir de la segunda mitad del siglo XX, tras el final de la Segunda Guerra Mundial; y, tal y como veíamos ya en el capítulo IV del trabajo, se empieza a consolidar a partir de los años 90, sobre todo tras la caída de la mayor parte de los regímenes socialistas comunistas del mundo. Y es que queda claro que, en una Sociedad internacional en la que los Estados (auténticos entes soberanos sujetos del derecho internacional) empiezan a interaccionar con otros actores secundarios tales como las Sociedades transnacionales, con el objetivo de que sean estas quien gestionen los medios de producción y servicios públicos nacionales, el arbitraje de inversiones parece ser la institución idónea para suplir esa desigualdad entre ambas partes en los procedimientos de resolución de sus controversias.

Por ello, entrar a valorar la legitimidad de tal sistema arbitral internacional de inversiones supondría entrar a cuestionar el propio sistema económico, productivo y social actual, algo que no entraba dentro del objeto del presente trabajo. Lo único que se

pretendía con el mismo es posicionarse respecto a su utilidad, sus ventajas y desventajas para ambas partes, y el concreto desarrollo que debería tener la institución para solventar actuales problemas denunciados del sistema, como su falta de transparencia, la supuesta de independencia e imparcialidad de los árbitros, la eficacia y rapidez del sistema y sus resoluciones, y la alegada necesidad de mayor control judicial o democrático de la institución.

La utilidad del sistema ha probado ser importante, no solo para los inversores, sino también para los Estados. Queda claro que los Estados obtendrían muchas más ventajas en el caso de poder dirimir tales controversias ante sus propios órganos jurisdiccionales nacionales, donde se aplicaría su ley nacional en todo caso, y, de este modo, las políticas de un Gobierno que defienden (en teoría) siempre el interés general se impondrían a intereses corporativos de entes empresariales privados. Sin embargo, no deberíamos olvidar que el Estado se beneficia de un determinado flujo de capital, que dichos tratados de protección de tales flujos incentivan y aumentan la circulación de capitales privados en los Estados, y que además por medio de tal sistema se impiden los roces diplomáticos con los Estados de la nacionalidad del inversor. Si el Estado asume determinadas obligaciones en el orden internacional, quedará obligado a su cumplimiento. El interés general comprende también un clima óptimo de seguridad jurídica para toda la ciudadanía y para todos los actores de la sociedad civil. A tal respecto, muchos Estados deberían profundizar aún más en la cultura del Estado de Derecho, y de máximo respeto y transparencia en todos los procesos de contratación y suscripción de tratados internacionales tanto de cara a la protección de los derechos de los trabajadores, consumidores y usuarios, como de cara a la asunción y cumplimiento de buena fe de sus obligaciones con personas jurídicas de todo tipo que los auxilian en la gestión y prestación de ciertos servicios.

Por su parte, las empresas deberían comprender que están ante un mecanismo de resolución de controversias basado en la aproximación intermedia de posturas, y que muchas veces deberían delimitar mejor las materias objeto de responsabilidad estatal, y las propias de la asunción de riesgos típicamente derivados de la gestión mercantil o productiva. Incluso en el ámbito del arbitraje de inversiones, los laudos han demostrado en numerosas ocasiones que los Estados asumen la representación del interés público general, por lo cual el impulso especulativo observado en algunos casos del lado de los inversores, no tiene ni tendrá nunca cabida o amparo en ningún sistema de resolución de

controversias, y, sobre todo, la obtención del máximo beneficio posible para los actores privados, tampoco. El objetivo del arbitraje de inversiones es garantizar un buen equilibrio entre el cumplimiento contractual del Estado para con el inversor y el interés público que a veces interfiere para los Estados con este cumplimiento; pero el objetivo del arbitraje de inversiones no es (ni debería serlo nunca) la garantía de obtención de beneficios o rentabilidad para las empresas inversoras.

Con respecto a las críticas relativas a la parcialidad de los tribunales arbitrales, la falta de transparencia e independencia del sistema, los prejuicios sobre la preferencia hacia los inversores, o la eficacia y el control judicial de los laudos, resaltar que en la mayor parte de los casos deberían matizarse sino en su totalidad, sí en gran parte de su sentido. Más allá de la crítica a su sesgo hacia el inversor (que simplemente creemos que ha quedado desacreditada por los datos expuestos en el trabajo), las restantes críticas son legítimas al menos en parte... Pero solo si con ellas se pretende mejorar el sistema, y no atacarlo frontalmente y decir que no funciona, desechándolo del todo.

Los problemas de transparencia se podrían corregir obligando legalmente (tanto a nivel nacional como, sobre todo, a nivel internacional) a todas las instancias arbitrales a publicar finalmente sus laudos y resoluciones, copiando la estrategia seguida por el CIADI, y promoviendo en los Estados con la mayor fuerza posible la cultura de la transparencia y la rendición de cuentas. Los laudos y resoluciones que muchas veces muestren o hablen de datos corporativos sensibles o necesitados de mayor confidencialidad, podrán ser protegidos por ocultación de datos personales de las partes o sus representantes, aunando los principios de una correcta protección de datos, por un lado, con una transparencia jurídica y decisoria necesaria de estos tribunales, por el otro. Pero el instrumento más poderoso de todos para alcanzar la máxima transparencia posible, y que aún no ha desarrollado uniformemente su potencial, es el del *amicus curiae*, que debería ser implementado en absolutamente todos los procedimientos arbitrales y frente a cualquier corte o tribunal de arbitraje.

De otro lado, las denuncias a la independencia o imparcialidad de los árbitros y abogados se podría solventar exigiendo ciertos criterios mínimos de calificación y aptitud académicos y profesionales que sean más o menos homogéneos a nivel internacional, junto a la separación total de las instituciones de árbitro y abogado especializado en derecho internacional de inversiones, impidiendo la permeabilidad de unos a otros. La colegiación diferenciada es importante, pero sobre todo habría que prever un régimen

común a nivel internacional de incompatibilidades y prohibiciones temporales de ejercicio profesionales posteriores en determinados sectores económicos privados o públicos.

Y, por último, en lo relativo a la falta de consistencia y uniformidad de las resoluciones del arbitraje, habría varias claves de cara a corregir esta situación: una de ellas sería que, dada la disparidad de APPRIIs firmados en distintos periodos de tiempo, a veces muy alejados a nivel de contenido unos de otros (incluso dentro de un propio Estado, disparidad de tratados con distintos países), y dada la variedad de cortes de arbitraje a nivel internacional o tribunales ad hoc constituidos para casos particulares, se revisaran todos aquellos tratados y normas internacionales citados en el capítulo II del trabajo, para una homogeneización paulatina y consensuada por la comunidad internacional en pleno y aproximar una vez más criterios. Es más, lo ideal sería que comisiones de Derecho Internacional de la ONU hicieran, promovieran y actualizaran este tipo de labores constantemente. Además, convendría que hubiera alguna instancia arbitral (a nivel global) o varias (a nivel regional) que hicieran de segunda instancia de revisión de casos, a la que pudieran apelar tanto los Estados como los inversores, en igualdad de condiciones, y también como órganos de unificación de doctrina arbitral aunque esta solo sea aplicada en el futuro de cara a próximos casos.

No solo en segunda instancia, sino también en primera instancia sería necesario que en todos los casos, sin distinción, los Estados también pudieran acceder a demandar al inversor, algo que ahora no pasa siempre. Y en la medida en que se trata de un sistema cuyo objetivo es el de conseguir una justicia rápida no judicializada, la solución no pasa por añadir controles judiciales finales o previos (agotamiento previo de vías nacionales, por ejemplo), precisamente. Lo ideal sería reducir al mínimo la intervención judicial de las jurisdicciones nacionales, dejándoles solo la labor de ejecución del laudo, y unificando al respecto (otra vez) criterios a nivel internacional para que todos los Estados cumplan, al menos, con lo ya previsto en la Convención de Nueva York.

2. Futuro del Arbitraje de Inversiones en la UE

2.1 Los Arbitrajes frente a Estados o inversores Extracomunitarios: el MIC

Tal y como vimos a comienzos del capítulo IV, la Unión Europea se encuentra inmersa en su labor de configurar en el menor tiempo posible sendos acuerdos comerciales con Canadá (CETA), EEUU (TTIP), Japón (JEFTA), y Singapur, Vietnam y otros países oceánicos, que incluirían sendas cláusulas de protección de inversiones por medio de mecanismos arbitrales. El problema está, tal y como ya dijimos, en que los ISDS están cada vez más deslegitimados a los ojos de gran parte de la sociedad civil y de la opinión pública. Y la solución por la que parece que, de momento, se está decantando la UE es la de crear un tribunal mixto público privado permanente en la UE, que, sin llegar a formar parte del sistema judicial del mismo, sí sea un órgano permanente, que llegue a ofrecer mayores garantías a sus Estados Miembros (EEMM). Tal tribunal recibiría el nombre de Tribunal Multilateral de Inversiones (MIC, por sus siglas del inglés Multilateral Investment Court). La idea empieza a consolidarse en el año 2017¹⁵⁷.

La confirmación de este modelo de arbitraje de inversiones que parece abrirse camino frente a las críticas antes aludidas, ha venido muy recientemente, el pasado mes de enero, de parte del Abogado General de la Unión Europea, el señor Yves Bot, en unas conclusiones presentadas el 29 de enero de 2019, como consecuencia de la solicitud de dictamen presentada por el Reino de Bélgica el 7 de septiembre del 2017 ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, el TJUE). En tal solicitud, Bélgica pretendía que el TJUE estableciera el grado de compatibilidad y encaje que tal sistema arbitral de inversiones tendría con ciertas partes del derecho comunitario, tanto de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE), del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), como del Tratado de la Unión Europea (TUE)¹⁵⁸.

Pues bien, cabe resaltar de las conclusiones del señor Bot, entre otras, las siguientes:

1. La inversión de una persona extranjera (física o jurídica) en un determinado EM está sujeta a la aplicación del Derecho de dicho EM, el cual, al formar parte de la UE, funde su Derecho nacional con el Derecho comunitario, sometiendo por lo tanto al

¹⁵⁷ La Comisión Europea “aparcó” el ISDS para crear un Tribunal a la medida de las multinacionales. El Salto. Publicado el 30 de noviembre del 2017. [Fecha de consulta: 4 de febrero del 2019]. Disponible en: <https://www.elsaltdiario.com/acuerdos-comerciales/comision-europea-nuevo-tribunal-multilateral-inversiones>

¹⁵⁸ CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL, SR. YVES BOT, presentadas el 29 de enero de 2019. Dictamen 1/17. Solicitud de dictamen presentada por el Reino de Bélgica. EUR-Lex. [Fecha de consulta: 4 de febrero del 2019]. Disponible en: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?qid=1549321157485&uri=CELEX:62017CC0001\(01\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?qid=1549321157485&uri=CELEX:62017CC0001(01))

inversor extranjero al ordenamiento jurídico comunitario. Por lo cual, en principio, un inversor extranjero tendrá a su disposición siempre los tribunales nacionales del EM en cuestión para solicitar la defensa de sus intereses conforme al propio corpus normativo comunitario. Pero el problema, según el Abogado General, es que no se puede dar por hecho que (del mismo modo) los inversores comunitarios disfrutarán, “en los Estados terceros con los que la Unión desee desarrollar relaciones en materia de inversiones, de un nivel equivalente de protección desde un punto de vista material y procesal. Por este motivo, para llevar a cabo su política comercial, la Unión debe negociar con estos terceros Estados, sobre una base de reciprocidad, normas materiales y procesales que garanticen la protección de las inversiones que se realicen entre las dos Partes contratantes”. El Abogado, por lo tanto, parece no solo confirmar la legalidad de tales cláusulas de arbitraje, sino que además dice que son incluso deseables de cara a la protección de los derechos de los inversores europeos¹⁵⁹.

2. Tal tribunal no podría nunca afectar a la misión de los juzgados nacionales de interpretar el derecho comunitario. El señor Bot dibuja aquí una clara línea roja para el MIC y para cualquier otro tribunal arbitral que llegue a conocer algún asunto que involucre a un EM o a un inversor comunitario, pues establece la obligación de que cualquier arbitraje internacional de inversiones pueda llegar a discutir e interpretar aspectos relacionados al fondo del asunto en cuestión o aspectos de los Acuerdos o Tratados Internacionales que hayan previsto el arbitraje, pero nunca podrán estas instancias arbitrales interpretar el derecho de la UE, ámbito vedado a los órganos jurisdiccionales nacionales, y, sobre todo, al TJUE. Además recalca que los aspectos relacionados con el derecho comunitario nunca se podrán ver sustraídos del juicio de los órganos jurisdiccionales nacionales, y sobre todo de la facultad de estos últimos de elevarlos al TJUE por medio del planteamiento de una cuestión prejudicial¹⁶⁰.

3. En todo caso, si dicho tribunal arbitral llegara a tener que analizar o tomar en consideración el derecho de la UE, estará vinculado en todo caso y en todo momento por las interpretaciones dadas en la materia por el TJUE, y no podrá imponer nunca una interpretación distinta de ese Derecho comunitario en el seno del ordenamiento jurídico de la UE. No solo esto, sino que además deberá haber en todo caso posibilidad de recurso ante una segunda instancia, que sea un tribunal arbitral permanente europeo (el MIC) que

¹⁵⁹ Párrafos 72 y 73 de las Conclusiones del Abogado General (Dictamen 1/17)... Op.cit.

¹⁶⁰ Párrafo 69 de las Conclusiones del Abogado General (Dictamen 1/17)... Op.cit.

conozca de las apelaciones de todos los casos de arbitrajes de inversiones enjuiciados por otras instancias arbitrales, y que recoja en todo caso como motivo de anulación del laudo de que se trate la incorrecta aplicación o interpretación del Derecho comunitario¹⁶¹.

Por lo tanto, siempre y cuando se cumplan estas fundamentales premisas, según concluye el propio señor Bot, y teniendo en cuenta que la consulta se hizo concretamente en relación con el CETA, el “mecanismo de solución de diferencias en materia de inversiones entre inversores y Estados, es compatible con el Tratado de la Unión Europea, el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea”¹⁶². Eso sí, queda por ver si el TJUE finalmente se pronuncia en el mismo sentido que las Conclusiones de su Abogado General (algo que suele hacer en el 90% de los casos)¹⁶³, o si, por el contrario, lo hará en otro sentido diferente.

A mi juicio, la opinión expresada por el señor Bot es el camino correcto a seguir en la senda de los arbitrajes internacionales de inversiones comunitarios... O, al menos, en la de los arbitrajes de EEMM contra inversores no comunitarios, y de inversores comunitarios contra Estados terceros. Es, por lo tanto, el camino más probable por el que se va transitar con los acuerdos comerciales que actualmente la UE tiene sobre la mesa con EEUU, Canadá, Japón, Singapur, Vietnam y otros países oceánicos.

2.2 Los Arbitrajes Intracomunitarios. El Asunto Achmea y sus consecuencias

Esta historia va de la mano de uno de los casos más polémicos de la historia del TJUE, en parte porque es uno de esos pocos casos (pertenecientes al grupo del 10% del total) en los que el Tribunal finalmente ha llegado a dictar un pronunciamiento en un sentido distinto al apuntado por las Conclusiones del Abogado General; completamente distinto, de hecho.

¹⁶¹ Párrafos 147 y 148 de las Conclusiones del Abogado General (Dictamen 1/17)... Op.cit.

¹⁶² Párrafo 272 de las Conclusiones del Abogado General (Dictamen 1/17)... Op.cit.

¹⁶³ FAES, I.: La Justicia europea avala el mecanismo de resolución de conflictos del acuerdo comercial entre Canadá y la UE (CETA). Artículo publicado en El Economista, el 29 de enero del 2019. [Fecha de consulta: 4 de febrero del 2019]. Disponible en: <https://www.economista.es/legislacion/noticias/9664786/01/19/La-Justicia-europea-avala-el-mecanismo-de-resolucion-de-conflictos-del-acuerdo-comercial-entre-Canada-y-la-UE.html>

Este caso, que empezó siendo Eureko B.V. contra Eslovaquia pero acabó convirtiéndose en Achmea B.V. contra Eslovaquia, no fue enjuiciado por el CIADI, sino por la CPA de la Haya, según el Reglamento de Arbitraje de 1976 de la CNUDMI, recayendo sentencia el 7 de diciembre del 2007 (en la Alta Corte de Frankfurt, Alemania) favorable para el inversor holandés Achmea, que había acudido al arbitraje demandando a Eslovaquia en virtud de un APPRI firmado entre los Estados holandés y eslovaco. Ante este revés, Eslovaquia escoge interponer un recurso de anulación contra el laudo en cuestión ante el Bundesgerichtshof (Tribunal Supremo de lo Civil y Penal de Alemania). ¿La alegación de tal recurso? La vulneración del orden público por parte del tribunal arbitral al reinterpretar e inaplicar el Derecho comunitario¹⁶⁴.

A modo de resumen de los hechos, el 1 de enero de 1993, Eslovaquia, como sucesora de Checoslovaquia tras la partición de este Estado en otros dos (la República Checa y la República Eslovaca), se subrogó en los derechos y obligaciones de esta última con respecto al TBI firmado por el antiguo país con los Países Bajos, convirtiéndose, posteriormente, en el año 2004, en un EM de la UE. Debido a una reforma de su sistema sanitario, a lo largo de 2004, Eslovaquia permitió el acceso a su mercado de empresas nacionales o extranjeras que ofrecieran prestaciones de seguro de enfermedad privado. Achmea, una de dichas empresas y que pertenecía a un grupo asegurador neerlandés, tras haber sido admitida como operadora de seguros de enfermedad, constituyó en Eslovaquia una filial a la que dotó de capital y a través de la cual ofrecía esas prestaciones. En el año 2006, la República Eslovaca dejó parcialmente sin efecto la liberalización del mercado de los seguros de enfermedad privados, prohibiendo mediante una ley de 25 de octubre de 2007 la distribución de los beneficios derivados de las actividades de seguro de enfermedad privado. Sin embargo, en enero de 2011, el Ústavný súd Slovenskej republiky (Tribunal Constitucional de la República Eslovaca) declaró, que esta prohibición era contraria a la Constitución eslovaca, exhortando al Gobierno eslovaco a autorizar de nuevo la distribución de los mencionados beneficios; algo que las autoridades eslovacas llevaron a la práctica mediante una ley que entró en vigor el 1 de agosto de 2011. Al estimar que las medidas legislativas de la República Eslovaca le habían causado un perjuicio, Achmea inició en octubre de 2008, con arreglo al artículo 8 del citado TBI, un procedimiento de arbitraje contra el país eslavo. Y dada la elección de Fráncfort del Meno

¹⁶⁴ LOQUIN, E.; MANCIAUX, S.: *El orden público y el arbitraje*, Eds. Universidad del Rosario, Facultad de Jurisprudencia, Cámara de Comercio de Bogotá y CREdimi, Bogotá, 2016. Pp. 110-113.

(Alemania) como lugar del arbitraje, el Derecho aplicable al procedimiento arbitral pasó a ser el alemán¹⁶⁵.

En el seno del procedimiento arbitral, Eslovaquia propuso una excepción de incompetencia del tribunal arbitral, alegando que, dada su adhesión a la UE, el recurso al tribunal arbitral era incompatible con el Derecho comunitario. El tribunal arbitral, por medio de laudo interlocutorio del 26 de octubre del 2010, desestimó esta excepción. Por su parte, los recursos de anulación interpuestos contra dicho laudo por la República Eslovaca ante los órganos judiciales alemanes en primera instancia y en apelación no prosperaron. La condena final al pequeño país centroeuropeo se elevó a 22,1 millones de euros¹⁶⁶.

El tribunal alemán remitente recordó que, desde la adhesión de la República Eslovaca a la Unión, el TBI pasó a constituir un tratado entre dos EEMM, de forma que, en caso de conflicto, en las materias reguladas por el Derecho comunitario, las disposiciones del Derecho de la UE pasarían a tener primacía sobre las disposiciones del TBI. En el mismo sentido, Eslovaquia sostenía que la compatibilidad de la cláusula arbitral prevista en el artículo 8 del TBI con los artículos 18, 267 y 344 del TFUE era más que dudosa. Y pese a que el Alto tribunal alemán muestra distancias con respecto a esta apreciación eslovaca, considera que debe plantear tal cuestión ante el TJUE, dada la falta de pronunciamiento del alto tribunal comunitario en la materia, y dada la gran repercusión que (con toda la razón) prevé que una decisión así pueda tener en este campo¹⁶⁷.

Anticipando el desenlace del caso, este fue favorable para Eslovaquia, en un giro de los acontecimientos completamente imprevisible, que pilló por sorpresa a todos con el sentido desfavorable de la sentencia para los inversores comunitarios. Y más impresionantes fueron aún los argumentos esgrimidos por el TJUE para justificar su respuesta.

Esta pirueta argumentativa empieza su construcción a partir de una premisa clara e incuestionable: el tribunal arbitral no constituye un elemento del sistema judicial establecido en Holanda o en Eslovaquia, debido a que, dado el carácter excepcional de la

¹⁶⁵ SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Gran Sala) de 6 de marzo de 2018, ECLI:EU:C:2018:158, párrafos 6-10. Publicada en InfoCuria - Jurisprudencia del Tribunal de Justicia. [Fecha de consulta: 4 de febrero del 2019]. Disponible en: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=199968&doclang=ES>

¹⁶⁶ STJUE de 6 de marzo de 2018, op.cit. Párrafos 11-12.

¹⁶⁷ STJUE de 6 de marzo de 2018, op.cit. Párrafos 13-14.

jurisdicción de este tribunal arbitral en relación con las de los órganos judiciales de estos dos EEMM, nunca podrá ser calificado de órgano jurisdiccional de «uno de los Estados miembros» en el sentido del artículo 267 TFUE. Por lo tanto, cabe preguntarse si el laudo dictado por uno de estos tribunales podría estar sujeto, conforme al artículo 19 TUE (para ser más exactos), al control de un órgano jurisdiccional de un EM que garantice que las cuestiones relativas al Derecho comunitario puedan ser sometidas, en su caso, al Tribunal de Justicia en el marco de un procedimiento prejudicial¹⁶⁸.

El siguiente paso en la argumentación es la constatación (también irrefutable) de que, según reiterada jurisprudencia del TJUE, un acuerdo internacional no puede vulnerar el orden de competencias fijado por los Tratados ni, por lo tanto, la autonomía del sistema jurídico de la UE, cuya observancia garantiza el TJUE. Este principio se encuentra recogido en el artículo 344 TFUE, según el cual los Estados miembros se comprometen a no someter las controversias relativas a la interpretación o aplicación de los Tratados a un procedimiento de solución distinto de los previstos en los mismos. Además, también según abundante jurisprudencia del TJUE, la autonomía del Derecho de la Unión, tanto en relación con el Derecho de los Estados miembros como con respecto al Derecho internacional, se justifica por las características esenciales de la Unión y de su Derecho relativas, concretamente (y esto es lo más importante), “a la estructura constitucional de la Unión y a la propia naturaleza de este Derecho. El Derecho de la Unión se caracteriza, en efecto, por proceder de una fuente autónoma, constituida por los Tratados, por su primacía sobre los Derechos de los Estados miembros, y por el efecto directo de toda una serie de disposiciones aplicables a sus nacionales y a ellos mismos”. Estas circunstancias han construido “una red estructurada de principios, normas y relaciones jurídicas mutuamente interdependientes” que vinculan sinalagmáticamente a la UE y a sus EEMM, y a estos últimos entre sí¹⁶⁹.

La tercera piedra de toque en el argumentario del tribunal ha sido el carácter definitivo de los laudos arbitrales, que como tales cortan directamente las vías de acceso y control de tales interpretaciones al sistema judicial comunitario, siendo además este procedimiento arbitral uno autónomo que incluso se guía por una normativa procesal diferenciada, pudiendo las partes llegar a elegir también el Derecho aplicable al procedimiento que regula el control judicial de la validez del laudo. Se trata de un

¹⁶⁸ STJUE de 6 de marzo de 2018, op.cit. Párrafos 45, 46 y 50.

¹⁶⁹ STJUE de 6 de marzo de 2018, op.cit. Párrafos 32 y 33.

cortocircuito completo, por lo tanto, de todo el sistema de controles judiciales de la UE a su propio Derecho. El Tribunal llega incluso a aclarar que no estamos en la misma situación que los arbitrajes comerciales, pues aquí estamos ante tratados internacionales que se comprometen a sustraer de la competencia de sus propios tribunales (y, por tanto, de las vías de controles jurisdiccionales comunitarios) los litigios que puedan referirse a la aplicación de ese Derecho. Ello entra en clara confrontación con el art. 19 TUE¹⁷⁰.

Y no solo eso, sino que además también se estaría vulnerando el principio de confianza mutua y cooperación leal entre los Estados miembros, y el de la preservación del carácter propio del Derecho establecido por los Tratados, garantizado por el procedimiento de remisión prejudicial previsto en el artículo 267 TFUE. Teniendo en cuenta que los tratados internacionales vienen a formar parte del derecho interno de los EEMM que los firman, y que este derecho interno hemos dicho antes que se fusiona con el derecho comunitario (al menos en las competencias transferidas a la UE) en un solo corpus jurídico complejo, propio y autónomo, el artículo 8 del TBI (en este caso) vulneraría la propia autonomía del Derecho comunitario, y con ello, se opondría a los artículos 267 y 344 del TFUE¹⁷¹.

La importancia de esta sentencia fue capital. El resultado, en mi opinión, pese a no ser esperado, no deja de ser correcto y certero. Se reduce básicamente a una sencilla conclusión: cuando estamos ante dos partes comunitarias enfrentadas en un arbitraje de inversión, este arbitraje tiene un carácter intracomunitario, y por lo tanto, al no introducirse en la ecuación ningún elemento extranjero externo (Estado o inversor), no hay motivos suficientes para sustraer deliberadamente unas materias determinadas del conocimiento de unos tribunales que (en teoría) van a aplicar el mismo derecho, teniendo en cuenta los principios de: autonomía de tal derecho; unidad jurídica y económica del espacio “constitucional” (en palabras del propio TJUE) supranacional en el que la actividad del inversor se ha desarrollado; control estricta y únicamente judicial comunitario de las normas del Derecho de la UE; y confianza mutua y cooperación leal entre dos EEMM.

También podríamos plantearnos en principio si hubiera sido más adecuada una solución parecida a la adoptada por la UE frente a los arbitrajes extracomunitarios, en la cual tales tribunales fueran permitidos, siempre y cuando no discutieran, ni

¹⁷⁰ STJUE de 6 de marzo de 2018, op.cit. Párrafos 51 y 55.

¹⁷¹ STJUE de 6 de marzo de 2018, op.cit. Párrafos 58, 59 y 60.

reinterpretaran, ni inaplicaran el derecho comunitario. Pero lo cierto es que la resolución es la que es, y ya ha empezado a provocar, como efecto, numerosas impugnaciones de laudos o de procedimientos arbitrales, la mayor parte de ellos relacionados con la Carta de la Energía¹⁷².

A España también le ha afectado dicha resolución, en un sentido muy positivo, además, pues venía arrastrando numerosas demandas frente al CIADI de inversores comunitarios por un cambio de normativa en materia energética de renovables. Tal cambio fue auspiciado por un cambio de Gobierno, con el que los inversores perdieron las subvenciones y el antiguo régimen favorable de protección a las renovables, con lo que, habiendo estimado sus ganancias en base a la normativa del anterior Gobierno, empezaron a sufrir grandes pérdidas tras la implementación de la normativa del Gobierno entrante en el año 2011. Ante este panorama, recurrieron primero a la vía nacional jurisdiccional española, hasta agotarla frente al TS, que con un criterio estricto de aplicación de la nueva ley nacional, desestimaba todas sus pretensiones. Cuando estos inversores empezaron a acudir al CIADI, la cosa cambió, y las indemnizaciones empezaron a caer en cascada. Pero la sentencia del caso Achmea puede suponer el perdón a las arcas españolas de casi 8.000 millones en indemnizaciones a las compañías eléctricas¹⁷³.

Además, la sentencia del asunto Achmea fue la constatación del alcance de un punto de inflexión en la trayectoria del arbitraje de inversiones, tal y como lo conocemos hasta ahora. Como muestra de ello, en diciembre de 2018 nacían las Reglas de Praga sobre la Tramitación Eficiente de los Procedimientos en el Arbitraje Internacional. Según los críticos, las Reglas de Praga cambiarían la naturaleza del arbitraje de inversiones

¹⁷² La Carta Europea de la Energía empezó siendo un compromiso político nacido en diciembre de 1991, para la cooperación relativa a la energía, sin obligación legal, firmada por 52 Estados y por las Comunidades Europeas. Pero después de 3 años de negociaciones, en diciembre de 1994, se le otorgó una forma legalmente vinculante convirtiéndola en Tratado Internacional (el Tratado sobre la Carta de la Energía, o TCE), que desde entonces ha sido firmado por 49 Estados y por las Comunidades Europeas. Lo particular de este tratado es que fue el primer acuerdo económico que unió a todas las repúblicas de la vieja Unión de las Repúblicas Socialistas Soviéticas (URSS), los países de Europa central y del Este, las Comunidades Europeas y sus Estados miembros, los otros países europeos de la OCDE, Japón y Australia, bajo el objetivo de establecer y mejorar el marco jurídico para la cooperación en asuntos energéticos. Pero, ante todo, fue el primer tratado internacional vinculante de protección de inversiones. Tratado de la Carta de la Energía y Documentos relacionados, Preámbulo. International Energy Charter. [Fecha de consulta: 5 de febrero del 2019]. Disponible en: <https://energycharter.org/process/energy-charter-treaty-1994/energy-charter-treaty/>

¹⁷³ CRESCENTE, D.: Sentencia Achmea: cuando un buen juicio en Europa vale más de 7.500 millones, publicado en La Información, Opinión, el 9 de marzo del 2018. [Fecha de consulta: 5 de febrero del 2019]. Disponible en: <https://www.lainformacion.com/opinion/diego-crescente/sentencia-achmea-cuando-un-buen-juicio-en-europa-vale-mas-de-7-500-millones/6343752>

actual por completo, buscando conseguir tribunales arbitrales más inquisitivos a la hora de buscar la verdad material, y no seguir la máxima de voluntad de las partes que se seguía hasta ahora (artículo 3.1) en búsqueda solo de una verdad formal; dirigir y controlar el interrogatorio de los testigos (artículo 5.9); aplicar disposiciones legales no invocadas por las partes (artículo 7.2), lo cual supondría también la incorporación del principio *iura novit curia*; intervención más activa de los árbitros para ayudar a las partes en la solución amistosa del conflicto (artículo 9.1); entre otras disposiciones que acercan al arbitraje mucho más a la forma de los procesos judiciales civiles¹⁷⁴.

¹⁷⁴ Las Reglas de Praga, objeto de numerosos análisis en la red. CIAR GLOBAL. Publicado el 22 de enero del 2019. [Fecha de consulta: 5 de febrero del 2019]. Disponible en: <http://ciarglobal.com/las-reglas-de-praga-objeto-de-numerosos-analisis-en-la-red/>

CONCLUSIONES

I.

Tenemos que diferenciar el arbitraje internacional de inversiones del clásico arbitraje internacional entre Estados, y del arbitraje comercial internacional. El arbitraje internacional entre Estados no entraña mayor complejidad ni relevancia para el presente trabajo, por cuanto es el celebrado entre dos Estados soberanos, sujetos del derecho internacional público, que evitan de este modo recurrir a conflictos bélicos o diplomáticos para solventar sus diferencias. El arbitraje comercial internacional, por su parte, es el llevado a cabo entre dos particulares, personas físicas o jurídicas que interactúan en el tráfico jurídico y económico internacional como comerciantes, pero siendo de distintas nacionalidades, siendo el derecho aplicable mayormente internacional privado y mercantil. Mientras que los arbitrajes de inversiones son los celebrados entre un Estado determinado (receptor de la inversión) y una Sociedad transnacional (inversor extranjero que aloja su capital en el país anfitrión), y tienen como base un tratado internacional bilateral o multilateral en el que los Estados permiten a los inversores extranjeros de las otras partes contratantes demandarles ante una instancia arbitral determinada.

La razón por la que tal mecanismo es posible sin vulnerar con ello el principio de la inmunidad soberana de tales Estados es que, aparte del propio consentimiento del Estado en el tratado en cuestión, el Estado actúa con el inversor en una relación jurídica en la que ejerce facultades de *iure gestionis*, no de *iure imperii*. Por lo tanto, a todos los efectos, se trata de una relación contractual sinalagmática que, en igualdad de partes, produce obligaciones recíprocas, y en la que el Estado actúa más bien como un comerciante, no como soberano.

II.

En lo que respecta a las normas del derecho internacional más relevantes de cara al arbitraje internacional de inversiones, es obligatorio citar la Convención de las Naciones Unidas sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, o Convención de Nueva York de 1958, cuyo objetivo es establecer normas legislativas comunes para el reconocimiento de los acuerdos o pactos de arbitraje y el reconocimiento y la ejecución de las sentencias o laudos arbitrales extranjeros y no nacionales (incluidas aquellas resoluciones que si bien han sido dictados en el Estado en

que se prevé su ejecución, son consideradas “extranjeras” por la ley de ese Estado porque el procedimiento seguido conlleva algún elemento de extranjería, como la aplicación de normas procesales extranjeras).

El órgano clave de todo el sistema del arbitraje de inversiones y del comercio internacional en general, que coordina las labores normativas y de resolución de disputas a nivel internacional, es la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), establecida por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 2205 (XXI), de 17 de diciembre de 1966. Su función es capital dentro del desarrollo del marco normativo internacional en este campo, buscando promover la armonización y modernización progresivas del derecho del comercio internacional, y fomentar la utilización y adopción de instrumentos legislativos y no legislativos lo más homogéneos posible a nivel internacional.

Los instrumentos normativos más importantes de la CNUDMI han sido el Reglamento de Arbitraje de 1976 (revisado en 2010 y 2013) y la Ley Modelo de 1985 (enmendada en 2006). El primero es un compendio de normas procesales que las partes pueden convenir en aplicar para desarrollar y solucionar los procedimientos arbitrales que se establecen a raíz de sus relaciones comerciales, y que se suelen utilizar tanto en arbitrajes *ad hoc*, como en arbitrajes administrados por instituciones. El segundo pretende servir de base a la reforma y modernización de todas las leyes sobre procedimiento arbitral de los Estados, sintetizando los rasgos peculiares y las necesidades del arbitraje internacional de cada uno de ellos, regulando, para ello, todas las etapas del procedimiento arbitral.

III.

En el ámbito de los tribunales de arbitraje más relevantes a nivel internacional, tenemos que destacar que en los tratados bilaterales de protección de inversiones (APPRIs o Acuerdos de Protección y Promoción Recíproca de Inversiones, o BITs, por sus siglas en inglés de Bilateral Investment Treaties) se suelen designar tanto cortes arbitrales permanentes determinadas, como tribunales *ad hoc*. Cuando se constituyen tribunales *ad hoc* para procedimientos concretos de arbitraje de inversiones para un caso concreto, lo importante es determinar un conjunto de circunstancias como el número de árbitros, alguna autoridad nominadora que los designe, la titulación requerida para dichos árbitros, el lugar del arbitraje, el prorrateo anticipado de costas, la facultad de los árbitros de dictar

medidas cautelares, la facultad de los mismos de dictar laudos *ex aequo et bono* o como amigable componedor, el derecho aplicable al arbitraje, el derecho aplicable al fondo, etc.

Por su parte, las cortes permanentes de arbitraje más importantes a nivel internacional son la Corte Permanente de Arbitraje de la Haya (CPA, aunque esta, como tal, no es un tribunal permanente), la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional de París (la Corte de la CCI), el Tribunal de Arbitraje Internacional de Londres (LCIA), y el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI). La CPA y la Corte de la CCI se encargan no solo de los arbitrajes de inversiones, sino también de arbitrajes internacionales entre Estados, y (sobre todo) de arbitrajes comerciales internacionales. La LCIA, por su parte, se dedica más bien a gestionar o auxiliar procedimientos de arbitraje, sean cuales sean estos, y de cualquier instancia arbitral, aunque también puede celebrar arbitrajes propios. Y el CIADI es el principal referente específico del arbitraje internacional de inversiones, convirtiéndose, de hecho, en el órgano internacional líder en número de casos de arbitrajes de inversiones, al que las partes recurren para este tipo de litigios.

IV.

La institución del arbitraje de inversiones no es unánime y pacíficamente aceptada, en la actualidad. Entre las muchas críticas aducidas a la misma, pesan sobre todo la de que constituye un peligro o una vulneración del principio de inmunidad soberana de los Estados y que, de hecho, es un mecanismo específicamente diseñado para proteger y enriquecer a las grandes multinacionales y a los grandes capitales inversores del mundo, siendo este mecanismo diseñado para perjudicar siempre al Estado receptor más que a los inversores extranjeros. Sobre la base de los datos estudiados, hemos visto que en apenas un tercio de todas las demandas, los inversores ven satisfechas la mayor parte de sus pretensiones, no dándose casi nunca una estimación total de las mismas, y adoptando gran parte de los laudos una solución arbitral intermedia a la de las posturas de ambas partes.

Otros problemas procesales como la falta de transparencia del arbitraje, la falta de imparcialidad de los árbitros o el alto coste de los arbitrajes, hemos comprobado también que se corresponden más bien a generalizaciones prejuiciosas y distorsionadas no representativas de la realidad, y que en todo caso, tales defectos se han ido enmendando

y corrigiendo, y admiten aún muchas propuestas de corrección, pero en ningún momento deslegitiman el mecanismo de resolución como tal, y no pueden servir para poner en tela de juicio toda la utilidad y toda la funcionalidad de la institución.

Por último, en un estudio jurisprudencial de los casos más relevantes a nivel internacional, hemos podido resaltar seis cláusulas típicas del arbitraje de inversiones que suelen concentrar el foco de la mayor parte de las disputas (también llamados por la doctrina estándares de protección): prohibición de expropiación directa o indirecta del capital físico privado destinado a la inversión; obligación del Estado receptor de proporcionar un tratamiento justo y equitativo al inversor, y no causarle indefensión a nivel administrativo, y sobre todo, judicial; la cláusula paraguas, de protección general frente a cualquier incumplimiento del Estado receptor de sus obligaciones internacionales, y en algunos casos contractuales; prohibición de adopción de medidas discriminatorias o arbitrarias entre inversores nacionales e inversores extranjeros; trato de nación más favorecida, que implica un tratamiento nacional del inversor extranjero en cuestión en las mismas condiciones que el inversor más aventajado del mercado nacional del Estado receptor; y el estado de necesidad, que más que un estándar de protección de la inversión, es un estándar de protección del Estado receptor, frente a demandas de los inversores perjudicados por medidas que el Estado se vio obligado a tomar por causas o fuerzas mayores ajenas a su actuación propia.

V.

Por último, con respecto a las soluciones propuestas que, de cara al futuro, creemos que se deberían adoptar para corregir actuales deficiencias del mecanismo arbitral, debemos destacar, en materia de transparencia, la incorporación definitiva y promoción de la figura del *amicus curiae*, y la publicación de todos aquellos documentos relativos a todos los casos que no afecten directamente a la confidencialidad y secreto industrial de las empresas, o la publicación final de todos los laudos. En materia de independencia e imparcialidad de los árbitros, unificar criterios de titulación de los mismos a nivel internacional y prohibir que estos puedan ser también abogados que defiendan a las partes en otros procesos o instancias arbitrales. En materia de homogeneidad de criterios, se deberían crear órganos arbitrales de segunda instancia y apelación.

En materia de eficacia del arbitraje, se deberían eliminar la mayor parte de las trabas actuales a la ejecución de los laudos, y fomentar el mayor respeto de la Convención de Nueva York. Y, en lo que respecta a la igualdad de las partes, se debería permitir ante todas las instancias arbitrales y en todos los procedimientos la posibilidad de que los Estados receptores también puedan acudir directamente al arbitraje como demandantes, iniciando ellos la acción contra los inversores extranjeros demandados.

Deteniéndonos también en el panorama europeo, aquí tenemos que destacar dos vertientes principales: en el caso de los arbitrajes de inversiones extracomunitarios (en los que participan un Estado tercero o un inversor extranjero no comunitario), los pasos parecen indicar la dirección de la creación de un Tribunal Multilateral de Inversiones, con carácter permanente, que también hará funciones de apelación y revisión en segunda instancia, siendo este el horizonte probable de muchos acuerdos comerciales como el CETA, el TTIP o el JEFTA; en el caso de los arbitrajes intracomunitarios, el caso Achmea, cuya sentencia del TJUE recayó en marzo del 2018, supuso un verdadero terremoto cuyas consecuencias aún son inciertas, pues la eliminación de los arbitrajes de inversiones entre Estados y Sociedades comunitarios no parece poder restringir de momento sus efectos solo a este ámbito interno europeo del arbitraje.

BIBLIOGRAFÍA

AMADO VARGAS, J.D.; RODRÍGUEZ CARPI, B.A.: “La Expropiación indirecta y la Protección de las Inversiones Extranjeras”, *THEMIS Revista de Derecho*, n° 50, Editorial Jurídica THEMIS, Lima, 2005. Pp. 59-68.

BIGGS, G.: *Solución de controversias sobre comercio e inversiones internacionales*. Revista de la CEPAL, Washington D.C., 2003. P. 107.

BOHOSLAVSKY, J.P.: *Tratados de protección de las inversiones e implicaciones para la formulación de políticas públicas (especial referencia a los servicios de agua potable y saneamiento)*, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), Santiago de Chile, 2010. Pp. 15-53.

CREMADES SANZ-PASTOR, B.M.; CAIRNS, D.: “El arbitraje en la encrucijada entre la globalización y sus detractores”, *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, vol. 17, Cámara de Comercio, Navegación e Industria, Madrid, 2002. P. 50.

FERNÁNDEZ DE GURMENDI, S.A.: “Los convenios bilaterales de promoción y protección de inversiones extranjeras”, en *Relaciones Internacionales*. Instituto de Relaciones Internacionales de la Universidad Nacional de la Plata, La Plata, 1992. Pp. 67-68.

FERNÁNDEZ MASIÁ, E.: “ARBITRAJE INVERSOR-ESTADO: DE <<BELLA DURMIENTE>> A <<LEÓN EN LA JUNGLA>>”, *Revista electrónica de estudios internacionales (REEI)*, n° 26, Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales, 2013, P. 13.

FERNÁNDEZ ROZAS, J.C.: “América Latina y el Arbitraje de Inversiones: ¿Matrimonio de Amor o Matrimonio de Conveniencia?”, *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, vol. XXIV, ed. Dykinson, Madrid, 2009. Pp. 14-37.

FERNÁNDEZ ROZAS, J.C.: “El arbitraje internacional y sus dualidades”, *Anuario Argentino de Derecho Internacional*, Asociación Argentina de Derecho Internacional, Rosario, 2006. Pp. 31-33.

FRANCK, S.D.; WYLIE, L.E.: “Predicting Outcomes in Investment Treaty Arbitration”, n° 65 de la *Duke Journal Law*, Duke University School of Law, Durham, 2015. Pp. 474-500.

FRANK, S.D.: “Empirically Evaluating Claims about Investment Treaty Arbitration”, *UNC School of Law, North Carolina Law Review*, vol. 86, nr. 1, art. 2, Chapel Hill, 2007. Pp. 49-50.

GARCÍA MATAMOROS, L.V.; ARÉVALO RAMÍREZ, W.: “El estado de necesidad en el arbitraje de inversión: su invocación consuetudinaria y convencional en los arbitrajes Enron, Sempra, CMS, LG&E y Continental ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI)”, *Anuario mexicano de derecho internacional*, vol. 17, Universidad Nacional Autónoma de México, Ciudad de México, 2007. Pp. 472-508.

GUTIÉRREZ POSSE, H.: “Acuerdos para promoción de inversiones extranjeras. Sistemas de solución de controversias” en *Los Convenios para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones*. Instituto de Derecho Internacional y de la Navegación de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Buenos Aires, 1993. P.9.

JIMÉNEZ PIERNAS, C. (ed.): *Introducción al derecho internacional público: práctica de España y de la Unión Europea*, ed. Tecnos, Madrid, 2010. Pp. 272-273.

KUNDMÜLLER-CAMINITI, F.; RUBIO-GUERRERO, R.: “El arbitraje del CIADI y el Derecho Internacional de las Inversiones: un nuevo horizonte.”, *Revista del Círculo Peruano de Arbitraje. N° 1*, Lima, 2006. Pp. 76-109.

LOQUIN, E.; MANCIAUX, S.: *El orden público y el arbitraje*, Eds. Universidad del Rosario, Facultad de Jurisprudencia, Cámara de Comercio de Bogotá y CREdimi, Bogotá, 2016. Pp. 110-113.

MARTÍNEZ COLL, J.C, GRANATO, L. (ed.): *Protección del inversor extranjero y arbitraje internacional en los Tratados Bilaterales de Inversión*, Centro Argentino de Estudios Internacionales, Buenos Aires, 2010. Pp. 9-13.

MORALES VELA, D.: “Arbitraje Internacional de Inversiones: Conflictos en la Aplicación de Cláusulas Paraguas”, *Iuris Dictio. Revista del Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito*, Iuris Dictio, Quito, 2007. Pp. 48-61.

MORTIMORE, M.: *Arbitraje internacional basado en cláusulas de solución de controversias entre los inversionistas y el Estado en acuerdos internacionales de*

inversión: desafíos para América Latina y el Caribe, CEPAL, Santiago de Chile, 2009. Pp. 8-63.

MOURRE, A.: “¿Los Amici Curiae son la Respuesta Apropiaada al Interés Público en la Transparencia del Arbitraje de Inversión?”, *Revista Brasileira de Arbitragem*, vol. 3, Kluwer Law International, 2006. P. 60.

MUÑOZ, J.R-A.; HERNÁNDEZ, J.I.: *El derecho administrativo global y el arbitraje internacional de inversiones*, ed. Marcial Pons, Madrid, 2016. Pp. 197-198.

NARANCIO, V.; DEL PRADO, F.N.: “Entrevista a Gary Born. El Arbitraje Internacional en debate.”, *IUS ET VERITAS*, n° 54, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2017. Pp. 340-348.

OLAVO BAPTISTA, L.: “Arbitraje internacional, público y privado”, *Liber amicorum en homenaje al profesor Dr. Didier Operti Badán*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2005. Pp. 62-65.

ORREGO VICUÑA, F.: “El arbitraje en un nuevo sistema internacional de solución alternativa de controversias”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. IV, Universidad Nacional Autónoma de México, Ciudad de México, 2004. P. 452.

RIESENBERG, D.P.: “Fee Shifting in Investor-State Arbitration: Doctrine and Policy Justifying application of the English Rule”, n° 60 de la *Duke Journal Law*, Duke University School of Law, Durham, 2011. Pp. 977, 985.

SEDCO, INC. v. NATIONAL IRANIAN OIL CO. ITL 59-129-3. Iran-United States Claims Tribunal, The Hague, Laudo del 27 de marzo del 1986. Disponible en: LEIGH, M.: *The American Journal of International Law*, Vol. 80, No. 4, Cambridge University Press, 1986, Pp. 969-972.

SEPÚLVEDA, C.: “La Solución Pacífica de las Controversias”, en *Derecho internacional*, ed. Porrúa, Ciudad de México, 2004. Pp. 397-398.

SILVA SILVA, J.A.: *Arbitraje comercial internacional mexicano*, Universidad Autónoma de Ciudad Juárez, Ciudad Juárez, 2015. Pp. 58-59.

SOMMER, C.G.: “Los alcances del *amicus curiae* en el arbitraje internacional de inversiones”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba*, 2011, vol. 2, n°. 2, Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, 2011. P. 162.¹

FERNÁNDEZ ROZAS, J.C.: *Anuario Argentino de Derecho Internacional...*, op.cit. P. 33.

URRUTIA, F.J.: *La evolución del principio de arbitraje en América. La Sociedad de Naciones*, ed. América, Madrid, 1920. P. 298.

VERBIST, H.; IMHOOS, C.; BOURQUE, J-F.: *Arbitraje y solución alternativa de controversias: cómo solucionar las controversias mercantiles internacionales. El Caso de Costa Rica*. Centro de Comercio Internacional UNCTAD/WTO, Ginebra, 2005. Pp. 111-125.

WEBGRAFÍA

¿Qué es la Cámara de Comercio Internacional? ICCSpain. International Chamber of Commerce. [Fecha de consulta: 9 de enero de 2019]. Disponible en: <http://www.iccspain.org/icc/quienes-somos/>

ABAD GÓMEZ, N.: “El arbitraje internacional: características de funcionamiento y ventajas”, en BBVA Economía (en línea). [Fecha de consulta: 1 de febrero del 2019]. Disponible en: <https://www.bbva.com/es/el-arbitraje-internacional-caracteristicas-de-funcionamiento-y-ventajas/>

Acerca del CIADI. Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones. Grupo Banco Mundial. [Fecha de consulta: 11 de enero de 2019]. Disponible en: <https://icsid.worldbank.org/sp/Pages/about/default.aspx>

Arbitraje. ICCSpain. International Chamber of Commerce. [Fecha de consulta: 9 de enero de 2019]. Disponible en: <http://www.iccspain.org/arbitraje/>

Asian Agricultural Products Ltd. v. Republic of Sri Lanka, ICSID Case No. ARB/87/3, Laudo del 27 de junio de 1990. Itlaw. [Fecha de consulta: 22 de enero de 2019]. Disponible en: <https://www.itlaw.com/cases/96>

Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. v. Islamic Republic of Pakistan, ICSID Case No. ARB/03/29, Laudo del 27 de agosto del 2009. Itlaw. [Fecha de consulta: 24 de enero del 2019]. Disponible en: <https://www.itlaw.com/cases/131>

Características especiales del CIADI. Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones. Grupo Banco Mundial. [Fecha de consulta: 11 de enero de 2019]. Disponible en: <https://icsid.worldbank.org/sp/Pages/about/Special-20Features-20of-20ICSID.aspx>

Casos. Permanent Court of Arbitration. Cour Permanente d' Arbitrage. [Fecha de consulta: 9 de enero de 2019]. Disponible en: <https://pca-cpa.org/es/cases/>

CME Czech Republic B.V. v. The Czech Republic, UNCITRAL, Laudo del 14 de marzo del 2003. Itlaw. [Fecha de consulta: 22 de enero de 2019]. Disponible en: <https://www.itlaw.com/cases/281>

CMS Gas Transmission Company v. The Republic of Argentina, ICSID Case No. ARB/01/8, Laudo del 12 de mayo del 2005. Itlaw. [Fecha de consulta: 25 de enero del 2019]. Disponible en: <https://www.itlaw.com/cases/288>

Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/97/3 (formerly Compañía de Aguas del Aconquija, S.A. and Compagnie Générale des Eaux v. Argentine Republic), Laudo del 21 de noviembre del 2000, párr. 79. Itlaw. [Fecha de consulta: 22 de enero de 2019]. Disponible en: <https://www.itlaw.com/cases/309>

Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/97/3 (formerly Compañía de Aguas del Aconquija, S.A. and Compagnie Générale des Eaux v. Argentine Republic). Decisión sobre Anulación del 3 de julio del 2002, párrs. 95, 96. Itlaw. [Fecha de consulta: 22 de enero de 2019]. Disponible en <https://www.itlaw.com/cases/309>

CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL, SR. YVES BOT, presentadas el 29 de enero de 2019. Dictamen 1/17. Solicitud de dictamen presentada por el Reino de Bélgica. Párrafos 69, 72, 73, 147, 148, 272. EUR-Lex. [Fecha de consulta: 4 de febrero del 2019]. Disponible en: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?qid=1549321157485&uri=CELEX:62017CC0001\(01\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?qid=1549321157485&uri=CELEX:62017CC0001(01))

Consortium RFCC v. Royaume du Maroc, ICSID Case No. ARB/00/6, Laudo del 22 de diciembre del 2003. Itlaw. [Fecha de consulta: 22 de enero de 2019]. Disponible en: <https://www.itlaw.com/cases/325>

Continental Casualty Company v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/03/9, Laudo del 5 de septiembre del 2008. Itlaw. [Fecha de consulta: 21 de enero de 2019]. Disponible en: <https://www.italaw.com/cases/329>

Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (New York, 1958). The New York Convention Guide 1958. [Fecha de consulta: 20 de agosto de 2018]. Disponible en: http://newyorkconvention1958.org/index.php?lvl=cmspage&pageid=10&menu=866&opac_view=-1

Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional. Centro de Comercio Internacional. [Fecha de consulta: 9 de enero de 2019]. Disponible en: <http://www.intracen.org/Corte-Internacional-de-Arbitraje-de-la-Camara-de-Comercio-Internacional/>

Corte Internacional de Arbitraje. Información de Arbitraje Internacional. [Fecha de consulta: 9 de enero de 2019]. Disponible en: <https://www.international-arbitration-attorney.com/es/international-court-of-arbitration/>

Determinación de hechos / Comisiones de investigación. Permanent Court of Arbitration. Cour Permanente d' Arbitrage. [Fecha de consulta: 9 de enero de 2019]. Disponible en: <https://pca-cpa.org/es/services/fact-finding-commissions-of-inquiry/>

Emilio Agustín Maffezini v. The Kingdom of Spain, ICSID Case No. ARB/97/7, Laudo del 13 de noviembre del 2000. Itlaw. [Fecha de consulta: 24 de enero de 2019]. Disponible en: <https://www.italaw.com/cases/641>

Enciclopedia jurídica (en línea), consultada a 29 de agosto de 2018. Disponible en: <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/cl%C3%A1usula-de-estilo/cl%C3%A1usula-de-estilo.htm>

Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/01/3 (also known as: Enron Creditors Recovery Corp. and Ponderosa Assets, L.P. v. The Argentine Republic), Laudo del 22 de mayo del 2007. Itlaw. [Fecha de consulta: 23 de enero del 2019]. Disponible en: <https://www.italaw.com/cases/401>

Guía de la CNUDMI: Datos básicos y funciones de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. Comisión de las Naciones Unidas para

el Derecho Mercantil Internacional. [Fecha de consulta: 21 de agosto de 2018]. Disponible en: http://www.uncitral.org/uncitral/es/about_us.html

History. LCIA Arbitration and ADR Worldwide. [Fecha de consulta: 10 de enero de 2019]. Disponible en: <http://www.lcia.org/LCIA/history.aspx>

Información de Arbitraje Internacional. Recursos en Línea de Arbitraje. La Corte de Londres de Arbitraje Internacional. [Fecha de consulta: 10 de enero de 2019]. Disponible en: <https://www.international-arbitration-attorney.com/es/london-court-international-arbitration-lcia/>

Instrumento de Adhesión de España al Convenio sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, hecho en Nueva York el 10 de junio de 1958. Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado. [Fecha de consulta: 21 de enero de 2019]. Disponible en: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-1977-15727

International Thunderbird Gaming Corporation v. The United Mexican States, UNCITRAL, Laudo del 26 de enero del 2006. Itlaw. [Fecha de consulta: 22 de enero de 2019]. Disponible en: <https://www.italaw.com/cases/571>

Introduction. LCIA Arbitration and ADR Worldwide. [Fecha de consulta: 10 de enero de 2019]. Disponible en: <http://www.lcia.org/LCIA/introduction.aspx>

Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, 1985, con enmiendas adoptadas en 2006. Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. [Fecha de consulta: 23 de agosto de 2018]. Disponible en: http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration.html

LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., and LG&E International, Inc .v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/02/1, Laudo del 25 de julio del 2007. Itlaw. [Fecha de consulta: 23 de enero del 2019]. Disponible en: <https://www.italaw.com/cases/621>

Marvin Roy Feldman Karp v. United Mexican States, ICSID Case No. ARB(AF)/99/1 (also known as Marvin Feldman v. Mexico), Laudo del 16 de diciembre del 2002. Itlaw. [Fecha de consulta: 23 de enero del 2019]. Disponible en: <https://www.italaw.com/cases/435>

Metalclad Corporation v. The United Mexican States, ICSID Case No. ARB(AF)/97/1, Laudo del 30 de agosto del 2000. Itlaw. [Fecha de consulta: 21 de enero de 2019]. Disponible en: <https://www.italaw.com/cases/671>

Mondev International Ltd. v. United States of America, ICSID Case No. ARB(AF)/99/2, Laudo del 11 de octubre del 2002. Itlaw. [Fecha de consulta: 22 de enero de 2019]. Disponible en: <https://www.italaw.com/cases/715>

MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. v. Republic of Chile, ICSID Case No. ARB/01/7, Laudo del 25 de mayo del 2004. Itlaw. [Fecha de consulta: 23 de enero del 2019]. Disponible en: <https://www.italaw.com/cases/717>

Noble Ventures, Inc. v. Romania, ICSID Case No. ARB/01/11, Laudo del 12 de octubre del 2005. Itlaw. [Fecha de consulta: 22 de enero de 2019]. Disponible en: <https://www.italaw.com/cases/747>

Occidental Exploration and Production Company v. The Republic of Ecuador, LCIA Case No. UN3467, Laudo del 1 de julio del 2004. Itlaw. [Fecha de consulta: 23 de enero del 2019]. Disponible en: <https://www.italaw.com/cases/761>

OLIVET, C.; EBERHARDT, P.: *La industria del arbitraje de inversiones: el lucrativo negocio de la injusticia*, Transnational Institute, TNI (en línea), publicado el 6 de septiembre de 2013. [Fecha de consulta: 15 de enero de 2019]. Disponible en: <https://www.tni.org/es/art%C3%ADculo/la-industria-del-arbitraje-de-inversiones-el-lucrativo-negocio-de-la-injusticia>

Permanent Court of Arbitration. Cour Permanente d' Arbitrage. [Fecha de consulta: 9 de enero de 2019]. Disponible en: <https://pca-cpa.org/es/home/>

Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria, ICSID Case No. ARB/03/24, Laudo del 27 de agosto del 2008. Itlaw. [Fecha de consulta: 24 de enero del 2019]. Disponible en: <https://www.italaw.com/cases/857>

Proyecto adoptado por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, y remitido a la atención de todos los Estados el 12 de diciembre del 2001. Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos (AG/56/83). Dipublico.org, Derecho Internacional. [Fecha de consulta: 25 de enero del 2019]. Disponible en: <https://www.dipublico.org/4076/responsabilidad-del-estado-por-hechos-internacionalmente-ilicitos-ag5683/>

Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI. Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. [Fecha de consulta: 21 de agosto de 2018]. Disponible en: http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/arbitration/2010Arbitration_rules.html

Resolución aprobada por la Asamblea General 40/72. Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. [Fecha de consulta: 21 de agosto de 2018]. Disponible en: http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration.htm

1

Resolución aprobada por la Asamblea General 65/22 [sobre la base del informe de la Sexta Comisión (A/65/465)]. Revisión de 2010 del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI. [Fecha de consulta: 21 de agosto de 2018]. Disponible en: http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/arbitration/2010Arbitration_rules.html

Resolución aprobada por la Asamblea General el 16 de diciembre de 2013 [sobre la base del informe de la Sexta Comisión (A/68/462)] 68/109. Reglamento sobre la Transparencia en los Arbitrajes entre inversionistas y Estados en el Marco de un Tratado y Reglamento de Arbitraje (según el texto revisado de 2010, con el nuevo artículo 1, párrafo 4, aprobado en 2013) de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. [Fecha de consulta: 21 de agosto de 2018]. Disponible en: http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/arbitration/2010Arbitration_rules.html

S.D. Myers, Inc. v. Government of Canada, UNCITRAL, Laudo del 30 de diciembre del 2002. Itlaw. [Fecha de consulta: 23 de enero del 2019]. Disponible en: <https://www.italaw.com/cases/969>

Sempra Energy International v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/02/16, Laudo del 28 de septiembre del 2007. Itlaw. [Fecha de consulta: 25 de enero del 2019]. Disponible en: <https://www.italaw.com/cases/1002>

SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Gran Sala) de 6 de marzo de 2018, ECLI:EU:C:2018:158, párrafos 6-10, 11-14, 32, 33, 45, 46, 50, 51, 55, 58, 59, 60. Publicada en InfoCuria - Jurisprudencia del Tribunal de Justicia. [Fecha de consulta: 4 de febrero del 2019]. Disponible en: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=199968&doclang=ES>

SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Islamic Republic of Pakistan, ICSID Case No. ARB/01/13. Decisión del Tribunal sobre las Objeciones a la Jurisdicción, del 6 de agosto del 2003. Itlaw. [Fecha de consulta: 23 de enero del 2019]. Disponible en: <https://www.italaw.com/cases/1009>

SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Republic of the Philippines, ICSID Case No. ARB/02/6, Decisión del Tribunal sobre las Objeciones a la Jurisdicción del 29 de enero del 2004. Itlaw. [Fecha de consulta: 23 de enero del 2019]. Disponible en: <https://www.italaw.com/cases/1018>

Siemens A.G. v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/02/8, Laudo del 17 de enero del 2007. Itlaw. [Fecha de consulta: 24 de enero de 2019]. Disponible en: <https://www.italaw.com/cases/1026>

Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. The United Mexican States, ICSID Case No. ARB (AF)/00/2, Laudo del 29 de mayo del 2003. Itlaw. [Fecha de consulta: 21 de enero de 2019]. Disponible en: <https://www.italaw.com/cases/1087>

Tráfico ilícito de bienes culturales. Página web de la UNESCO. [Fecha de consulta: 28 de agosto de 2018]. Disponible en: <http://www.unesco.org/new/es/culture/themes/illicit-trafficking-of-cultural-property/1995-unidroit-convention/>

Tratado de la Carta de la Energía y Documentos relacionados, Preámbulo. International Energy Charter. [Fecha de consulta: 5 de febrero del 2019]. Disponible en: <https://energycharter.org/process/energy-charter-treaty-1994/energy-charter-treaty/>

World Duty Free Company v Republic of Kenya, ICSID Case No. Arb/00/7, Laudo del 4 de octubre del 2006. Itlaw. [Fecha de consulta: 22 de enero de 2019]. Disponible en: <https://www.italaw.com/cases/3280>

ARTÍCULOS PERIODÍSTICOS

BLANCO, A.: *El TTIP ante “su punto de no retorno”*: preguntas y respuestas de la negociación, en El Confidencial (en línea), publicado el 21 de septiembre de 2016. [Fecha de consulta: 15 de enero de 2019]. Disponible en:

https://www.elconfidencial.com/mundo/2016-09-21/ttip-ceta-preguntas-respuestas-negociacion-comision-ue-estados-unidos_1262247/

COLLANTES, P.: *¿Por qué el TTIP quiere proteger antes a los inversores que a los trabajadores de Europa y EEUU?*, en eldiario (en línea), publicado el 21 de marzo de 2015. [Fecha de consulta: 15 de enero de 2019]. Disponible en: https://www.eldiario.es/economia/TTIP-inversores-trabajadores-Europa-EEUU_0_367464051.html

CRESCENTE, D.: Sentencia Achmea: cuando un buen juicio en Europa vale más de 7.500 millones, publicado en La Información, Opinión, el 9 de marzo del 2018. [Fecha de consulta: 5 de febrero del 2019]. Disponible en: <https://www.lainformacion.com/opinion/diego-crescente/sentencia-achmea-cuando-un-buen-juicio-en-europa-vale-mas-de-7-500-millones/6343752>

FAES, I.: La Justicia europea avala el mecanismo de resolución de conflictos del acuerdo comercial entre Canadá y la UE (CETA). Artículo publicado en El Economista, el 29 de enero del 2019. [Fecha de consulta: 4 de febrero del 2019]. Disponible en: <https://www.eleconomista.es/legislacion/noticias/9664786/01/19/La-Justicia-europea-avala-el-mecanismo-de-resolucion-de-conflictos-del-acuerdo-comercial-entre-Canada-y-la-UE.html>

GIL, A.: *La Eurocámara se dispone a ratificar el tratado de libre comercio con Japón sin haberse debatido en los parlamentos nacionales*, en eldiario (en línea), publicado el 12 de diciembre de 2018. [Fecha de consulta: 15 de enero de 2019]. Disponible en: https://www.eldiario.es/economia/Eurocamara-ratificar-Japon-parlamentos-nacionales_0_845166152.html

HIDALGO, J.C.: *España, el país que más denuncias acumuló el año pasado en el CIADI*, en El Periódico (en línea), publicado el 10 de mayo de 2017. [Fecha de consulta: 15 de enero de 2019]. Disponible en: <https://www.elperiodico.com/es/economia/20170510/espana-el-pais-que-mas-denuncias-acumulo-el-ano-pasado-en-el-ciadi-6029676>

La Comisión Europea “aparca” el ISDS para crear un Tribunal a la medida de las multinacionales. El Salto. Publicado el 30 de noviembre del 2017. [Fecha de consulta: 4 de febrero del 2019]. Disponible en: <https://www.elsaltodiario.com/acuerdos-comerciales/comision-europea-nuevo-tribunal-multilateral-inversiones>

Las Reglas de Praga, objeto de numerosos análisis en la red. CIAR GLOBAL. Publicado el 22 de enero del 2019. [Fecha de consulta: 5 de febrero del 2019]. Disponible en: <http://ciarglobal.com/las-reglas-de-praga-objeto-de-numerosos-analisis-en-la-red/>

Legisladores estadounidenses contra el arbitraje de inversiones del NAFTA, en CIAR Global, Revista de Arbitraje para la Comunidad Iberoamericana (en línea), publicado el 13 de septiembre de 2018. [Fecha de consulta: 16 de enero de 2019]. Disponible en: <http://ciarglobal.com/legisladores-estadounidenses-contra-el-arbitraje-de-inversiones-del-nafta/>

PDVSA apelará fallo favorable a Conoco Phillips sobre refinería de Texas, en La Vanguardia (en línea), publicado el 9 de septiembre de 2015. [Fecha de consulta: 15 de enero de 2019]. Disponible en: <https://www.lavanguardia.com/economia/20150909/54435187109/pdvsa-apelara-fallo-favorable-a-conoco-phillips-sobre-refineria-de-texas.html>

PÉREZ, F.: *CETA, el ambicioso acuerdo comercial que se abre paso en tiempos de proteccionismo*, en ABC (en línea), publicado el 29 de agosto de 2017. [Fecha de consulta: 15 de enero de 2019]. Disponible en: https://www.abc.es/economia/abci-ceta-ambicioso-acuerdo-comercial-abre-paso-tiempos-proteccionismo-201611070209_noticia.html

VAN DER BERG, E.: *¿En qué me afecta a mí el acuerdo comercial TTIP?*, en El País (en línea), publicado el 6 de mayo de 2016. [Fecha de consulta: 15 de enero de 2019]. Disponible en: https://elpais.com/elpais/2016/05/04/buenavida/1462369808_459007.html