

PARADOJAS DEL ARBITRAJE COMERCIAL Y DE INVERSIONES, DESDE LA PERSPECTIVA INTERNA, EUROPEA Y TRANSNACIONAL

Paradoxes of commercial and investment arbitration, from a domestic, european and transnational perspective

José Antonio Caínzos Fernández*

Urquiola de Palacio del Valle Lersundi**

José Carlos Fernández Rozas***

Iñigo Iruretagoiena Agirrezabalaga****

Francisco G. Prol Pérez*****

SUMARIO: I. PRESENTACIÓN. 1. Deslinde entre el arbitraje comercial transfronterizo y otras modalidades de arbitraje internacional. 1.1. Arbitraje de Derecho internacional público. 1.2. Arbitraje y procesos de integración regional. 1.3. Arbitraje de inversiones. 2. Trayectoria de la dualidad arbitraje interno–arbitraje internacional. 3. Protagonismo de los centros de arbitraje. 4. La gestión del arbitraje en España. II. CIAM: UNA BUENA NOTICIA QUE NOS TRAJÓ 2020. 1. Introducción. 2. ¿Cómo nació CIAM?. 3. La creación de CIAM y sus primeros pasos. 4. ¿Qué más ha hecho en CIAM en el 2020?. 4.1. La incorporación del Servicio de Mediación Internacional: una nueva herramienta para tiempos de crisis. 4.2. La Comisión de Examen Previo de laudos: la arquitectura institucional de CIAM concluida. 4.3. La Comisión de Arbitraje Internacional. 4.4. El acto de presentación de CIAM: apoyo unánime y una gran noticia en rigurosa primicia. 4.5. Los primeros casos: un equipo experto, un Reglamento vanguardista, una tecnología puntera y la diversidad como elemento distintivo. 4.6. La colaboración con otras instituciones de ámbito internacional. 4.7. La preocupación por la transparencia: la página web. 4.8. Un objetivo prioritario: oír a las empresas. 4.9. Un acto de justicia: dar voz a los peritos. 4.10. Un mensaje nunca suficientemente enfatizado: CIAM es una institución española pero de ámbito de actuación y proyección internacional. 5. ¿Qué retos nos planteamos a medio plazo?. III. CONCEPTOS BÁSICOS CARACTERÍSTICAS GENERALES DEL ARBITRAJE: ARBITRAJE COMERCIAL Y ARBITRAJE DE INVERSIÓN. 1. Introducción. 2. Conceptos básicos para la mesa: características generales del arbitraje; arbitraje comercial y arbitraje de inversión. 3. Arbitraje comercial: desarrollo paralelo del arbitraje interno e internacional; arbitraje *ad-hoc* y arbitraje institucional o administrado. 4. Reglas IBA y reglas de Praga. 5.

* Presidente del Centro Internacional de Arbitraje de Madrid (CIAM). Árbitro internacional.

** Presidenta de la Corte de Arbitraje de Madrid y Vicepresidenta de la Unión Internacional de Abogados (UIA)

*** Catedrático de Derecho internacional privado. Árbitro internacional.

**** Profesor Agregado de Derecho Internacional Público Universidad del País Vasco / Euskal Herriko Unibertsitatea (UPV/EHU)

***** Árbitro internacional.

Conclusión. IV. ¿PUEDE “IBERIA” CONSTITUIRSE COMO UN NEXO DE UNIÓN PARA LOS ARBITRAJES ENTRE CHINA Y PAÍSES LATINOAMERICANOS Y AFRICANOS?. 1. Antecedentes. 2. China. 3. La importancia de la economía china. 4. Brasil. 5. África. 6. Iberia. 7. El arbitraje internacional como forma de solución de disputas. 8. Conclusión. V. LA PARADOJA DEL ARBITRAJE DE INVERSIONES INTRA-UNIÓN EUROPEA DERIVADO DEL TRATADO SOBRE LA CARTA DE LA ENERGÍA. 1. Consideraciones introductorias sobre el tratado sobre la carta de la energía: la última trinchera del arbitraje de inversiones intra-UE. 2. La decisión *Achmea* y su impacto en el TCE. 3. La decisión *República de Moldavia / Komstroy*: el TJUE declara que el derecho de la UE se opone al arbitraje intra-UE derivado del TCE. 4. Una ruta de escape para el arbitraje de inversiones del TCE donde una de las partes implica a un estado no miembro de la UE. 5. Conclusiones

Resumen: Se incluyen las intervenciones de la mesa redonda que tuvo lugar el 16 de julio de 2021, donde los ponentes debatieron acerca de las principales paradojas que ofrecen en la actualidad las distintas modalidades del arbitraje a partir, principalmente, del estudio de dos dualidades: la dualidad arbitraje comercial internacional y arbitraje de inversiones y la dualidad arbitraje interno y arbitraje internacional. Tras apuntarse las nuevas perspectivas de la gestión del arbitraje en España se presta atención a la importancia del arbitraje administrado y al recientemente creado Centro Internacional de Arbitraje de Madrid. Dicha gestión, en la que han tenido un papel relevante las denominadas “Reglas de la IBA” y “Reglas de Praga”, permite que las instituciones arbitrales y los árbitros españoles se encuentren en una posición de privilegio para colaborar con China y los países iberoamericanos y africanos, en los que se habla la lengua española o portuguesa, en la organización y llevanza de procedimientos arbitrales que resuelvan disputas entre nacionales de dichos países. Por último, a partir de las nuevas competencias de la Unión Europea en materia de inversiones, se efectúa una valoración de los recientes contenciosos arbitrales derivados de la aplicación del Tratado sobre la Carta la de Energía.

Palabras clave: Arbitraje, arbitraje comercial internacional, arbitraje de inversiones, arbitraje administrado, Unión Europea: competencias, Tratado sobre la Carta la de Energía.

Abstract: The interventions of the Round Table held on July 16, 2021 are included, where the speakers discussed the main paradoxes currently offered by the different types of arbitration, mainly based on the study of two dualities: the duality of international commercial arbitration and investment arbitration, and the duality of domestic arbitration and international arbitration. After outlining the new prospects for the management of arbitration in Spain, attention is given to the importance of administered arbitration and the recently created Madrid International Arbitration Centre. This management, in which the so-called “IBA Rules” and “Prague Rules” have played an important role, places Spanish arbitration institutions and arbitrators in a privileged position to collaborate with China and Latin American and African countries, where Spanish or Portuguese is spoken, in the organization and conduct of arbitration proceedings to resolve disputes between nationals of those countries. Finally, based on the new competences of the European Union in investment matters, an assessment is made of recent arbitration disputes arising from the application of the Energy Charter Treaty.

Keywords: Arbitration, international commercial arbitration, investment arbitration, administered arbitration, European Union: competences, Energy Charter Treaty.

Laburpena:

Gitza-hitzak:

1. PRESENTACIÓN¹

1.1. Deslinde entre el arbitraje comercial transfronterizo y otras modalidades de arbitraje internacional

1.1.1. Arbitraje de Derecho internacional público

Una primera paradoja es situar al lado del arbitraje comercial internacional figuras que, pese a tener un tronco común a partir de la óptica procesal y por el hecho de que interviene un tercero en la solución de la controversia, presentan notables diferencias de contenido y alcance. No es extraño, en efecto, observar el tratamiento conjunto del arbitraje comercial internacional, categoría perteneciente al Derecho privado, con el arbitraje de Derecho internacional público o, más propiamente, el “arbitraje internacional” sin ningún otro calificativo. Una institución totalmente diversa, señaladamente en lo que concierne a las partes implicadas, pues involucra únicamente a sujetos de Derecho internacional y a las normas aplicadas por los árbitros, que pertenecen a este último ordenamiento².

Pese a la clara delimitación conceptual no puede desconocerse la cada vez más estrecha relación del arbitraje entre Estados y del arbitraje comercial en unos momentos donde la especialización de los litigios y la actuación de los operadores dedicados a estos menesteres apuntan a un tratamiento cada vez más homogéneo. Un tratamiento que se proyecta con una modalidad específica: el arbitraje de inversiones en el cual al margen de la interpretación de buena fe de las obligaciones contractuales, suele estar en juego el empleo de las potestades gubernamentales y que, a lo largo de las últimas décadas, ha contribuido de manera muy importante al desarrollo del Derecho internacional.

Desde el “Tratado Jay” (1794) el arbitraje internacional para la solución de controversias entre Estados ha sido, al lado de la tradicional negociación diplomática, un instrumento esencial en el Derecho internacional como alternativa a la existencia de las guerras cuyo periodo álgido fue el siglo XIX y la primera mitad de XX. Así acotada, la institución fue evolucionando tras sus primeras manifestaciones *ad hoc* hasta conseguir un amplio grado de institucionalización con motivo del éxito de las *Alabama Claims* (1872), que abrieron una corriente de opinión entusiasta hacia el arbitraje. Una corriente consolidada en las Convenciones surgidas de la Conferencia de Paz de La Haya sobre arreglo pacífico de conflictos internacionales de 1899 y 1907 donde se procedió a la primera codificación de

¹ Por José Carlos FERNÁNDEZ ROZAS.

² WETTER, J.G. (comp.), *The International Arbitral Process: Public and Private*, vol. I, Dobbs Ferry, N.Y., Oceana, 1979, p. xxiv.

sus normas reguladoras³ De acuerdo con estas Convenciones “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” y “el convenio de arbitraje implica el compromiso de someterse de buena fe a la sentencia arbitral”. Entre otras cosas, el Convenio de 1899 estimó la creación de un mecanismo permanente que permitiera que establecer tribunales arbitrales para facilitar su trabajo. Esta institución, conocida como la Corte Permanente de Arbitraje, estaba en esencia formada por un grupo de magistrados designado por cada Estado que estuviera en vías de adhesión al Convenio (cada país podía nombrar hasta cuatro magistrados); los miembros de cada tribunal arbitral se elegirían entre estas personas. Además, el Convenio creó una Dirección permanente, ubicada en La Haya, con funciones equivalentes a las de una secretaría del tribunal o una secretaría de carácter general y se estableció un reglamento para regir la realización de los arbitrajes.

Arraiga de esta suerte un procedimiento destinado a resolver con carácter definitivo y obligatorio las controversias entre sujetos de Derecho internacional, mediante órganos por ellos elegidos, ya sea por aplicación de este último ordenamiento o, en su caso, por consideraciones de equidad. Esta modalidad descansa, pues, en el consentimiento de los Estados existiendo varias fórmulas para expresarlo de manera inequívoca, siendo la controversia a un tercero imparcial que puede ser un árbitro único o un órgano colegiado y el laudo dictado es definitivo y obligatorio para las partes, poniendo fin al litigio.

Más matizadamente, a juicio del juez *ad hoc* Santiago Torres Bernárdez en su opinión disidente en el asunto de la *délimitation maritime et des questions territoriales entre Qatar et Bahrein*⁴, las características esenciales que adornan al arbitraje internacional pueden reducirse a cinco: 1) consentimiento de los Estados partes en la controversia en someterse al arbitraje; 2) elección del árbitro o de los árbitros por los Estados partes; 3) definición por los Estados parte del objeto del arbitraje; 4) aplicación de normas procesales basadas en el principio de igualdad de medios; 5) respeto del Derecho internacional para fundamentar el laudo arbitral salvo que se establezca expresamente lo contrario en el compromiso.

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

³ Un completo y pormenorizado estudio de la evolución del arbitraje internacional se encuentra en la monografía de ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, P., *El arbitraje internacional en la práctica convencional española (1794–1978)*, Oviedo, Serv. Publ. Universidad de Oviedo, 1982, pp. 3–21.

⁴ CIJ 16 de marzo de 2001.

tos heterocompositivos de arreglo de controversias⁵. Acude para ello a diversos criterios entre los que destacan el de la libertad de elección de los árbitros por las partes, contra al talante permanente del órgano en el arreglo judicial, y el del Derecho de las partes a influir sobre la competencia y el procedimiento arbitral, frente a la predeterminación de las normas, en el caso de la Corte Internacional de Justicia, conforme a su Estatuto; no en vano, la búsqueda pacífica de solución de controversias es un cometido fundamental de la labor de las Naciones Unidas que realiza a través de dicha Corte, la cual es uno de sus órganos principales. Debe tenerse en cuenta, sin embargo, que la práctica demuestra la presencia de evidentes interrelaciones entre ambos procedimientos de arreglo, especialmente a partir de que el Estatuto del CIJ permitiese la creación, a partir de 1981, de Salas Especiales con jueces designados por las partes; de esta forma se produce lo que se ha denominado la institucionalización progresiva del arbitraje⁶.

Quiérase o no, la evolución de la sociedad internacional ha producido una nueva litigiosidad entre Estados y Organizaciones internacionales, de un lado, y particulares, de otro lado, a partir de la inclusión de cláusulas de arbitraje en virtud de las cuales las partes sustraen a la jurisdicción nacional el contrato y las controversias relativas a su interpretación y ejecución. En aplicación de estas cláusulas arbitrales tuvieron lugar memorables contenciosos, hasta en punto de que en el asunto *Texaco Overseas Petroleum Company / Gobierno de la República Árabe de Libia* (1977) el árbitro único R.J Dupuy propugnó la internacionalización de los contratos celebrados entre personas internacionales y personas privadas en función de tres criterios: la referencia a los principios generales del Derecho, la inserción de una cláusula de arbitraje y la cualidad de acuerdos de desarrollo económico⁷. Nos hallamos ante controversias que, con independencia de la índole heterogénea de los sujetos, están sometidas al Derecho internacional público, lo que las aleja, en rigor, de las propias de las transacciones privadas internacionales. Una cosa es el reconocimiento a los entes privados de una capacidad funcional para ejercitar los derechos derivados de un contrato internacionalizado suscrito por ellos, y otra muy distinta concederles personalidad jurídica internacional plena, razón por la cual los arbitrajes en que estos entes privados participen no pertenecen a la esfera del arbitraje comercial internacional ni tampoco al arbitraje privativo del Derecho internacional público, esto es, entre sujetos de Derecho internacional general.

⁵ GUYOMAR, G., *Le défaut des parties à un différend devant les juridictions internationales: étude de droit international public positif*, París, LGDJ, 1960; CAFLISCH, L., "L'avenir de l'arbitrage interétatique", *Ann. fr. dr. int.*, vol. 25, 1979, pp. 9-45.

⁶ ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, P., "Arbitraje: Derecho internacional público", *Enciclopedia Jurídica Básica*, vol. I, 1995, pp. 538-540.

⁷ *ILM*, vol. XVII, 1978, pp. 3 ss.

1.1.2. Arbitraje y procesos de integración regional

Hay una coincidencia general cuando se habla de arbitraje en el contorno de los procesos de integración económica de referirse al empleo de este mecanismo dentro las controversias intracomunitarias; un dispositivo que está minuciosamente reglamentado en los instrumentos constitutivos de algunos modelos. Este mecanismo de arreglo de controversias acostumbra, en efecto, a ser uno de los procedimientos más utilizados dentro de los procedimientos de solución de los conflictos entre los Estados que lo conforman.

La creación de espacios internacionales de integración económica en la segunda mitad del siglo XX trajo consigo la progresión de los intercambios comerciales entre empresas de nacionalidades distintas generando en estas zonas un crecimiento tan desmesurado del comercio internacional que propiciaron las tendencias a la integración regional de este sector, con una particular preocupación por las cuestiones de índole comercial entre las que ocupó un lugar destacado el arbitraje. Dentro de cualquier proceso de integración el cometido del Derecho, y en particular del Derecho de los negocios internacionales, cobra una relevancia esencial: la integración en tanto que objetivo funcional recurre a este ordenamiento por su virtualidad para favorecer la identidad cultural de los individuos por medio del respeto a la diversidad jurídica. En este contexto cabe preguntarse si, al margen de desarrollar fórmulas arbitrales en los conflictos entre los Estados que los conforman (primer nivel) o en las reclamaciones de los particulares contra determinadas decisiones adoptadas por los mecanismos de integración (segundo nivel), los procesos de integración económica regional favorecen o no el desarrollo del arbitraje privado en las relaciones transfronterizas entre los Estados parte (tercer nivel). Es decir, si la reglamentación de arbitraje comercial internacional es un instrumento que beneficia a la integración económica, o si a pesar de todo, el arbitraje queda al margen de los procesos de integración y se vincula al proceso general de codificación regional o universal del Derecho de los negocios internacionales.

Puede que no sea una mera coincidencia que los procesos de integración económica operados en América Latina en la década de los noventa, hayan venido aparejados de una reforma generalizada de las leyes de arbitraje entre los países del área. Y ello aun cuando los procesos de integración económica se suelen limitar a desarrollar en los dos primeros niveles indicados. Parece conveniente que los nuevos acuerdos de integración no olviden desarrollar el tercero de estos niveles con el establecimiento de reglas uniformes que permitan a los empresarios pactar el arbitraje en cualquiera de los Estados concernidos, eligiendo el lugar del arbitraje con arreglo a criterios basados exclusivamente en los costos y los servicios⁸.

⁸ FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., *Tratado del arbitraje comercial en América latina*, Madrid, Iustel, 2008, pp. 197-211.

El arbitraje se ha revelado como absolutamente necesario en el tráfico mercantil intracomunitario y su afianzamiento es un imperativo ineludible para consolidar el proceso de desarrollo económico y social en los Estados miembros de cualquier espacio de integración. Sería difícil concebir un comercio dinámico sin esta fórmula alternativa para la solución de las controversias. Por eso su significación aumenta cuando se deben resolver conflictos entre empresarios de distintos Estados, regidos por leyes y sistemas jurídicos procesales diferentes, que provocan en el litigante una natural inquietud cuando debe someterse a tribunales extraños. Una serie de factores condicionan el impulso de la institución entre los que destacan, la necesidad de fortalecer los mecanismos que garanticen a los inversionistas una adecuada seguridad jurídica; y, la exigencia de modernización de los sistemas de justicia en la región.

Cabe advertir que el proceso de integración que se ha desarrollado en Europa no es un paradigma exportable a otras experiencias de integración regional y tampoco su peculiar consideración del arbitraje y sus eventuales aplicaciones al desarrollo comunitario. Pero, a la vez, dentro del fenómeno de integración económica regional en América Latina, el Mercosur articula un sistema común para la solución de controversias en el que otorga un papel fundamental el arbitraje por medio del Tratado de arbitraje comercial Mercosur de 1998. Del mismo modo, durante su vigencia, el Tratado de Libre Comercio de América del Norte estableció en su art. 2.022 la promoción y el uso del arbitraje y de otras técnicas alternativas de solución de controversias como los medios más convenientes para resolver los conflictos privados que surgiesen dentro del Tratado. Con posterioridad el denominado T-MEC que entró en vigor en 2020 introdujo un capítulo 14 que versa sobre inversiones y los mecanismos previstos en los Anexo 14-D y Anexo 14-E son básicamente arbitraje inversionista-Estado con reglas o ante instituciones bien conocidas.

1.1.3. Arbitraje de inversiones

Nació el arbitraje de inversiones con la vocación de “despolitizar” los litigios a través de la creación de un marco jurídico neutral adaptado a los contenciosos específicos entre los Estados y los inversores extranjeros que no estaban dispuestos a arriesgar sus capitales en el país de la inversión cuando ello dependiera de la justicia local⁹. Dentro de otras iniciativas tendentes a construir sistema arbitral independiente, que confiriese confianza al inversor pero que permitiera a su vez una defensa válida, surgió en 1966 el Centro Internacional de Arreglo de Diferen-

⁹ SHIHATA, I.F.I., “Towards a Greater Depoliticization of Investment Disputes: the roles of ICSID and MIGA”, *ICSID Rev.-FILJ*, vol. 1, 1986, n° 1, pp. 1–25.

cias Relativas a Inversiones en un contexto internacional marcado por la descolonización y por el “Nuevo Orden Económico Internacional”.

En el contexto descrito la fundamentación jurídica de este nuevo modelo pretendía que los inversores no dependieran de la apreciación política de su gobierno a la hora de una eventual confrontación con el Estado receptor de la inversión, quedando el Estado de origen del inversor al margen del litigio y sin repercutir en las relaciones diplomáticas bilaterales con dicho Estado receptor¹⁰. Desde una perspectiva académica nadie ponía en duda en esta etapa primigenia que, al igual que otras rúbricas como el trato a extranjeros, el Derecho de las inversiones internacionales y, en concreto, el sistema de arreglo de controversias que incorporaba, eran materias vinculadas por entero al Derecho internacional público.

Desde su origen, el arbitraje de protección de inversiones tuvo la virtud de convertirse en una alternativa al mecanismo tradicional de la protección diplomática, con una vocación de neutralidad, donde los inversores pudiesen hacer valer sus propios derechos sin mediación del Estado del que eran nacionales. Su creación obedeció en gran parte a un propósito de “despresurización política” del arbitraje, que contribuyese al equilibrio en la controversia ante las desigualdades económicas y políticas de los Estados. Por otra parte, la flexibilidad característica del arbitraje de inversiones, permite que los árbitros apliquen tanto el Derecho interno del Estado receptor de la inversión, como las reglas del Derecho internacional¹¹ y, a través esta aplicación conjunta, resolver en un solo procedimiento los problemas internos e internacionales del objeto del litigio, aunque lo cierto es que existe una tendencia creciente al empleo del Derecho internacional general.

Con carácter general, los inversores extranjeros están sometidos a las leyes de los países donde deciden operar, una vez que han establecido sus actividades allí. Salvo acuerdo en contrario, los tribunales locales son los competentes para decidir sobre diferencias en las que intervenga el trato dado a los inversores extranjeros. No obstante, además de esta jurisdicción interna normal, y para aportar una protección jurídica adicional a los inversores extranjeros, la mayoría de los países que son partes en los Acuerdos de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (APPRI) consienten que se incluya la posibilidad de que los inversores privados recurran a un arbitraje internacional en caso de diferencia con el Estado receptor arbitraje en el que dirimirá la vulneración de los derechos reconocidos al inversor en propio APPRI. Asimismo los APPRI permiten que los inversores privados recurran, contra el Estado receptor que infrinja el acuerdo, a un arbitra-

¹⁰ Vid., por todos, IRURETAGOiena AGIRREZABALAGA, I., *El arbitraje en los litigios de expropiación de inversiones extranjeras*, Madrid, Boch, 2010.

¹¹ DAHLQUIST, J., *The use of commercial arbitration rules in investment treaty disputes: domestic courts, commercial arbitration institutions and tribunal jurisdiction*, Leiden, Koninklijke Brill NV, 2021.

je internacional. Dicho arbitraje ofrece, entre otras posibles, distintas variantes. a) arbitraje *ad hoc*, con aplicación del Reglamento CNUDMI (los denominados impropriadamente “arbitrajes CNUDMI”); b) arbitraje ante el CIADI o; c) arbitraje administrado por entidades especializadas como la CCI, la *London Court of International Arbitration* o la Cámara de Comercio de Estocolmo.

La puesta en marcha del arbitraje en materia de inversiones posee un contenido eminentemente unilateral; de ahí que se le denomine “arbitraje transnacional unilateral”¹². Es preciso, no obstante, realizar algunas consideraciones en función de la íntima relación que esta modalidad de arreglo de controversias y el arbitraje comercial en cuestiones tales como el nombramiento y recusación de árbitros o el procedimiento arbitral; y porque, como hemos visto, no es infrecuente que los contenciosos en materia de inversiones se sometan a arbitraje administrado por instituciones cuyo objeto principal sea el arbitraje comercial, como es el caso de la CCI.

Al margen de estas consideraciones, existen importantes diferencias entre ambos mecanismos¹³:

- i) Frente el arbitraje comercial, que reposa en un fundamento consensual inserto en el compromiso arbitral, el arbitraje de inversiones *descansa en un tratado internacional* suscrito entre el Estado receptor de la inversión y el Estado de la nacionalidad del inversionista; por eso en este particular supuesto podemos hablar en términos generales de “arbitraje sin vínculo contractual”. Esta modalidad se escapa, en efecto, del estricto marco contractual, donde se ha situado durante mucho tiempo, para convertirse en una especie de instrumento de control del respeto por parte de los Estados de la legalidad en el ámbito económico; por esto la verificación del cumplimiento de las obligaciones contractuales se desplaza a la verificación, desde la perspectiva de un particular, del cumplimiento por parte del Estado de sus obligaciones internacionales (*contractual claims y treaty claims*)¹⁴.
- ii) El arbitraje de inversiones implica el establecimiento de un *ius standi* internacional para los inversores extranjeros, lo que les permite reclamar directamente contra un Estado soberano en un foro extraterritorial, ex-

¹² BEN-HAMIDA, W., *L'arbitrage transnational unilatéral. Réflexions sur une procédure réservée à l'initiative d'une personne privée contre une personne publique*, thèse Paris II, 2003.

¹³ FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., “Internacionalismo versus mercatorismo en la especialización del arbitraje internacional”, *Arbitraje. Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, vol. V, n° 1, 2012, pp. 37-90, esp. pp. 66-85.

¹⁴ IRURETAGOIANA AGIRREZABALAGA, I., “Contract claims y treaty claims relación entre las cláusulas umbrela y los acuerdos contractuales de atribución de competencia exclusiva (Bureau Veritas, Inspection, Valuation, Assessment and Control, BIVAC B.V./República de Paraguay, Caso CIADI n° ARB/07/9)”, *Arbitraje. Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, vol. 3, n° 3, 2010, pp. 797-810.

trayendo la controversia de la jurisdicción de los tribunales internos, que en su caso, pudieran ser competentes. Esto constituye una importante excepción a la falta de personalidad jurídica internacional del individuo, superando definitivamente el sistema de la protección diplomática, aunque no la reemplaza.

- iii) En la mayor parte de los contenciosos sobre inversiones una de las cuestiones protagonistas en la labor de los árbitros es la verificación de si los demandantes pueden acogerse a esta modalidad arbitral, lo que obliga, inexorablemente, a un *pronunciamiento previo en torno a la noción de inversión y a la nacionalidad del inversor*, cuestiones que son ajenas al arbitraje comercial convencional.
- iv) Las controversias sometidas a arbitraje de inversión no se refieren exclusivamente a cuestiones contractuales que afectan sólo a intereses de carácter privado. A diferencia de lo que sucede en el arbitraje comercial internacional, la mayoría de las disputas de inversión se fundamentan en la violación de normas convencionales donde los *intereses públicos* presentes son incuestionables. Por esta razón, el arbitraje de inversión tiene mayor impacto sobre terceras personas. Los tribunales arbitrales no sólo juzgan al Estado contratante, sino que también deciden sobre la actuación del Estado en su condición de entidad o autoridad pública. Los árbitros controlan la legalidad de los actos estatales de acuerdo con los compromisos internacionales asumidos y, en su caso, pueden condenar las iniciativas gubernamentales lejos del control de la opinión pública.
- v) La confidencialidad, consustancial en el arbitraje comercial, cede en los arbitrajes en materia de inversiones a exigencias de *publicidad y transparencia*, admitiendo la participación de los denominados *amici curiae* en las deliberaciones ante los árbitros, dentro de una dimensión que pretende vincular esta materia a la protección internacional de los derechos humanos, como se puso de relieve en el asunto CIADI: *Metalclad Corp. / Estados Unidos Mexicanos* (2000). De esta suerte, la evolución del arbitraje de inversiones ha producido una tensión entre, de un lado, dos elementos arraigados en el arbitraje comercial: la privacidad y la confidencialidad y, de otro lado, el interés público y la transparencia, con el triunfo evidente de estos últimos.
- vi) Ambas modalidades arbitrales se diferencian en que los laudos en el arbitraje unilateral están contruidos *a partir del Derecho internacional público*, sin perjuicio de que éste pueda hacer remisión al Derecho interno de un determinado Estado, en tanto que en el arbitraje comercial los laudos derivan directamente de las previsiones efectuadas por las partes respecto al Derecho que debe ser aplicado.

- vii) La remisión de las controversias a este tipo de mecanismos supone una cierta *ventaja para el Estado* en litigio al permitir su “judicialización”, evitando la politización inherente a los procedimientos clásicos de la protección diplomática. V.gr., el art. 27 Convenio de Washington de 1965 establece con rotundidad que en caso de que el procedimiento se haya iniciado en el CIADI, los países involucrados deberán abstenerse de ejercer cualquier protección diplomática en favor de su inversionista. Desde ciertos círculos se sostiene que esta disposición no excluye el arbitraje entre Estados sobre problemas de interpretación o aplicación de tratados que se relacionan con la diferencia entre un inversor y un Estado, siempre que ello no equivalga a que el Estado de origen del inversor haga suya la reclamación de éste.

No deben ocultar las ventajas inherentes al arbitraje de inversiones ciertos aspectos críticos. La cuestión de los árbitros no resulta pacífica en los últimos años pues la práctica demuestra que acostumbran a formar parte de un círculo relativamente cerrado basado ante todo en la “cooptación”¹⁵, la autodisciplina y la reputación individual. Dicho círculo cerrado ha puesto en tela de juicio la validez de los principios de independencia y de imparcialidad de los árbitros y ha obligado a duros pronunciamientos de los tribunales estatales en sus decisiones de anulación de laudos arbitrales. Tampoco es pacífica la cuestión de los costes del arbitraje por obra de las grandes firmas de abogados, que tienen muchas veces a complicar contenciosos relativamente simples encareciendo innecesariamente el litigio. Son estas cuestiones que quedan fuera de nuestro estudio pero que están presentes cada vez que se inicia un procedimiento de arbitraje cualquiera que sea su objeto.

1.2. Trayectoria de la dualidad arbitraje interno–arbitraje internacional

El arbitraje nacional no existe en el vacío, sino que está sujeto e influenciado por su entorno político, económico y jurídico nacional, así como por la práctica de los tribunales estatales y los usos de la comunidad empresarial nacional¹⁶. El carácter interno o internacional del arbitraje no depende ni del lugar en que se lleva a cabo, ni de la nacionalidad de las partes, ni del Derecho aplicable al fondo o al procedimiento ni, incluso, de la voluntad de los contendientes. Basta simplemen-

¹⁵ DEZALAY, Y. y GARTH, B.G., *Dealing in Virtue: International Commercial Arbitration and the Construction of a Transnational Legal Order*, Chicago, Chicago University Press, 1996.

¹⁶ BÖCKSTIEGEL, K.-H., “The Role of Arbitration within Today’s Challenges to the World Community and to International law”, *Arb. Int’l*, vol. 22, n° 2, 2006, pp. 165-178, esp. p. 176.

te con que el negocio del que la controversia deriva implique desplazamiento de bienes, servicios o pagos a través de las fronteras. Es la definición, deliberadamente amplia y general, que emplea el art. 1 Ley Modelo CNUDMI de 1985 (LMU), modificada en 2006, evitando la utilización de un criterio funcional de internacionalidad por encima de otros y centrándose, más bien, en la determinación material de qué sea una controversia comercial internacional. Cuestión diferente es la consecuencia que se extraiga del juicio de internacionalidad. Evidentemente, la adopción del criterio material impide, por pura lógica, que el criterio territorial o de la sede tenga relevancia alguna en la determinación de la internacionalidad y, en consecuencia, de su régimen jurídico particularizado. La Convención de Nueva York de 1958 sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrajes extranjeras (CNY) es particularmente expresiva al respecto pues, aunque se declara (art. 1) aplicable al reconocimiento de laudos arbitrales dictados fuera del territorio del Estado en el que tal reconocimiento se solicita, por vía de excepción se aplica también a los laudos arbitrales que no se consideren “laudos nacionales” en el Estado en el que se solicita su reconocimiento y ejecución. En esencia, la Convención acoge por esta vía la existencia del arbitraje esencialmente internacional por su materia, haciendo caso omiso del lugar en que se establezca la sede del tribunal arbitral y, señaladamente, en todos aquellos casos en que el arbitraje se desarrolla en el territorio de un Estado, pero sin poder ser considerado, por lo elementos en presencia, arbitraje puramente nacional o interno.

Las legislaciones nacionales han acumulado, con mayor o menor amplitud, la presencia de factores que indican la internacionalidad del asunto con la finalidad de crear un sistema especializado y, en este contexto y, en este contexto, la Ley de Arbitraje española (Ley 60/2003, de 23 de diciembre, modificada por la Ley 11/2011, de 20 de mayo —en adelante LA—), no tiene nada que envidiar a las posiciones que buscan la desvinculación del arbitraje de un Estado determinado; baste atender a que el art. 3.1.º c) considera que el arbitraje tendrá carácter internacional cuando “la relación jurídica de la que dimana la controversia afecte a intereses del comercio internacional”. Como la propia Exposición de Motivos reafirma es un criterio ampliamente asumido en otros ordenamientos, con el que se pretende dar cabida a supuestos en los que, aunque no concurren los elementos anteriormente establecidos por la ley, resulte indudable su carácter internacional a la luz de las circunstancias del caso.

El ejercicio del comercio entraña potencialmente controversias y su resolución eficaz ha de contar un medio adecuado de solución de las mismas cuando las partes no puedan alcanzar un acuerdo. A veces el litigio se debe a una divergencia legítima y en otras a una conducta inconveniente, pero en la mayoría de los casos obedece a que los intereses divergentes suelen dar lugar a posiciones también diferentes, lo que crea inevitablemente fricciones y confrontación. Acostumbra el conflicto a estar ocasionado por la falta de entendimiento de las partes en cuanto a los objetivos y a los resultados de una concreta operación empresarial. Por eso

las buenas prácticas exigen acuerdos que articulen claramente las expectativas de las partes sobre las cuestiones comerciales generales, así como la forma de evitar posibles desacuerdos y, en caso de que sean inevitables, la fórmula de su eficaz gestión. Centrarse en la identificación y resolución temprana de los conflictos se ha convertido cada vez más en una característica de las operaciones empresariales de éxito. Dado que en las actividades comerciales están implicadas grandes sumas de dinero y nadie quiere perder su tiempo, cuando se produce un desacuerdo las partes involucradas buscan las vías más adecuadas para resolverlas, una vez descartado el cauce jurisdiccional, prefiriendo métodos menos formales, menos costosos¹⁷ y portadores de soluciones rápidas a sus problemas.

No es preciso insistir aquí en la lentitud de los procesos judiciales, en su carácter burocrático, causante del colapso de los tribunales, y en su excesivo formalismo y rigidez. De ahí la necesidad de instaurar un sistema alternativo basado en el diálogo y en la cooperación, conformando mecanismos de justicia participativa conducentes a un cambio cultural en el modo de concebir la justicia. Si se quiere, un sistema integrado en un marco cultural emergente que se esfuerce por administrar y coordinar las lógicas relacionales caracterizadas por una gran pugnacidad.

El arbitraje internacional es procedimiento que se ha desarrollado sin problema en los últimos años, pues las empresas que se dedican a las transacciones internacionales consideran que la intervención de los jueces en la resolución de los litigios no es la solución adecuada y prefieren acudir a una institución que administre un arbitraje y que garantice la igualdad de los litigantes y la neutralidad de la solución a través de un procedimiento arbitral. Existe un cierto enfrentamiento entre los que consideran que el arbitraje comercial internacional es un sistema autónomo de carácter transnacional, que sobrevuela los sistemas jurídicos nacionales, y los que mantienen su carácter de orden jurídico cuya autonomía está mediatizada por un orden jurídico nacional concreto, configurado como “sede arbitral”¹⁸. Superada la tradicional visión territorialista, que consideraba la sede como única fuente de legitimidad y validez del proceso arbitral, el tránsito hacia la “transnacionalidad”¹⁹ se va despejando, no sin dificultades. Aún son muchos los

¹⁷ Los costes de los litigios son una preocupación casi universal, *vid.* PUIG, S., “Contextualizing Cost Shifting: A Multimethod Approach”, *Virginia J. Int’l L.*, vol. 58, 2019, pp. 261–318.

¹⁸ Acerca de la polémica y de su superación *vid.* PAULSSON, J., “Arbitration in three dimensions”, *Int’l Comp. L. Q.*, vol. 60, nº 2, 2011, pp. 291–323.

¹⁹ GAILLARD, E., *International Arbitration as a Transnational System of Justice*, en *Arbitration – The Next Fifty Years, ICCA Congress Series No. 16* (A. J. van den Berg, ed.), 2012, pp. 66–73, esp. p. 66; *id.*, “Transcending National Legal Orders for International Arbitration”, *International Arbitration: The Coming of a New Age?*, en *ICCA Congress Series* (A. J. van den Berg, ed.), 2013, p. 371.

supuestos donde las actuaciones de los tribunales estatales y de los tribunales arbitrales se entrecruzan, pues los primeros siguen desempeñando una triple función en relación con el arbitraje comercial internacional a través de las denominadas funciones de apoyo a los árbitros, y de control y ejecución de los laudos²⁰. Tampoco se puede ignorar que el arbitraje internacional debe coexistir con las leyes estatales pues precisa de ellas para su reconocimiento y para la puesta en marcha del proceso, confiando los operadores jurídicos intervinientes en este menester que los tribunales de la jurisdicción ordinaria no interfieran en dicho el proceso de arbitraje, ni supervisen la decisión de las partes de someter sus controversias a un árbitro, y no revisen su resultado. Estamos en presencia de una dialéctica entre el consentimiento privado y el poder público, siendo muchas veces inevitable que las aspiraciones en orden a la resolución de controversias deslocalizadas se enfrenten a disposiciones emanadas del legislador nacional²¹.

Apunta en la actualidad la práctica arbitral a un arbitraje más eficiente. Hasta la fecha una de las características más destacadas del arbitraje, como mecanismo para la resolución de controversias, es que los reglamentos de arbitraje proporcionaban un marco general para el procedimiento de arbitraje, pero en rara vez presentaban procedimientos detallados para la conducción del arbitraje. Frente a esta situación la práctica apunta a la instauración de procedimientos que puedan hacerse a la medida de la controversia y adaptados a las tradiciones jurídicas de las partes y de los árbitros. Mas para que esta nueva práctica funcione es menester adoptar desde un primer momento decisiones razonadas sobre las cuestiones más apropiadas para la controversia en cuestión. Al tomar esas decisiones, es posible moldear el procedimiento de arbitraje de modo que la duración y el costo sea proporcional con lo que está en juego en el caso y apropiado a la luz de las demandas y cuestiones presentadas. Teniendo en cuenta lo anterior, últimamente se presentan diversas técnicas que pueden ser utilizadas para organizar los procedimientos arbitrales y controlar su duración y su costo. Los costos incurridos por las partes constituyen la parte más grande de los costos totales del procedimiento de arbitraje internacional. Por tanto, si ha de reducirse el coste total del proce-

²⁰ FERNANDEZ ROZAS, J.C., “Le rôle des juridictions étatiques devant l’arbitrage commercial international”, *Recueil des Cours de l’Académie de La Haye de droit international*, t. 290, 2002, pp. 9–224; BOULARBAH, H., “Le juge étatique, ‘Bon Samaritain de l’arbitrage’. Brèves variations autour des pouvoirs d’assistance et de contrôle du juge étatique pour assurer l’efficacité et la qualité de la procédure arbitrale”, *Hommage à Guy Keutgen pour son action de promotion de l’arbitrage*, Bruselas, Bruylant, 2013, pp. 751 ss.

²¹ LEW, J.D.M., “Achieving the Dream: Autonomous Arbitration?”, *Arbitration Insights: Twenty Years of the Annual Lecture of the School of International Arbitration* (L.A. Mistelis y J.D.M. Lew, eds.), Kluwer Law International, International Arbitration Law Library, vol. 16, 2007, pp. 455–485, 458.

dimiento arbitral, se requiere especial énfasis en los pasos encaminados a reducir los costos relacionados con la presentación del caso hecha por las partes. Tales costos son ocasionados frecuentemente por procedimientos innecesariamente largos y complicados, con solicitudes de documentos desorientadas y producción innecesaria de pruebas testimoniales y periciales. Los costes también pueden incrementarse innecesariamente cuando los abogados de parte de diferentes tradiciones jurídicas usan procedimientos con los que están familiarizados dando lugar a repeticiones innecesarias.

Desde 1988 nuestro país se ha mostrado sensible a los requerimientos de armonización del régimen jurídico del arbitraje favoreciendo la difusión de su práctica y promoviendo la unidad de criterios en su aplicación. Varios índices refuerzan esta apreciación. En primer lugar, hecho de que la Ley vigente de 2003 siga el modelo de CNUDMI y de que España sea parte de los Convenios de Nueva York de 1958 y de Ginebra de 1961 cubre con creces un marco legal que por el momento no requiera de reformas acuciantes. En segundo lugar, el respaldo de la jurisdicción en el auxilio al arbitraje y en la ejecución de los laudos arbitrales y el equilibrado control de estos último por parte de nuestros Tribunales Superiores de Justicia, sobre todo tras la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional en los años 2000 y 2001. En tercer lugar, existe un marcado cambio de mentalidad por parte de los abogados al traer consigo el arbitraje una magnífica oportunidad para desarrollar una imagen profesional en la que destaca la importancia de su papel como asesor y estratega en el contexto de la justicia negociada. Por último, la idoneidad de los árbitros viene marcada por su formación y capacidad, por su independencia e imparcialidad y por su compromiso ético antes, durante y después del arbitraje. Todo ello unido a un transparente modo de su selección, para que las partes sean conocedoras del cumplimiento de tan importante exigencia legal.

Resulta de justicia señalar que el Club Español del Arbitraje realizó importantes aportaciones para el desarrollo del arbitraje interno al introducir un reglamento modelo, al que podían acogerse las cortes de arbitraje y un Código de Buenas Prácticas Arbitrales, pero no puede negarse que su preocupación fundamental estuvo orientada a la promoción del arbitraje interno. Es curioso que, a diferencia de lo que ocurre en otros países de nuestro entorno como Francia, no exista una asociación que agrupo las cortes de arbitraje que desarrollen de manera efectiva sus funciones administradoras y que establezcan unas líneas de actuación comunes para el impulso de la institución arbitral.

1.3. Protagonismo de los centros de arbitraje

Ciertamente el arbitraje, como alternativa a los tribunales estatales, ha sido un sistema ampliamente utilizado en la resolución de controversias durante más de un siglo por su estructura flexible, amén de otras ventajas inherentes al mismo.

Su mayor atractivo ha consistido en conferir a las partes la oportunidad de iniciar un procedimiento de acuerdo con las necesidades de sus litigios y teniendo en cuenta una serie de factores como: la distancia geográfica, cultural y política entre las partes, la complejidad del bien o servicio controvertido, la claridad de la ley nacional aplicable; y la importancia de una resolución rápida de la controversia²².

En el ámbito internacional, frente al arbitraje administrado, la modalidad del arbitraje *ad hoc* se configura de forma expresa en cada caso concreto por las propias partes, o, de manera genérica, por las normas legales supletorias, si bien es cada vez más frecuente que se utilice un reglamento modelo no vinculado con ningún centro de arbitraje (v.gr., el Reglamento CNUDMI de 1976, revisado en 2010). Al carecerse en este caso de los servicios de una institución de apoyo, los actos de administración, gestión u organización del arbitraje forman parte del entramado de obligaciones del propio árbitro, por lo que dicha administración se vincula directamente a la actuación del árbitro y a ésta deberá responder cuando finalice su actuación.

Al lado del denominado arbitraje *ad hoc*, que tiene su propio ámbito de desempeño, han ido adquiriendo un protagonismo sucesivo las Cámaras de Comercio y otros centros especializados con reglamentos de arbitraje singularizados con el consiguiente encarecimiento de los servicios ofrecidos por la institución arbitral y la necesaria competencia entre centros de arbitraje. Existen razones poderosas para ello. En primer lugar, que en los Reglamentos de ciertos centros, por el momento no excesivamente numerosos, se ha condensado una larga experiencia de práctica arbitral; de ahí que, en función del prestigio ganado, unos desempeñen una amplia labor y otros se contenten, por el momento, con impartir cursos de formación de árbitros u otras actividades ajenas a la función arbitral propiamente dicha. En segundo lugar que, en ocasiones, dichos centros están en disposición de suministrar a los árbitros una cierta asistencia, en sentido muy amplio y, en algunos casos, un prestigio ganado tras una meritoria trayectoria profesional. Por último, no puede negarse que en el seno de determinados centros de arbitraje se irradia una determinada cultura arbitral particular que pretende generalizarse a través de modernos sistemas de comunicación, con los materiales que les aportan los abogados de las partes, con los informes y dictámenes de los expertos, y con el concurso de toda una serie de publicaciones y de cursos de formación.

Disponer de un centro de arbitraje para dirimir los conflictos, es apoyarse en una institución con soporte profesional y especializado, con una experiencia en la delicada tarea de selección de árbitros, contando para ello con un plantel de expertos para proceder a su designación. En segundo lugar, el centro proporcio-

²² DRAHOZAL, C.R., "Private Ordering and International Commercial Arbitration", *Penn. State L. Rev.*, vol. 113, n° 4, 2009, pp. 1031–1050.

na a las partes un cuerpo de normas procesales que regulan el proceso arbitral y un cálculo de costos y honorarios efectuados con criterios razonables fijados previamente. Precisamente una de las preocupaciones de los centros de arbitraje es la reducción de los costos, que obligan muchas veces a las partes a acudir a la financiación de terceros (*third-party funding*). Por último, los servicios administrativos procuran, entre otras cosas, la seguridad necesaria garantizando la buena marcha del proceso arbitral, pues por medio de ellos, se hacen las notificaciones, se consignan documentos y, en ocasiones, se organizan las audiencias.

Las instituciones dedicadas a la administración del arbitraje internacional se dividen entre aquellas cuyo ámbito de actividad está limitado a una actividad o a un territorio concreto y aquellas que poseen una vocación universal (v.gr., *American Arbitration Association*, Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, *London Court of International Arbitration*), o el Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo). Estas últimas ponen a disposición de los operadores jurídicos, sin una especialización o vinculación geográfica concreta, un reglamento de arbitraje aplicable a la generalidad de las controversias que puedan producirse; pese a contar con una denominación territorial precisa (v.gr., París o Londres), no se limitan a desarrollar actividades en lugar de su sede.

Dentro del prominente papel que desempeña la CCI en el desarrollo del Derecho de los negocios internacionales su Corte de Arbitraje ejerce también una función esencial en materia arreglo de controversias internacionales, manifiestamente en relación con el arbitraje comercial internacional. El peso del denominado “arbitraje CCI” trajo como consecuencia que los centros de arbitrajes españoles no cotasen con una actividad transnacional relevante hasta que el año 2020 se crease el Centro Internacional de Arbitraje de Madrid..

Las notas inherentes a los centros arbitrales son la permanencia, la habitualidad y la profesionalidad. No se crean para un arbitraje en particular y desarrollan sus funciones con un nivel de profesionalidad que debe proyectarse en el conocimiento de la normativa arbitral, tanto la emanada del propio centro como la del país donde desarrolla, prima facie, su actividad. Dicho conocimiento se proyecta directamente en la supervisión del convenio arbitral y en la actividad del árbitro en lo que concierne al procedimiento. El centro arbitral tiene la obligación ex lege de administrar diligentemente los arbitrajes previa verificación de su competencia, como requisito de procedibilidad, constituyendo tal actividad un deber inexcusable. La inadmisión de una solicitud de arbitraje sin justa causa puede ser susceptible de impugnación y de generar responsabilidad aquiliana por los eventuales daños causados. El centro arbitral no manifiesta si quiere administrar un arbitraje sino que, en caso de ser competente, habrá de administrarlo *ex lege*.

Procede directamente la utilidad de los centros de arbitraje de la experiencia adquirida en los Colegios de Abogados o en las propias Cámaras de Comercio y

en la confianza que dichas instituciones ejercen en los operadores de las transacciones mercantiles internacionales. El prestigio del árbitro o de los árbitros, que constituye la esencia del arbitraje ad hoc se desplaza por entero hacia el centro arbitral que deberá por ello de cuidar de manera escrupulosa su actuación para obtener el reconocimiento de sus cualidades por parte de los operadores jurídicos. Dentro de esta atención figura en un primer plano la individualización de todas las circunstancias identificadoras que se conozcan del centro arbitral a fin de evitar la ineficacia o la nulidad del convenio arbitral y una posible alteración unilateral de la voluntad de las partes. Más allá de la forma directa o indirecta con la que se designe al árbitro, en el arbitraje institucional el centro deberá tener muy en cuenta la presencia de una voluntad en las partes de encargar a éste de manera inequívoca la administración del arbitraje mediante una cláusula compromisoria. La práctica aconseja que esa voluntad inequívoca se extienda también a la admisión en su integridad de su reglamento. De ello se infiere que la administración del arbitraje es un elemento consustancial del arbitraje institucional.

En el arbitraje institucional se determina la participación de una entidad que administra y organiza el trámite y presta, a su vez, una serie de servicios para que la contienda sea resuelta con mayor eficacia; bien entendido que la cuestión litigiosa concreta es resuelta por árbitros escogidos, en principio, por las partes: la entidad se limita a prestar tareas de apoyo a las partes y a los árbitros, pero no participa en la decisión del caso. Habitualmente cuentan con listas de árbitros, un reglamento de procedimiento y diversos modelos de acuerdo arbitral, lo que facilita a las partes el sometimiento a arbitraje. Sus principales ventajas frente al arbitraje ad hoc estriban en que simplifica el contenido del convenio arbitral, lo que evita la propagación de las denominadas "cláusulas patológicas". Las instituciones arbitrales cuentan con reglas y procedimientos preestablecidos y perfeccionados con la experiencia, bastando la simple referencia al reglamento de la institución sin necesidad de que las partes deban acordar los detalles del procedimiento; en caso contrario, el convenio de arbitraje debe contener una serie de precisiones y algunos otros difíciles de prever al redactar la cláusula arbitral.

Al margen de cualquier tópico, el valor central y primario del arbitraje no es la rapidez, ni la economía, ni la privacidad, ni, incluso, su vocación de neutralidad, sino más bien la capacidad de los árbitros para adoptar decisiones esenciales ajustadas a las pretensiones de las partes. Precisamente la ventaja del arbitraje es que permite adaptar el procedimiento a cada caso particular para facilitar las actuaciones de las partes, reducir costes y alcanzar un resultado en un margen de tiempo razonable. Los intentos de abordar el costo y la duración de los procedimientos de arbitraje no deben socavar el valor de decisiones arbitrales sólidamente fundamentadas basadas en el derecho y en la justicia. Es cierto que los costos del procedimiento son elevados, comparados tanto con la complejidad del

litigio como con los ocasionados en procedimientos similares ante los tribunales estatales. Sin embargo, cuando una parte decide incoar un arbitraje eligiendo para ello al centro de arbitraje, a los árbitros y a los abogados, es obvio que quiere ganar el caso a partir de las ventajas que depara procedimiento y la equidad y justicia de su resultado, y en esta decisión las consideraciones relativas a los costes acostumbran a tener una importancia secundaria.

Uno de los retos a los que ha de responder la práctica del arbitraje es impedir la denominada judicialización del procedimiento arbitral, por un doble peligro. El de la incorporación al arbitraje de excepciones formales, incidentes, técnicas y procedimientos de la jurisdicción que ralentizan y complican el arbitraje; y el de la formulación de acciones, excepciones e incidentes, que determinan la interferencia del arbitraje con la jurisdicción, planteándose antes del procedimiento arbitral, o durante su curso, toda clase de cuestiones en sede jurisdiccional. Los referidos peligros de la contaminación del arbitraje y sus soluciones apuntan también, axiológicamente, a la conveniencia de preservar el arbitraje de ciertas prácticas o disfunciones que, a veces importadas de los procedimientos judiciales, amenazan con diluir su especificidad como sistema de resolución de conflictos haciéndole perder algunas de sus ventajas y razón de ser²³.

Por eso resulta esencial la acción de las entidades, administradores o promotoras del arbitraje, corrigiendo estas peligrosas derivaciones. Por un lado, diseñando reglamentos que, dentro de la flexibilidad inherente al arbitraje y respetando la capacidad de disposición de las partes y el papel de los árbitros, ofrezcan cauces procedimentales seguros que, adaptándose a los nuevos retos del arbitraje, regulen adecuadamente aspectos como la acumulación de arbitrajes, la producción documental o la bifurcación, y eviten u ordenen incidencias capaces de amenazar la estabilidad de este medio de resolución de conflictos. Por otro lado, promoviendo las mejores prácticas entre los árbitros y velando por la calidad de los laudos. Todo ello ya lo hacen, pero los problemas del arbitraje, y entre ellos el riesgo de contaminación judicial, son dinámicos y evolucionan de modo que también la respuesta institucional debe ser adaptativa. El arbitraje es confianza y si no hay confianza la institución muere esto es absolutamente ineludible: todo gira en torno al árbitro. Podemos tener unas instituciones fantásticas unos reglamentos estupendos pero si falla el árbitro tenemos un problema muy serio.

²³ FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., “Emancipación del arbitraje comercial internacional del proceso ante la jurisdicción estatal”, *L'arbitrato e i contratti internazionali nel terzo millennio. Studi in onore di Giorgio Bernini/Arbitration and International Contracts in the third Millennium. Essays in honor of Giorgio Bernini* (F. Marrella y N. Soldati dis.), Milán, Giuffrè, 2021, pp. 409-455

1.4. La gestión del arbitraje en España

Las instituciones arbitrales son las responsables de la buena gestión y administración del encargo recibido por las partes de arreglar su controversia, sin que pueda discutirse que entre sus obligaciones figura la de ofrecer a las partes los servicios de árbitros idóneos por su capacidad, por su profesionalidad y cualificación técnica y por su recto y correcto proceder. Las instituciones arbitrales que existentes en España realizan bien, en términos generales, sus funciones y cuentan con profesionales competentes. Se observa con nitidez una tendencia de estas instituciones por liderar las propuestas que van a innovar y transformar la reglamentación del arbitraje en los próximos años, pues el legislador les deja un amplio margen de libertad para definir sus estatutos y su reglamento, que no están sujetos a más límites que los derivados de las escasas normas de carácter imperativo insertas en la Ley de Arbitraje.

Desde la apertura de nuestro país hacia la creación de centros de arbitraje en 1988 proliferaron instituciones de este tipo vinculadas a las cámaras de comercio y a los colegios de abogados o creadas *ex novo* como entidades sin fines lucrativos. Pero los potenciales usuarios del arbitraje doméstico, esto es, aquel que involucra litigios entre particulares o empresas españolas, fueron pronunciándose por las que les parecieran las solventes y descartando otras. A pesar de que llegaron a sobrepasar el medio centenar, hoy solo son efectivas unas doce instituciones repartidas preferentemente entre Madrid, Barcelona Comunidad Valenciana y País Vasco.

Las principales Cortes de arbitraje españolas han realizado en los últimos años un destacable esfuerzo por incrementar la garantía de independencia e imparcialidad de los árbitros, incluso interviniendo, ellas mismas, en la apreciación de posibles circunstancias que pudiera atentar contra esta exigencia legal. Pero todos estos esfuerzos, traducidos en normas, criterios, recomendaciones o usos, no han sido suficientes y no habían logrado eliminar la desconfianza que la institución genera en un significativo sector del mundo jurídico y empresarial. Ha resultado esencial en la dirección apuntada la modificación efectuada en 2019 por el Club Español del Arbitraje del Código de Buenas Prácticas que elaborara en 2005 en el año 2005. Dicho Código define los estándares de comportamiento a los que deberían ajustarse todos los que intervienen en un arbitraje: instituciones, árbitros, abogados, peritos, financiadores. Unas recomendaciones orientadas en última instancia a reforzar la confianza de los usuarios en el arbitraje.

Aún sigue considerándose el arbitraje como una mera actividad procesal y es necesario que los abogados asuman que puede ser una mejor solución para sus clientes porque evita los costes y dilaciones de los pleitos y reduce la litigiosidad masiva que sufren nuestros tribunales. La buena administración de los tiempos y el ahorro en los costes han sido destacados con reiteración como las principales ventajas de los procedimientos de arbitraje, configurando un producto de enor-

me éxito para la solución de controversias. Existe una diversidad de alternativas que pueden incrementar, dependiendo del caso, la eficiencia en la gestión del procedimiento. Estas medidas suelen ser objeto de acuerdo entre las partes, o figurar como sugerencias al tribunal arbitral sobre la conducción del arbitraje. Generalmente están diseñadas para intentar reducir la duración del proceso, su complejidad y los gastos del arbitraje. Entre otras medidas, pueden considerarse limitaciones a la extensión de los escritos de las partes, a la exagerada solicitud de documentos, al número de escritos y de testigos, a la necesidad, o en su caso, duración de las audiencias, al uso de técnicas de control de tiempo en audiencias, a la conveniencia de conclusiones orales en vez de escritas, etc. Son muchos los intentos que la comunidad arbitral lleva realizando en los últimos años en esta dirección. Como proveedoras de servicios de administración de arbitrajes, la cuestión ha sido analizada por las instituciones y asociaciones arbitrales más relevantes, que han llegado a proponer diversas sugerencias y alternativas para reducir costes, entre las cuales se destacan sin lugar a dudas las diversas publicaciones de la Corte de Arbitraje de la CCI o las Reglas de Praga sobre la tramitación eficiente de los procedimientos en el arbitraje internacional, que fueron adoptadas el 14 de diciembre 2018 con el fin de intentar reducir los costes del arbitraje y de promover una intervención más activa del tribunal arbitral. Las nuevas tecnologías también contribuyen a agilizar y dotar de eficacia al procedimiento arbitral poniendo a su disposición soluciones tales como el sistema telemático de videoconferencia, que consiguen ahorrar tiempo y costes, evitando desplazamientos innecesarios, ya sea de testigos, peritos o del propio tribunal arbitral, a los efectos de deliberar, sin por ello sacrificar los principios de oralidad e inmediatez.

En España las empresas dedicadas a los negocios internacionales acostumbran a contar con los servicios de grandes firmas de abogados que hasta la fecha han acudido mayoritariamente al arbitraje de la Corte internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, que es una organización internacional no gubernamental que tiene su sede en París. En las últimas décadas el “modelo de arbitraje CCI” se ha impuesto en nuestro país los litigios donde uno de los litigantes es una empresa española. Como se ha indicado, dicho modelo no exige que el arbitraje se desarrolle en una determinada plaza, pero los abogados requieren que el lugar donde tenga su sede el arbitraje ofrezca una serie de garantías, esencialmente una ley adecuada, un sistema judicial que colabore con los árbitros, y un mecanismo de control de los laudos que se atenga a unos parámetros adecuados y alejados de la discrecionalidad del juez, expresada través de una concepción del orden público que dé lugar a la anulación de los laudos.

Por lo general el arbitraje CCI ha gozado del beneplácito de las grandes firmas de abogados españolas, integradas en el llamado Club Español del Arbitraje que ha manifestado al respecto dos preocupaciones: que España sea reconocida como sede de arbitrajes internacionales, con independencia de la institución que los administren y que los laudos tengan efectividad y no sean anulados de manera

caprichosa. Esta última preocupación se amplió en los últimos cinco años cuando la sede arbitral madrileña se puso en peligro por una doctrina emanada del Tribunal Superior de Justicia de Madrid donde, entre otros argumentos, el empleo del orden público procedió a anular laudos arbitrales de manera no ajustada a la práctica internacional. Afortunadamente esta situación ha sido superada por la doctrina trazada en cuatro decisiones del Tribunal Constitucional, que se inició con la Sentencia 46/2020, de 15 de julio. Dicha doctrina ha eliminado las preocupaciones de los prácticos del arbitraje internacional y ya no hay inconveniente alguno para que España sea sede de arbitrajes internacionales²⁴.

Con índices como los expuestos, el arbitraje en España tiene un brillante porvenir a partir de una actuación conjunta de todos sus operadores. En particular la consolidación del prestigio de las instituciones arbitrales, el respaldo judicial y la existencia de un procedimiento con plenas garantías y bajo costes para sus usuarios.

Despejada la cuestión de Madrid, como sede de arbitrajes internacionales, quedaba pendiente otra cuestión por resolver. Por qué seguir con la dependencia del arbitraje administrado por instituciones internacionales, señaladamente la CCI, y no crear una institución genuinamente española que pudiera encargarse de este menester y administrar arbitrajes en español y en portugués con una especial proyección en la comunidad iberoamericana. Con muestras de gran realismo, las tres Cortes de arbitraje más importantes de Madrid (la Corte de Arbitraje de Madrid, la Corte Civil y Mercantil de Arbitraje y la Corte Española de Arbitraje), junto con la Corte de Arbitraje del Colegio de Abogados de Madrid, como socio estratégico, crearon hace un año la Corte Internacional de Arbitraje de Madrid dedicada exclusivamente al arbitraje internacional reservándose las instituciones convergentes la administración del arbitraje interno. Esta nueva institución está llamada a competir en buena lid con otras Cortes internacionales que hasta la fecha han resuelto las controversias suscitadas por las empresas españolas. De ello se ocupa la siguiente ponencia.

2. CIAM: UNA BUENA NOTICIA QUE NOS TRAJÓ 2020²⁵

2.1. Introducción

Como regla general, el 2020 no pasará a la historia como un año para recordar. El impacto de la pandemia COVID-19 ha sido, y aún es, tan terrible que todos asociaremos este *annus horribilis* con desgracias sin límite.

²⁴ Vid. la obra colectiva preparada por 42 juristas especializados en arbitraje y coordinada por J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, *El proceso arbitral en España a la luz de la doctrina del Tribunal Constitucional*, Madrid, Wolters Kluwer, 2021.

²⁵ Por José Antonio CAÍNZOS FERNÁNDEZ.

Sin embargo, cuando se desciende a la vida de las personas concretas hay quien guardará una imagen mejor por diferentes razones (habrá tenido un hijo, se habrá casado, habrá encontrado un trabajo o, simplemente, habrá disfrutado un poco más de su familia, quizá de la naturaleza, y habrá adquirido nuevas habilidades que le habrán incorporado de golpe a este agitado siglo XXI que avanza a velocidad vertiginosa en cuanto a cambios se refiere). Lo mismo puede decirse de las instituciones, de las profesiones o de los países.

Para el arbitraje y la mediación el año 2020 fue un buen año. En concreto para el desarrollo de esas dos instituciones en España, fue un año importante.

Creo que el arbitraje en España tiene tres grandes hitos. El primero es la Ley 60/2.003, de Arbitraje, que incorporó a nuestro país al grupo de los estados que siguen el esquema de la Ley Modelo CNUDMI de Arbitraje y, por ello, nos permitió dar un salto de gigante en la consideración de país homologable internacionalmente. El segundo fue la creación en 2.005 del Club Español del Arbitraje, el CEA, y de sus Capítulos Internacionales, una asociación de estudio y fomento del arbitraje, que ha aglutinado a expertos de más de cuarenta países y que ha permitido incorporar y formar a practicantes de muy diversas procedencias, no sólo geográficas, a este entorno profesional, siendo hoy la asociación más importante a nivel internacional en lengua española.

El tercero es la creación del Centro Internacional de Arbitraje de Madrid (CIAM), hecho ocurrido a finales de 2019, pero que más bien puede asociarse al 2020 en la medida en que la fecha de inicio de las actividades de CIAM fue el 1 de enero de 2020. Con la creación de la primera corte española de arbitraje dedicada exclusivamente al arbitraje internacional y su vocación de, entre otros objetivos, promover a España como sede de arbitrajes internacionales, nuestro país ha pasado a contar con todos los elementos necesarios para integrarse en la primera división de los estados que son referencia en el arbitraje internacional.

2.2. ¿Cómo nació CIAM?

Tras la aprobación de la Ley española de arbitraje de 1988, se produjo la aparición de numerosas cortes de arbitraje que, radicadas en diferentes ciudades españolas, aspiraban a nutrirse de los conflictos que empresas y ciudadanos previsiblemente resolverían por este método de resolución de disputas con tanto predicamento fuera de España y tanto soporte en nuestra tradición legal y hasta constitucional, pero con tan escasa presencia en el pasado más inmediato.

Tres fueron las Cortes que, inspiradas por la intención del legislador de 2003 que declaraba en la Exposición de Motivos de la Ley 60/2003 que esta ley “facilitará y aún impulsará que se pacten convenios arbitrales en los que se establezcan nuestro país como lugar del arbitraje”, intentaron abrir un hueco en el extrema-

damente competitivo mercado del arbitraje internacional, la Corte Española de Arbitraje (la CEA), la Corte Civil y Mercantil de Arbitraje (la CIMA) y la Corte de Arbitraje de Madrid (la CAM). Sus meritorios intentos de entrar en el muy reducido círculo de las cortes con éxito en ese mercado se encontraron con las naturales limitaciones derivadas de que tres instituciones españolas intentaran, en paralelo y en abierta competencia entre sí, convencer a los operadores económicos de otros países sobre las ventajas de confiar en una institución arbitral madrileña – las tres tienen su sede en la capital de España–.

El Club Español del Arbitraje (el CEA) ha animado desde sus orígenes a que estas cortes aunaran sus fuerzas e impulsaran un proyecto común que evitara las distorsiones que la situación descrita planteaba y permitiera presentar a España como candidata a sede de arbitrajes internacionales. Con tal fin se creó la “Comisión para promover España como sede de arbitraje internacional” que produjo a principios de 2019 un excelente Informe²⁶ que fue aprobado por el CEA en marzo de 2019. Entre las Conclusiones de ese Informe se incluían las siguientes:

“2. Desde el punto de vista del parámetro ‘Institución Arbitral Española de referencia’ la Comisión constata que, en la actualidad, no contamos con una Corte Española de referencia de estas características en el ámbito del arbitraje internacional. Y este es otro requisito que la Comisión considera imprescindible para poder ocupar una posición relevante en el ámbito del arbitraje internacional.

Esta situación, la carencia de una Corte Española de referencia, implica un gran lastre para que nuestro país sea sede de arbitraje internacional por un doble motivo:

i) No disponer de una institución arbitral de referencia impide que los arbitrajes internacionales que potencialmente quieran fijar su sede en nuestro país encuentren acomodo en España. La Corte Española de referencia debería ser la receptora natural de los arbitrajes internacionales que fijen su sede en España.

ii) Carecer de una institución arbitral de referencia implica que el papel de liderazgo, especialmente en el ámbito de promoción, en relación con diversos aspectos relacionados con el arbitraje internacional, esté vacío.

La Comisión considera como cuestión urgente disponer de la Corte Española de referencia y ve con enorme expectación el proyecto de fusión, en el ámbito del arbitraje internacional, de las tres principales instituciones arbitrales españolas, probable embrión de la citada Corte de referencia”.

Y es que, como explica Juan Serrada²⁷, el 18 de diciembre de 2017 se firmó un documento (MOU) por el que las tres cortes madrileñas manifestaron su “con-

²⁶ Informe de la Comisión para promover España como sede de arbitraje internacional, marzo 2019, https://www.clubarbitraje.com/wp-content/uploads/2019/08/Informe-Espa%C3%B1a-como-sede-de-Arbitraje_v.f..pdf.

²⁷ SERRADA HIERRO, J., “Constitución del Centro Internacional de Arbitraje de Madrid”. *Anuario de Arbitraje* 2020.

vencimiento de que el liderazgo de España como sede de arbitrajes internacionales y, en particular, de aquellos con un componente iberoamericano se vería reforzado si las instituciones arbitrales españolas actuaran de la forma más unificada posible, con arreglo a pautas y criterios uniformes y bajo una única marca “.

En ese mismo documento, sus firmantes declararon que “los puntos de los que se partía y que habían de ser tenidos en cuenta para conseguir la integración pretendida eran, de forma resumida, los siguientes:

1. En principio, y como no podía ser de otra manera, la nueva Corte se orientaba a los arbitrajes de carácter internacional que tuvieran su origen en convenios arbitrales suscritos con posterioridad a la fecha en que se lograra el acuerdo vinculante, en firme, relativo a la efectiva puesta en marcha del proyecto.
2. Se estudiarían las formas para una posible integración de otras Cortes de Arbitraje.
3. En la denominación del nuevo Centro habría de incluirse el nombre de Madrid.
4. En el proceso de integración se habrían de tomar en consideración el fondo de comercio de cada una de las Cortes negociadoras (entendido como la realidad de la práctica en materia de arbitraje internacional en el momento de la creación del nuevo Centro), así como sus buenas prácticas y los activos destinados a la actividad internacional.
5. Se esbozaban los órganos de gobierno a futuro y se establecía la necesidad de que el nuevo Centro habría de contar con Estatutos, Reglamento y Aranceles propios.
6. Se establecía expresamente el principio de confidencialidad, en cuanto al contenido y desarrollo de las negociaciones.
7. Todo proceso de integración de entidades (y también actividades) requiere esfuerzo e imaginación, por parte de sus promotores, siendo necesario analizar una gran cantidad de datos, a fin de encontrar la fórmula idónea que permita alcanzar el fin pretendido.

2.3. La creación de CIAM y sus primeros pasos

El fruto de estos trabajos y de las generosas concesiones que las tres cortes madrileñas hicieron para conseguir la tan esperada “corte española de referencia” en el ámbito internacional fue la creación de la Asociación para el Arbitraje Internacional en Madrid (la Asociación), persona jurídica en cuyo seno se tenía que crear, como así ocurrió, el Centro Internacional de Arbitraje de Madrid (CIAM). El Consejo de Gobierno de la Asociación nombró a los miembros del Pleno²⁸ de CIAM en el que están representadas las tres Cortes fundadoras, la Corte del ICAM

²⁸ José Antonio Caínzos; Elena Otero–Novas; Urquiola De Palacio; Juan Serrada; Adolfo Díaz–Ambrona; D. Dámaso Riaño; Francisco Ruiz; José María Alonso; Begoña Castro; Josef Fröhlingsdorf; Giulio Palermo; Pilar Perales; Julio César Rivera.

a la que se le dio la condición de socio estratégico, y personalidades nacionales e internacionales del mundo del arbitraje de América y Europa, con experiencia y formación diversa como árbitros, abogados en despachos de muy diferentes características, abogados de empresa y líderes en el mundo académico.

En su primera sesión del Pleno celebrada el 15 de octubre de 2019 se eligió Presidente, cargo que tiene el honor de ocupar el autor de este artículo. El objetivo que se fijó ese día era que CIAM estuviera en funcionamiento el 1 de enero de 2020. Así se hizo. En el Pleno celebrado el 29 de noviembre de 2019, se decidió, tras un proceso abierto en el que participaron candidatos de diez países, el nombramiento como Secretaria General de la abogada y árbitro ecuato-canadiense Melanie Riofrío.

En ese mismo Pleno se decidió el nombramiento del Comité de Designación de Árbitros formado por juristas expertos en arbitraje²⁹ con enorme experiencia en este terreno, presidido por el Presidente del Centro.

Un elemento de singular importancia para la puesta en funcionamiento del CIAM era la aprobación de su Reglamento. La muy reciente aprobación en junio de 2019 del Código de Buenas Prácticas del CEA que incluía un Reglamento Modelo en el que se recogían los más recientes y elevados estándares de la práctica internacional de los centros de arbitraje con mayor prestigio y presencia en ese mercado, facilitó la tarea, pues parecía más que conveniente convertir ese Reglamento Modelo en el Reglamento del CIAM con algunas adaptaciones a la singularidades del nuevo Centro y con los naturales cambios que todo texto jurídico experimenta en una nueva lectura.

Un Reglamento, que junto con los demás instrumentos jurídicos (Estatutos, Reglas de designación de árbitros, Aranceles) proporciona todos los elementos necesarios para asegurar que el cliente sea el centro de la atención de la corte, garantiza la independencia, eficiencia y transparencia, y revela la vocación de eliminar costes innecesarios.

El Reglamento contiene disposiciones que, sobre la base del respeto a la voluntad de las partes, regulan, entre otras muchas singularidades, el procedimiento abreviado para asuntos con una cuantía de menos de un millón de euros, la figura del árbitro de emergencia, las medidas cautelares, la posibilidad de que las partes establezcan un mecanismo de revisión arbitral adicional a la anulación que regula la Ley de arbitraje, que es la impugnación opcional del laudo, y el escrutinio previo del laudo.

²⁹ José Antonio Caínzos; Juan Fernández Armesto; Mercedes Fernández; José Miguel Júdece y Eloy Anzola.

La corte cuenta con un sistema de designación de árbitros sumamente garantista que respeta la voluntad de las partes –no existe lista de árbitros– a la vez que convierte a la independencia en piedra angular de todo el sistema. El escrutinio final es el instrumento para comprobar la calidad de los laudos.

La ley aplicable al fondo de la cuestión será la elegida por las partes.

La sede del arbitraje podrá ser cualquier lugar del mundo. En Madrid el CIAM dispone de cuatro localizaciones para la realización de audiencias en distintas zonas de esta ciudad.

El 1 de enero de 2020 el CIAM, en su sede madrileña, estaba en condiciones de administrar los casos internacionales – único objeto de esta corte – que fueran llegando. Como es obvio que una institución nueva necesita años para poder generar cosas que nazcan sujetas a la cláusula arbitral de la nueva corte, los fundadores tomaron una serie de decisiones que comunicaron a todos los interesados:

“El CIAM administrará únicamente arbitrajes que tengan carácter internacional, de acuerdo con lo previsto en el art. 3 de la Ley 60/2003 de Arbitraje. El CIAM no administrará por tanto arbitrajes domésticos.

Serán administrados por el CIAM los arbitrajes internacionales derivados de: (i) convenios de arbitraje que señalen al CIAM como institución administradora; y (ii) convenios arbitrales que señalen a cualquiera de las cuatro entidades impulsoras –y entre ellas, la Corte de Arbitraje de Madrid– como institución administradora, siempre que se suscriban a partir del 01.01.2020. Esas cuatro entidades modificarán sus Reglamentos a lo largo de las próximas semanas para incorporar esta cláusula de reenvío al CIAM.

Así pues, se informa a los usuarios de la Corte de Arbitraje de Madrid³⁰ de que si suscriben un convenio arbitral sometiéndose a esta institución a partir del 01.01.2020, y de él se deriva un arbitraje internacional, ese arbitraje no será administrado por la Corte de Arbitraje de Madrid sino por el CIAM.

Los casos internacionales derivados de convenios arbitrales que señalen a cualquiera de las cuatro entidades impulsoras –y entre ellas, la Corte de Arbitraje de Madrid– como institución administradora, suscritos antes del 01.01.2020, se administrarán inicialmente por la entidad impulsora de que se trate. No obstante, se invitará a las partes a que consideren trasladar el caso al CIAM y si hay acuerdo para ese traslado, lo administrará el CIAM. A estos efectos, las partes recibirán la información necesaria para valorar la posibilidad de someterse de mutuo acuerdo al CIAM.

Los casos internacionales actualmente en tramitación por cualquiera de las cuatro entidades impulsoras –y entre ellas, la Corte de Arbitraje de Madrid– seguirán siendo administrados por la entidad de que se trate hasta su conclusión, sin ningún cambio”.

³⁰ <http://arbitramadrid.com/documents/20181/22826/CIAM.+Nota+que+acompa%C3%B1a+el+banner.pdf/fc7a0827-0607-4ae6-9ac0-2be2ac762259>.

La experiencia de las cortes fundadoras en la administración de casos internacionales permite a CIAM nacer con el saber hacer que proporcionaron más de 200 casos administrados.

El equipo humano, integrado por tres vicesecretarios y personal experto en tramitación de casos internacionales procedente de las cortes fundadoras, estaba preparado en la fecha señalada. Ese equipo está capacitado para administrar casos en español, portugués, inglés y francés.

Explicadas las razones por las que nació CIAM y cuáles fueron sus primeros pasos, vamos a aportar alguna información adicional sobre el trabajo que se ha desarrollado en el primer año de funcionamiento.

2.4. ¿Qué más ha hecho en CIAM en el 2020?

2.4.1. *La incorporación del Servicio de Mediación Internacional: una nueva herramienta para tiempos de crisis*

En primer lugar, ampliamos el objeto de CIAM, que había nacido exclusivamente como corte de arbitraje. La aparición de la pandemia nos hizo pensar que los usuarios necesitarían de un sistema de resolución de conflictos rápido, barato y basado en el acuerdo de las partes. De esa convicción surgió la creación del Servicio de Mediación Internacional. Al igual que en el caso del arbitraje, los casos de mediación en que interviene CIAM son los de carácter internacional. Este servicio se puso en marcha, previo acuerdo de las Cortes fundadoras de CIAM a tal efecto, con su correspondiente Comisión de Designación de Mediadores, formada por siete extraordinarios profesionales de tres continentes y con distintas áreas de especialización³¹. El Servicio de Mediación dispone de su propio Reglamento y aranceles, así como equipo de letrados.

Con esta medida, CIAM demostró su capacidad de reacción y adaptación inmediata a las necesidades de los actores económicos y que uno de sus valores esenciales, la vocación de servicio a los usuarios, es mucho más que un elemento inspirador, es una realidad viva.

2.4.2. *La Comisión de Examen Previo de laudos: la arquitectura institucional de CIAM concluida*

El art. 47 del Reglamento de CIAM establece que el Centro realizará un examen previo del laudo antes de que el tribunal lo emita. El Pleno del Centro aprobó

³¹ Javier Fernández-Samaniego, Presidente, Andrea Maia, Vicepresidenta, Aloysius Goh, James South, Jane Player, Paulino Fajardo, Ximena Bustamante.

un sistema que busca ofrecer la máxima garantía de calidad a los usuarios. Para ello, ese examen se asume, de una parte, por el equipo de la Secretaría General, y, por otra, por una Comisión de expertos constituida al efecto. La citada Comisión está formada por veinticuatro profesionales de reconocido prestigio provenientes de América y Europa, con una amplia diversidad de procedencias, experiencias, culturas jurídicas y especialidades³². Los miembros de la Comisión trabajarán en grupos de tres personas y su tarea consistirá en asegurar que el laudo tenga los adecuados niveles de calidad en la motivación y coherencia con las pretensiones de las partes, de tal forma que su ejecución resulte más segura. Sus integrantes cubren el examen de los laudos en los cuatro idiomas de trabajo de CIAM: español, portugués, inglés y francés.

2.4.3. La Comisión de Arbitraje Internacional

Desde el primer momento, CIAM nació enfocado en el arbitraje internacional porque sus Cortes fundadoras continúan administrando casos de arbitraje nacional.

Los Reglamentos de estas Cortes establecieron un sistema de reenvío de doble faz. En el caso de los arbitrajes de carácter internacional nacidos de cláusulas arbitrales anteriores a 1 de enero de 2020 —recordemos que CIAM inició su actividad en esa fecha—, las Cortes plantean a las partes si quieren que la administración de su caso pase a CIAM y, en caso de respuesta afirmativa, así se hace (este es el sistema de *opt-in*). De no haber consenso al efecto, lo administra la Corte a la que las partes se sometieron en el convenio arbitral. En los arbitrajes internacionales surgidos de cláusulas posteriores al 1 de enero de 2020, el reenvío es automático, es decir, la administración corresponde a CIAM sin necesidad de que las partes lo autoricen expresamente.

Se planteaba, pues, la cuestión clave de qué se entiende por arbitraje internacional. La Ley Modelo CNUDMI y la Ley española de Arbitraje contienen previsiones al respecto, pero hay casos que pueden no ser tan claros. En todo caso, CIAM estaba interesada en aplicar los estándares internacionales al respecto. Estas razones condujeron al nombramiento de una Comisión de quince expertos³³ procedentes, una vez más, de varios continentes, a la que se pidió que definiera

³² Antonio Hierro, Calvin Hamilton, Caroline Richard, Cecilia Azar, Clifford Hendel, Cristian Conejero, David Cairns, Dyalá Jiménez, Eduardo Silva Romero, Fabian von Schlabrendorff, Ina Popova, Jean Marguerat, José Daniel Amado, José Rosell, Juan Antonio Cremades, Luis Alfredo Araque, Maria Beatriz Burghetto, Maria Claudia Procopiak, Massimo Coccia, Niuscha Bassiri, Paul Arrighi, Sabina Sacco, Sofia Martins, Stephan Adell.

³³ Gabrielle Kaufmann-Kohler, Presidenta, Alfredo Bullard, Vicepresidente, Sofia de Sampaio Jalles, Aníbal Sabater, Diana Correa, Francisco González de Cossío, Ignacio

el alcance de la expresión “arbitraje internacional” a los efectos de la delimitación del ámbito objetivo de actuación de CIAM en relación con los casos que siguen administrando sus Cortes fundadoras. Cuando se disponga del resultado del trabajo de esta Comisión, se hará público a través de la página web de CIAM.

2.4.4. *El acto de presentación de CIAM: apoyo unánime y una gran noticia en rigurosa primicia*

Las desgraciadas circunstancias de la aparición de la pandemia que todavía hoy padecemos, hicieron imposible la celebración del acto de presentación oficial del CIAM que iba a haber tenido lugar en el Patio de Cristal del Ayuntamiento de Madrid. Afortunadamente los medios telemáticos nos permitieron comparecer ante todos los interesados en conocer esta nueva institución en un acto virtual que congregó a más de mil personas de cuarenta y un países de cuatro continentes. El evento contó con la presencia de importantes autoridades (el Presidente del Tribunal Constitucional, el Presidente del Tribunal Supremo, el Consejero de Economía y Empleo de la Comunidad de Madrid, el Alcalde de Madrid, los representantes de las instituciones fundadoras (el Presidente de la Cámara de España, el Presidente de la Cámara de Madrid y el Presidente de CIMA) y del socio estratégico (el Decano del ICAM), así como el Presidente y la Secretaria General de CIAM. El broche de oro lo pusieron unas palabras de SM El Rey Felipe VI pronunciadas en un acto cameral reciente en las que manifestó su convencimiento de que CIAM se convertiría en un referente internacional. En este acto se presentó el vídeo corporativo de CIAM.

Esta presentación tuvo una sorpresa inesperada y muy bien recibida. En ella, el Presidente del Tribunal Constitucional, además de mostrar el apoyo del mundo jurídico español al arbitraje –como también lo hizo el Presidente del Tribunal Supremo en referencia al poder judicial–, anunció una sentencia largamente esperada que acababa de dictar el más alto intérprete en materia constitucional. Me refiero a la sentencia n.º 46/2020, de 15 de junio, que supone un rotundo respaldo al arbitraje por parte de esta institución, que es la encargada de resolver en el sistema español los recursos contra las sentencias de anulación de laudos que dictan los Tribunales Superiores de Justicia. En la sentencia se reitera la doctrina constitucional sobre las limitaciones de la anulación a las cuestiones de forma y la imposibilidad de que se utilice el concepto del orden público para entrar en la revisión del fondo de los laudos. Con esta acertadísima y oportuna sentencia se acentúa la seguridad jurídica y se pone de manifiesto la idoneidad de España para

ser sede de arbitrajes³⁴. La aún más reciente sentencia del propio Tribunal Constitucional de 15 de febrero de 2021 confirma la anterior, consolida su doctrina y clarifica de manera rotunda los límites de la acción de anulación.

A partir de ese acto se intensificó la campaña de difusión de CIAM, normalmente por medios telemáticos, por las limitaciones que la situación sanitaria ha seguido imponiendo durante todo el año 2020, a través de presentaciones en administraciones, despachos de abogados de diferentes países, congresos, cursos y seminarios, universidades, asociaciones vinculadas al ámbito jurídico y centros de debate y formación de muy diversa naturaleza. También se ha hecho un esfuerzo de presencia en los medios de comunicación general, económica, legal y especializada en arbitraje. Y, aún más importante, en empresas y organizaciones empresariales.

2.4.5. Los primeros casos: un equipo experto, un Reglamento vanguardista, una tecnología puntera y la diversidad como elemento distintivo

A pesar de que la dinámica de las cláusulas arbitrales hace que una nueva corte normalmente tarde un tiempo considerable en recibir sus primeros casos, el sistema de reenvío desde las Cortes fundadoras ha permitido que CIAM haya recibido sus primeros casos en el año 2020. La tramitación de casos por el Centro era la gran oportunidad que todos esperábamos, pero imponía la obligación de demostrar que todo funcionaba en ese atípico 2020 de la pandemia.

En primer lugar, el equipo humano estuvo a la altura. CIAM tiene una característica singular: siendo una institución recién nacida, no carece de experiencia y, por tanto, no debe haber temor a quedar en manos inexpertas. La razón no es otra que disfrutar de un equipo formado por las Cortes fundadoras durante los años que ellas mismas habían administrado casos internacionales. Los profesionales que integran ese equipo humano, bajo la dirección de la Secretaria General, han asumido plenamente las novedades de CIAM y están ya ofreciendo su dedicación y buen hacer a los casos de la nueva corte.

El Reglamento que el Pleno de CIAM había aprobado a finales de 2019 y que, en su gran mayoría, es reflejo del Reglamento Modelo que el Club Español del Arbitraje (CEA) había ofrecido a la comunidad arbitral en junio de aquel año, ha demostrado ser un cauce adecuado para la tramitación de los procedimientos en curso. Recordemos que este Reglamento, al que ya se han referido en términos

³⁴ Resulta especialmente interesante el artículo del profesor HINOJOSA SEGOVIA, R., “El Tribunal Constitucional delimita el concepto de “orden público” en la anulación de los laudos arbitrales”, en *Notario del Siglo XXI*, nº 94, noviembre–diciembre 2020.

elogiosos profesionales de muy diversos ámbitos³⁵, incorpora todos los elementos para poder decir que está a la vanguardia internacional.

Está previsto, no obstante, que, en el curso del año 2021, es decir, cuando exista experiencia suficiente sobre el funcionamiento del Reglamento, se proceda a su evaluación y, en su caso, revisión. CIAM tiene una decidida voluntad de mantenerse en esa primera línea de excelencia e innovación y por ello sigue con el máximo interés las modificaciones reglamentarias que se vienen haciendo por otras instituciones de reconocido prestigio. Las que hemos visto en los últimos meses han acreditado el acierto del Reglamento vigente en CIAM en la medida que, en algún caso, han incorporado a esas cortes herramientas que ya estaban incluidas en nuestro Reglamento.

El otro factor necesario para que el desarrollo de los casos se lleve a cabo con satisfacción para los usuarios es el tecnológico. CIAM dispone de sistemas pioneros, de los que pocas instituciones pueden preciarse de haberse dotado, que aportan grandes ventajas a todos los que tiene relación con los procedimientos. El primero es que se pueden tramitar sin papel, un avance ineludible en esta década del siglo XXI que, además, enlaza con otro de los valores de CIAM: promover la sostenibilidad. CIAM ha suscrito en 2020 el *Green Pledge*, una iniciativa que fomenta la reducción de la huella de carbono del arbitraje internacional. Adicionalmente, los sistemas permiten el acceso directo de las partes y árbitros, debidamente autorizados, al expediente con el que se relacionan, de tal forma que se combinan perfectamente la confidencialidad con la eficiencia. Para una mayor facilidad de uso, CIAM ha elaborado una Guía del usuario que está disponible en su página web.

CIAM también reaccionó con velocidad a las necesidades que imponía la crisis sanitaria global. Desde el primer momento se dispuso de medios para la celebración de audiencias virtuales, una herramienta imprescindible en los tiempos que vivimos y que ha permitido que, en el mundo arbitral, a diferencia de lo que ha ocurrido en otros ámbitos, el reloj no se haya parado nunca. Esas vistas, que hoy ya forman parte de nuestra realidad cotidiana, exigen unos medios y una preparación de la que no todos los practicantes del arbitraje disponen. Por ello, CIAM pone a disposición de los usuarios una persona encargada de ayudar en su buena marcha en lo que a medios tecnológicos respecta.

Estos casos han dado lugar a las primeras actuaciones en relación con la búsqueda de los árbitros adecuados, entre ellos, la intervención de nuestra Comisión de Designación de Árbitros. CIAM ha elaborado unas "Reglas para designación

³⁵ <https://www.expansion.com/juridico/opinion/2020/05/08/5eb450bfe5f-deaaa648b45de.html>; <https://www.expansion.com/juridico/opinion/2020/12/11/5fd26db4468aeb754f8b4625.html>.

y confirmación de árbitros” que incluyen los criterios que el Centro toma como referencia. Entre ellos se incluye “la fecha de última designación, edad, género, o la conveniencia de involucrar a nuevos profesionales en la actividad arbitral del Centro”. En materia de diversidad de género, CIAM suscribió el *Equal Representation in Arbitration (ERA) Pledge* que vela por mejorar el perfil y la representación de las mujeres en el arbitraje y designar a mujeres como árbitros en igualdad de oportunidades³⁶.

2.4.6. La colaboración con otras instituciones de ámbito internacional

CIAM es una institución abierta a la colaboración con todas las instituciones interesadas en el arbitraje y la mediación.

Son muchos los ejemplos de esta vocación de trabajo compartido con instituciones de prestigio. Uno de los primeros fue el Acuerdo de Colaboración con el Instituto de Empresa (IE). La implantación internacional y el prestigio del IE están fuera de toda duda y su interés por CIAM fue inmediato. La excelente relación con este gran ejemplo de institución académica española de éxito global ha hecho posible la ayuda de expertos del IE en el estudio de instituciones arbitrales de diferentes geografías a varios efectos, la organización de un programa de formación de becarios del IE Universidad y de los cursos de postgrado en CIAM o la presentación de nuestro Centro en un acto especial a la Asociación de Antiguos Alumnos del IE.

Otra institución con la que la relación ha sido fructífera desde el primer momento es la Universidad Carlos III de Madrid. Esta institución, de decidida proyección internacional, también colabora con CIAM en diferentes frentes. Uno de sus emblemas es el *Moot Madrid*. Pues bien, en la edición del 2021 el Reglamento del caso de estudio de esta competición es el de CIAM, lo que permitirá su amplia difusión en muchos países, especialmente los latinoamericanos. También contamos con un programa de formación de becarios de esta Universidad³⁷.

ESADE es otra institución que ya colabora con CIAM. Estamos convencidos de que habrá otros centros universitarios de excelencia que seguirán el ejemplo de los ya citados.

En el plano internacional se ha suscrito recientemente un Acuerdo de Colaboración con el *Hong Kong International Arbitration Center* (HKIAC). Este centro de

³⁶ <https://madridarb.com/wp-content/uploads/2020/09/Formulario-arbitros-CIAM-espan%CC%83ol.pdf>.

³⁷ Es obligado agradecer el continuo apoyo de la profesora Pilar Perales, miembro del Pleno de CIAM, en la consecución de un marco permanente de colaboración entre esta Universidad y el CIAM.

arbitraje asiático no solo es uno de los mejores en su región de origen, sino que está considerado como uno de los más prestigiosos del mundo. Pronto veremos los frutos iniciales de este Acuerdo que marca la pauta que vamos a seguir. Durante el 2020 se contactó con las más importantes Cortes de Arbitraje con base en Asia y Europa para estrechar lazos. Estamos convencidos de que colaborar con los mejores nos hará mejores a quienes trabajamos en CIAM, pero, además, permitirá dar a conocer a nuestra institución en otras regiones y redundará en beneficio del arbitraje de excelencia que es en el que CIAM se sitúa desde su nacimiento, como también proclama otro de nuestros valores. Las actuaciones conjuntas, en cualquiera de sus formatos, *webinars*, publicaciones, programas de formación y el intercambio de experiencias, permitirán demostrar al mercado que las instituciones más serias, aunque sean competidoras, tienen más elementos en común que diferencias porque todas ellas quieren hacer del arbitraje una buena opción para quienes tiene conflictos que resolver. En el mes de marzo de 2021 han tenido lugar los dos primeros seminarios que acreditan esa colaboración, uno con HKIAC y otro con la Corte Permanente de Arbitraje de la Haya.

En 2021 se dio el salto a América ampliando la colaboración a las instituciones de ese continente, que tanto tienen en común con CIAM, empezando por el idioma.

Junto a este tipo de colaboración más formales, CIAM también ha sido activo en ofrecer su opinión a instituciones como la ICCA o la IBA cuando se nos ha requerido.

2.4.7. La preocupación por la transparencia: la página web

Una de las preocupaciones de CIAM desde el primer minuto ha sido que la transparencia sea uno de sus signos distintivos. Hay muchas maneras de hacer realidad este deseo, pero, en los tiempos que vivimos, probablemente, la más efectiva es contar con una buena página web que dé cuenta de lo que es CIAM, de lo que hace, de cómo se financia, de quiénes son los árbitros que intervienen en sus procedimientos y quién los designa, por citar algunos ejemplos³⁸.

La página web de CIAM quiere ser ese instrumento de transparencia: abierto, completo y actualizado. Por poner un ejemplo: en ella se puede encontrar información al uso como son los aranceles y un calculador, pero también hay datos que no se encuentran en otras cortes como es la guía que explica el otro elemento fundamental para calcular los costes del arbitraje, cómo se calcula la cuantía a la que se aplican esos aranceles.

³⁸ <https://madridarb.com>.

El propósito que ha guiado la preparación de esta fuente de información es hacer asequible al usuario o al potencialmente interesado toda la información disponible sobre los datos básicos que se necesitan para tomar la decisión de acudir a una corte: quiénes la componen, cuáles son sus reglas de funcionamiento, cuánto cuestan sus servicios y los del tribunal arbitral, qué árbitros son designados y por quién, cuánto duran sus procedimientos, cuál es la calidad de sus laudos. La información que depende de CIAM se está volcando en la página web. La que depende de terceros, seguirá el mismo camino si esos terceros lo consienten. En este sentido CIAM se declara partidaria de la publicación de los laudos, pero no puede imponerla porque respeta la confidencialidad que las partes quieran darles.

Las diferentes guías que se han elaborado hasta la fecha se han incluido automáticamente en la página web. Nuestra intención es seguir produciéndolas y seguir publicándolas.

2.4.8. *Un objetivo prioritario: oír a las empresas*

Aunque en el arbitraje participan tanto personas físicas como jurídicas, en el arbitraje internacional la inmensa mayoría de los actores que intervienen en él, son empresas. Los centros de arbitraje compiten porque esos agentes económicos los elijan para la resolución de sus conflictos, pero, como regla general, les han escuchado poco. CIAM quiere cambiar esa tendencia. A tal fin CIAM ha promovido la creación de Grupos de Trabajo sectoriales en los que participen, fundamentalmente, las empresas de un determinado sector de la economía. A ellos se han unido abogados y árbitros con dilatada experiencia en ese ámbito económico. El objetivo de estos foros es contar con las opiniones, inquietudes, sugerencias y propuestas de los usuarios del arbitraje y la mediación para que CIAM pueda adaptarse a sus necesidades y ofrecerles los servicios que demandan.

A finales de año se habían formado cuatro grupos de trabajo: el de construcción e ingeniería, el de energía, el de marítimo (en colaboración con la Asociación Española de Derecho Marítimo) y el de turismo e inmobiliario. Las reuniones constitutivas celebradas hasta la fecha son prometedoras. La inmensa mayoría de las empresas invitadas a participar en los grupos de trabajo han aceptado la invitación y han reconocido la oportunidad de la cita. Cada uno de estos grupos va a funcionar autónomamente, estableciendo sus propias reglas, pero ha bastado un primer contacto para confirmar lo que esperábamos, cada sector tiene problemas, visiones y necesidades diferentes. Conocerlas, primero, y responder a ellas, después, es el objetivo de CIAM.

En este momento están en fase de formación seis grupos más.

2.4.9. *Un acto de justicia: dar voz a los peritos*

Es muy difícil encontrar un arbitraje internacional en el que no haya uno o más informes periciales. También es una obviedad que las decisiones de los árbitros en los laudos están basadas, en muchos aspectos, a veces cruciales, en la opinión experta emitida por particulares o, más habitualmente, por empresas especializadas en un determinado campo del saber (la economía o la ingeniería, por citar ejemplos absolutamente habituales) o multidisciplinares.

En los últimos años se ha ido haciendo más frecuente que los peritos participen en los congresos y seminarios de arbitraje, normalmente para explicar cuestiones concretas de su campo de especialización. Poco se habla, en cambio, de la figura del perito, de su papel en el arbitraje y de su problemática, independientemente de su área de conocimiento. El CEA acertó cuando, en su Código de Buenas Prácticas Arbitrales, incluyó un capítulo dedicado a los peritos. Es un primer paso, pero no es suficiente. En CIAM estamos convencidos de que esta figura es fundamental en el arbitraje y de que hay que darle la palabra para que, por una vez, sean estos profesionales quienes hablen y los abogados y árbitros los que escuchen y pregunten. Cuestiones tales como las relacionadas con la ética del perito, las diferentes maneras de explicar sus opiniones en el curso de un arbitraje, la influencia de cómo y quién les designa en la manera de abordar su trabajo, las formas en que los distintos sistemas jurídicos tratan la relación abogado–perito o los controles de calidad de sus informes son materias que merecen reflexión y debate.

CIAM convocó a los representantes de importantes empresas internacionales especializadas en sectores variados para plantearles la posibilidad de crear un grupo de trabajo específico de peritos y un ciclo de sesiones públicas sobre su rol y problemática. Ambas propuestas fueron aceptadas.

El Grupo de Trabajo ya ha iniciado sus tareas con un programa muy completo que ha permitido la creación de subgrupos sobre diferentes materias.

Además, el 3 de marzo de 2021 tuvo lugar la primera sesión del ciclo sobre la figura del perito en el arbitraje internacional. La materia que se abordó, muy bien recibida a juzgar por el alto número de participantes en el evento, fue si es necesario un Código de Buenas Prácticas de los peritos. El ciclo continuará con otras cinco sesiones a lo largo del año en curso.

2.4.10. *Un mensaje nunca suficientemente enfatizado: CIAM es una institución española pero de ámbito de actuación y proyección internacional*

Todo lo expuesto anteriormente da fe de una realidad evidente: CIAM es una institución orgullosa de haber nacido en España pero que, desde su primer aliento, se ha proyectado internacionalmente. Así lo indican los elementos más básicos de su identificación, su denominación y su logo. También su ámbito de actuación

que viene dado por la internacionalidad, tanto sea en los procedimientos arbitrales como en los de mediación.

CIAM trabaja en cuatro idiomas, administra casos en los que se aplica cualquier ley que las partes hayan pactado y admite que la sede del arbitraje sea cualquier ciudad del mundo.

Pero si todos esos datos deberían bastar para evitar cualquier duda sobre el carácter de CIAM, sus decisiones a lo largo de sus primeros meses de vida no han podido ser más inequívocos en destacar su radical internacionalidad. Los nombres de los componentes de sus órganos de gobiernos, de las comisiones que se han nombrado para designar árbitros y mediadores, para hacer el examen previo de laudos o para definir el ámbito objetivo de actuación de CIAM, la composición de los grupos de trabajo o las firmas de expertos convocadas, o los acuerdos de colaboración que acabamos de empezar a suscribir ponen de manifiesto, por la vía de los hechos, que CIAM es una institución absolutamente internacional donde las empresas, abogados, árbitros y peritos españoles son más que bienvenidos, pero exactamente igual que lo son las empresas, abogados, árbitros y peritos de cualquier nacionalidad. Jamás habrá el menor favoritismo en favor de una nacionalidad como no lo hay en las instituciones internacionales serias por razón de la nacionalidad del país en el que la esa institución ha nacido o se ha establecido posteriormente.

2.5. ¿Qué retos nos planteamos a medio plazo?

Son muchos. Solo vamos a enumerarlos:

1. Con carácter general, aspiramos a ir convirtiendo a CIAM en la corte de referencia en arbitraje internacional en español. Adicionalmente, nos gustaría ayudar al desarrollo del arbitraje en portugués.

2. Queremos contribuir a convertir a España y, en particular a Madrid, en sede emergente de arbitrajes y mediaciones internacionales.

3. Tenemos que continuar la labor de dar a conocer a CIAM dentro y fuera de España. En cuanto la situación sanitaria lo permita, iniciaremos una importante campaña de presentaciones fuera de España. El primer lugar en que lo haremos, como ya estaba programado desde el inicio, será en el tan querido país vecino, Portugal. Prioridad evidente serán los países latinoamericanos y europeos, pero estamos convencidos de que los mercados de Asia, Oriente Medio y África también deben ser objeto de nuestra atención. Para ello esperamos contar con la colaboración de instituciones públicas y privadas. Un programa esencial para estos fines es la creación de los grupos de “Amigos de CIAM” en diferentes países. Ya hay varios en formación y esperamos contar con un número significativo antes de que concluya el año.

4. Continuaremos la labor de colaboración e intercambio con instituciones arbitrales de prestigio. Seguiremos profundizando en los contactos con las asiá-

ticas, dedicaremos buena parte de nuestra atención a las situadas en Europa e iniciaremos el acercamiento a las americanas que, como todo lo situado en ese continente, será una prioridad del CIAM.

5. Ampliaremos los grupos de trabajo sectoriales. El objetivo es tener en funcionamiento diez grupos que involucren a los sectores de la economía más internacionalizados.

6. Desarrollaremos el ciclo de sesiones de peritos. Esta será una de las formas en que acercaremos el arbitraje a la sociedad, un objetivo irrenunciable.

7. Haremos los esfuerzos necesarios para que CIAM sea un instrumento de mejora del uso del español en el arbitraje y la mediación. Entendemos como buen español el idioma que las Academias de todos los países hispanoparlantes consideran tal, sin exclusivismos ni afanes de imposición de un modelo. Los tecnicismos y neologismos que aparecen frecuentemente en los escritos de parte, informes periciales y laudos deben tener su versión en correcto español y ésta es la que debe utilizarse. A tal fin propondremos la colaboración del CIAM a las instituciones que velan por el buen uso y la difusión del español.

8. Revisaremos el Reglamento para comprobar si responde a las necesidades del Centro y de nuestros usuarios y seguiremos la evolución de los principales reglamentos para mantenernos a la vanguardia.

9. Ahondaremos en la transparencia, la diversidad y los valores de CIAM.

10. El CIAM nace con vocación generalista, pero procurará la especialización en sectores económicos particularmente afines al arbitraje y en las zonas geográficas en las que haya más necesidad de nuevos operadores.

11. Y, por supuesto, estamos convencidos de que el número de casos administrados por CIAM crecerá y las entidades que confíen en nuestra corte, incluyendo nuestras cláusulas de arbitraje y mediación, se multiplicarán.

No hay duda de que CIAM es una muy buena noticia que nos ha traído el 2020.

3. CONCEPTOS BÁSICOS CARACTERÍSTICAS GENERALES DEL ARBITRAJE: ARBITRAJE COMERCIAL Y ARBITRAJE DE INVERSIÓN³⁹

3.1. Introducción

El tema de las jornadas abre enormes posibilidades y resulta abordable desde diferentes ángulos. El debate sobre la existencia de una crisis de legitimidad del

³⁹ Por Urquiola DE PALACIO DEL VALLE LERSUNDI.

arbitraje de inversiones, que coloca al arbitraje –de hecho ni siquiera solo al de inversión– bajo los focos de la atención pública (y de la opinión política, a menudo simplista); el análisis de qué privilegios tienen los Estados en aquél, qué aspectos deben modificarse sin desvirtuar la naturaleza del arbitraje y su eficacia como instrumento de garantía de los derechos. También las particularidades del arbitraje de inversiones, el universo de los BIT –y su problemática posición en la UE–, son aspectos ligados al anterior vector de análisis. La opción política de la Unión Europea frente al arbitraje, es también, hasta cierto punto paragógica frente a su potenciación internacional como instrumento global de resolución de diferendos, lo que redundaría en cierto anquilosamiento regional en esta materia.

Sin embargo, encuadrándose la mesa que nos ocupa –“*Paradojas del arbitraje comercial y de inversiones, desde la perspectiva interna europea y transnacional*”– en el “Curso de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria–Gasteiz”, dedicado en sesiones anteriores a los Derechos Humanos, las Reformas de la UE, la Corte Internacional de Justicia, Naturaleza y Paz, la Dimensión Exterior de la UE y las Relaciones Internacionales post–pandemia, y estando el curso abierto a perfiles muy variados que no aseguran tener en el público personas formadas en Derecho ni forzosamente con conocimiento sobre lo que es el Arbitraje, he creído necesario empezar por hacer un acercamiento a este medio de resolución de conflictos, antes de entrar a analizar las Reglas IBA y las Reglas de Praga; cuya comparación me ha sido propuesta para desentrañar paradojas.

En efecto, de acuerdo con el organizador, mi ponencia se ha fijado unos objetivos modestos. El primer objetivo de mi intervención es abordar la materia, ofreciendo una panoplia de conceptos que permita al oyente interpretar el paisaje –y las otras ponencias– para tratar seguidamente un aspecto específico como es el de las diferencias/paradojas observables entre las Reglas IBA (estadounidenses) y las Reglas de Praga, referentes principalmente a la prueba en el proceso arbitral. Este último tema será tratado de forma eminentemente descriptiva sin analizar en profundidad porque las Reglas de Praga están teniendo dificultades para implantarse.

3.2. Conceptos básicos para la mesa: características generales del arbitraje; arbitraje comercial y arbitraje de inversión

Conviene empezar por decir que el arbitraje es un medio para la resolución de las controversias y que cuando uno está sentado en una mesa en que se negocia un contrato, es una opción que conviene considerar para caso de llegar a tener un conflicto⁴⁰.

⁴⁰ Conviene considerar también otras alternativas a la vía judicial –así la mediación, la conciliación, la solución amigable y otras, sobre las que no nos detendremos aquí–.

Conviene referirse en primer lugar a las características de esta forma de resolución de conflictos. Estas son: la especialización, la eficacia, la rapidez, la seguridad jurídica, la confidencialidad y la flexibilidad. Es importante resaltar que este tipo de proceso está sometido a los principios de audiencia, contradicción, igualdad de armas e imparcialidad.

En su título, la Mesa anuncia que va a referirse al arbitraje comercial y al de inversiones. En la ponencia oral hice un acercamiento simple al tema:

Cuando hablamos de Arbitraje comercial, entendemos por tal un medio heterocompositivo acordado por las partes para resolver controversias privadas en materia comercial por su amplio alcance, flexibilidad y celeridad en la resolución de disputas. Dentro de este nos encontramos con la existencia de *arbitraje comercial doméstico* y de *arbitraje comercial internacional*.

Cuando hablamos de Arbitraje de inversión nos referimos a un procedimiento heterocompositivo para resolver disputas entre inversores extranjeros y Estados anfitriones. La posibilidad de esta forma de resolución de conflictos deriva de tratados internacionales. Es una garantía para el inversor extranjero de que, en caso de disputa, tendrá acceso a un foro neutral.

Lo cierto es que esta forma de abordar qué es el arbitraje comercial y el arbitraje de inversión, tiene bastante de simplificación y al plasmar ahora por escrito mi intervención, quisiera hacer alguna consideración complementaria.

La convención de Nueva York⁴¹ prevé que “Cada uno de los Estados Contratantes reconoce el acuerdo escrito por el cual las partes se comprometen a someterse a arbitraje [...]”. Sin embargo, la Convención no define el concepto de arbitraje.

Este término a su vez, raramente se define en las leyes nacionales sobre arbitraje. Tampoco está definido por la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje comercial Internacional, habiéndose considerado “*innecesario*”, incluso tras la propuesta de definición ofrecida por la Secretaría⁴².

Es cuestionable si el grupo de trabajo de la CNUDMI en realidad consideró que la definición de arbitraje era innecesaria o pensaba que tal definición sería difícil de formular. Así las cosas, mi intervención parte de la explicación muy elemental de algunos conceptos necesarios para entender el contexto; y en cuanto al arbitraje conviene resumir su naturaleza diciendo que:

- es un mecanismo de solución de controversias;

⁴¹ Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Nueva York, 1958).

⁴² Informe del Secretario General: Posibles características de una ley modelo sobre arbitraje comercial internacional, A / CN. 20/9, art. 29–30.

- es consensual;
- es un procedimiento privado;
- conduce a una determinación final y vinculante de derechos y obligaciones de las partes.

Pasando ya al Arbitraje de Inversión, llama la atención, en primer lugar, que no existe una definición normativa sobre lo que debe entenderse por “inversión” en el arbitraje de esta clase, y ni siquiera sobre el concepto mismo de “arbitraje”.

Respecto del concepto de “inversión”, la ausencia de definición puede explicarse, en particular, por el hecho de que la noción de inversión pretende abarcar una realidad económica, por su naturaleza, en constante evolución, generando constantemente nuevas prácticas que potencialmente podrían calificarse como tales. Esta tendencia se está acelerando con la explosión de nuevas tecnologías. Pensemos por un instante en la circulación de valor por medio de aplicaciones informáticas basadas en el Blockchain; el estado “cuántico” del valor dependiendo de una gran variedad de parámetros, puede definirse como “futuros”, como “títulos de valor” etc. así en Estados Unidos dependiendo de la operación, si predomina una condición de futuro, el regulador correspondiente la considera como *utilitie* y si no como *securitie*, en Europa la ESMA⁴³ apunta en el mismo sentido. En este sentido, definir una “inversión”, de forma apriorística es problemático.

Una definición demasiado rígida de “inversión” simplemente no funcionaría. Por lo tanto, no es sorprendente que el Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados (Convenio del CIADI) no proporcione ninguna definición de su objeto, limitándose a fijar la competencia del Centro (art. 25) en base a supuestos.

3.3. Arbitraje comercial: desarrollo paralelo del arbitraje interno e internacional; arbitraje *ad-hoc* y arbitraje institucional o administrado

Para diferenciar entre el arbitraje interno y el arbitraje internacional, conviene referirse a la definición del ámbito de aplicación ofrecida por la Ley Modelo CNUDMI:

“3: Un arbitraje es internacional si:

a) las partes [...] tienen, [...] sus establecimientos en Estados diferentes, o

⁴³ https://www.esma.europa.eu/sites/default/files/library/esma22-106-1338_smsg_advice_-_report_on_icos_and_crypto-assets.pdf Date: 19 October 2018 ESMA22-106-1338 Securities and Markets Stakeholder Group. Own Initiative Report on Initial Coin Offerings and Crypto-Assets

b) uno de los lugares siguientes está situado fuera del Estado en el que las partes tienen sus establecimientos:

i) El lugar del arbitraje [...]

ii) el lugar del cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones [...] o el lugar con el cual el objeto del litigio tenga una relación más estrecha; o

c) las partes han convenido expresamente en que la cuestión objeto del acuerdo de arbitraje está relacionada con más de un Estado”.

Frente a la caracterización del Arbitraje internacional, el Arbitraje doméstico sería aquél en que no se da elemento de internacionalidad.

Ambos –arbitraje internacional y arbitraje doméstico– se han venido desarrollando de modo paralelo; y ello porque en gran medida el arbitraje doméstico se consolida por percepción de utilidad en base a la experiencia internacional y porque en muchos lugares (entre ellos España) tenemos una ley monista –esto es, que no diferencia la regulación entre uno y otro–.

Dentro de este recorrido por las diferentes formas de Arbitraje, conviene también distinguir entre el arbitraje *ad hoc* y el arbitraje administrado.

El arbitraje *ad-hoc* es aquél cuya administración no se encomienda a una institución arbitral, si no que establece la persona o personas a quien se somete la controversia o el mecanismo por el que será o serán designadas, y que puede establecer un reglamento propio para la consecución del Arbitraje o adoptar el de cualquier institución (*v.gr.*, reglamentos empresariales o sectoriales o –en internacional– CNUDMI). En estos casos conviene adoptar la precaución de que en la sede que se fije haya una normativa arbitral sólida y un sistema judicial amigable con el arbitraje. Pueden plantear ventajas en casos de conflictos ya surgidos, dado que permite ajustar el procedimiento a lo que se necesita en ese conflicto concreto pero a veces en una situación de conflicto es complicado acodar normas procesales (sí puede ser el resultado de un proceso de mediación).

La redacción de una cláusula *ad-hoc* requiere dedicarle mucho tiempo y tener un conocimiento práctico detallado de las necesidades que pueden presentarse en un procedimiento arbitral. Es la solución idónea para partes “sofisticadas” con problemas que suponen situaciones peculiares.

Por su parte, el Arbitraje institucional o administrado es aquel cuya administración está encomendada a una institución arbitral⁴⁴ y que se somete a su reglamento.

⁴⁴ Las más prestigiosas y populares en el **ámbito nacional** son:

- La Corte de Arbitraje de Madrid (CAM);
- La Corte Española de Arbitraje (CEA);
- La Corte Civil y Mercantil de arbitraje (CIMA);

Algunas de ellas tienen reglamentos que prevén procedimientos “parcialmente administrados” (en los que, por ejemplo, la Institución controla la constitución del tribunal, los honorarios y gastos y examina el laudo; pero el tribunal y las partes deben comunicarse directamente entre sí, sin participación de la Corte o Centro) y otras a “procedimientos totalmente administrados” (en los que las comunicaciones entre el Tribunal y las partes se realizan a través de la Institución).

Es importante subrayar las indudables ventajas del arbitraje administrado institucionalmente, principalmente por la transparencia en la gestión que ofrecen las instituciones arbitrales.

También son relevantes la eficiencia y eficacia que, como principios rectores, se incorporan a los Reglamentos. Eficacia jurídica del procedimiento –en cuanto a sus efectos, pero también en cuanto a su impulso–, duración razonable, costes contenidos, serían las tres patas de este concepto. La eficiencia también queda en evidencia por la incorporación de las nuevas tecnologías al procedimiento, tanto por la plena normalización del uso de audiencias virtuales, como por la incorporación de plataformas de gestión integra en modo telemático.

Las funciones de las instituciones arbitrales son, básicamente, la de proveer medios administrativos y de gestión y prestar apoyo⁴⁵ al procedimiento, realizando un “control de calidad” de los laudos que no empece a la labor de los árbitros.

-
- La Corte del Ilustre Colegio de arbitraje de Madrid (Corte ICAM).

La Institución Española de referencia en el ámbito internacional es el Centro Internacional de Arbitraje de Madrid (CIAM).

Otras Instituciones de referencia en el **ámbito internacional**:

- la Corte de Arbitraje Internacional de la Cámara de Comercio Internacional (CCI) con sede en París;
- la LCIA (anteriormente, London Court of International Arbitration) con sede en Londres;
- la Cámara de Comercio de Estocolmo (SCC por sus siglas en inglés);
- el International Centre for Dispute Resolution (ICDR, que forma parte de la American Arbitration Association, con sede en Nueva York);
- el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI, que forma parte del Banco Mundial) con sede en Washington DC;
- el Hong Kong International Arbitration Centre (HKIAC);
- el Singapore International Arbitration Centre (SIAC);
- la China International Economic and Trade Association Commission (CIETAC), con sede en Beijing.

⁴⁵ Ejemplos de funciones de apoyo al procedimiento:

- supervisar el pago de los gastos del arbitraje;
- fijar los honorarios de los árbitros;
- actuar como depositaria de la provisión para gastos del arbitraje;

3.4. Reglas IBA y Reglas de Praga⁴⁶

Las Reglas IBA⁴⁷ fueron publicadas por primera vez en 1999, las Reglas de la IBA son un instrumento de *soft law* que combina las prácticas de derecho civil y de derecho consuetudinario para la obtención de pruebas y consta de nueve artículos. Las Reglas de la IBA y se adoptan con frecuencia en arbitrajes internacionales comerciales y de inversión.

Las Reglas de la IBA no son una regulación completa y, por lo tanto, no permiten la conducción de un arbitraje internacional por sí mismas. Estas Reglas están intencionalmente incompletas. También pueden las partes decidir diseñar sus propias Reglas siendo las Reglas de la IBA supletorias.

El 17 de diciembre de 2020, la *International Bar Association* (“IBA”) adoptó una tercera edición revisada de sus Reglas sobre la recepción de pruebas en el arbitraje internacional (las “Reglas de la IBA de 2020”), que reemplaza a las de 2010. Los principales cambios incluyen:

- agregar la ciberseguridad y la protección de datos a la lista de cuestiones probatorias que se propone discutir entre el tribunal arbitral y las partes durante su consulta sobre las cuestiones probatorias (art. 2),
- prever, en términos explícitos, la posibilidad de celebrar audiencias virtuales (art. 8) e incluir una definición del término “audiencia a distancia”, así como,
- insertar una disposición que faculte expresamente al arbitraje tribunal para excluir potencialmente pruebas obtenidas ilegalmente (art. 9).

Sin perjuicio de su carácter fragmentario, las Reglas de la IBA gozan de renombre internacional. De hecho, el uso generalizado de las Reglas de la IBA como pautas generales de prueba, incluso en arbitrajes no comerciales, queda ilustrado por un laudo del 12 de octubre de 2005 que sostiene que las Reglas de la IBA

-
- garantizar la constitución del tribunal arbitral sin tener que recurrir a la jurisdicción ordinaria para su designación (recurso que además no está disponible en todos los países);
 - prestar apoyo y orientar a los árbitros y a las partes;
 - generar un entorno más amigable para quien no está especializado en arbitraje;
 - realizar el escrutinio de los laudos (que es una garantía de calidad).

⁴⁶ He utilizado como guía comparativa las siguientes fuentes: <https://www.international-arbitration-attorney.com/es/revised-2020-iba-rules-on-taking-evidence-in-international-arbitration/>; <http://agnitio.pe/articulo/sobre-la-revision-2020-de-las-reglas-de-la-iba-sobre-practica-de-prueba-en-el-arbitraje-internacional/>; <https://www.arbitrajeccl.com.pe/portfolio/1-las-reglas-de-praga-sobre-la-tramitacion-eficiente-de-los-procedimientos-en-el-arbitraje-internacional>

⁴⁷ IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration.

“... aunque no son directamente aplicables en este caso y están previstas principalmente para su uso en el campo de los arbitrajes comerciales, se puede considerar (en particular en los artículos 3 y 9) que dan indicaciones de lo que pueden ser criterios relevantes para los documentos que se pueden solicitar y ordenar que se presenten, en los procedimientos del CIADI entre inversionistas y Estados receptores “. Caso CIADI No. ARB / 01/11, *Noble Ventures Inc. y Rumania*, 12 de octubre de 2005, §20.

Las Reglas de la IBA, como decíamos, contienen exclusivamente nueve artículos. Solo establecen reglas de procedimiento, no reglas sustantivas. Esto queda claro en el prólogo del reglamento. También es importante señalar que las Reglas de la IBA establecen que no pueden prevalecer sobre las reglas legales imperativas que el Tribunal Arbitral ha determinado o que las partes han decidido aplicar (art. 1.1º).

Las Reglas de la IBA regulan los procedimientos relacionados con la producción de documentos (art. 3), prevén la presentación de testigos de hecho y peritos (art. 4) y también tienen como objetivo la realización de inspecciones (art. 5) y la celebración de audiencias probatorias (art. 6).

El 14 de diciembre de 2018 se firmaron las *Reglas sobre la Tramitación Eficiente de los Procedimientos en el Arbitraje Internacional*, conocidas como Reglas de Praga, al haber sido suscritas en la capital de la República Checa, en un evento organizado por la Asociación Rusa de Arbitraje y el *Global Arbitration Review*.

De acuerdo con su Preámbulo, las Reglas de Praga pretenden proporcionar, a los tribunales arbitrales y a las partes, directrices para incrementar la eficiencia del arbitraje, promoviendo un rol más activo de los tribunales arbitrales en la tramitación de los procedimientos.

Siendo un instrumento –también– de *soft law*, las partes y los tribunales arbitrales pueden acordar la aplicación de las Reglas de Praga como un documento vinculante o como directrices para todo o parte del procedimiento, pudiendo también optar por su aplicación parcial o, incluso, su modificación, en atención a las circunstancias del caso.

La doctrina criticaba el sistema impuesto por las Reglas de la IBA por la duración de los procedimientos, así como el coste que conllevan, como se refleja en la primera frase de la “Nota del Grupo de Trabajo” que encabeza el texto de las Reglas de Praga.

Por otro lado, las Reglas de la IBA son reglas basadas exclusivamente en la administración de pruebas en el arbitraje internacional. Por el contrario, las Reglas de Praga no se refieren exclusivamente a la obtención de pruebas. Contienen disposiciones que se centran en otros temas como, por ejemplo, la solución amistosa (art. 9). Estas diversas disposiciones pueden ser útiles para arbitrajes *ad hoc*. No así para los arbitrajes institucionales porque estos temas ya están regulados en las normas procesales de cada institución.

Las diferencias entre ambos grupos de reglas son numerosas.

En la estructura de la fase de prueba, a diferencia de las Reglas IBA, las de Praga establecen de forma obligatoria la celebración de una audiencia preliminar. El art. 2 de las Reglas de Praga sostiene que *“El tribunal arbitral celebrará una conferencia de gestión del caso sin demora injustificada después de recibir el expediente”*.

También difieren en cuanto al papel del Tribunal Arbitral Según las Reglas de Praga, el juez del Tribunal Arbitral debe actuar de forma más proactiva (art. 3 Reglas de Praga). En otras palabras, los árbitros deben participar activamente en la obtención de pruebas y en la determinación de los hechos. El objetivo es acelerar el procedimiento. Mientras que, en el enfoque del *adversarial system*, que inspira las Reglas IBA, el procedimiento de investigación está a cargo de las partes y por tanto, el Tribunal Arbitral sólo tiene el deber de presidir el procedimiento y pronunciarse sobre la controversia, en las Reglas de Praga el tribunal puede ser proactivo en la obtención de pruebas. Siempre, sin alterar la carga de la prueba que recae en las partes como indica el art. 3.1 de las Reglas de Praga, que establece que *“(...) Esto, (...), no liberará a las partes de la carga de la prueba”*.

El art. 2.1º de las Reglas de la IBA únicamente establece que el tribunal *invita* a las partes a consultar juntas *“para organizar la administración de pruebas de la manera más eficiente, económica y justa posible”*. Mientras que el art. 2.1º de las Reglas de Praga postula a favor de otorgar mayor poder al Tribunal Arbitral para que pueda conducir el caso con un papel proactivo. Además, en el art. 2.3º de las Reglas de la IBA, el tribunal se limita a una *“indicación”* después de una *“consulta”* de las partes.

El principio de juez proactivo que surge de las Reglas de Praga está consagrado notablemente en el adagio *Iura Novit Curia*, que es el título del art. 7 de las Reglas de Praga. Esta máxima requiere árbitros proactivos capaces de localizar y determinar la ley aplicable por propia iniciativa. Por lo tanto, los árbitros deben poder aplicar disposiciones no definidas por las partes.

Sin embargo, algunos tribunales nacionales han anulado decisiones de tribunales arbitrales en los que los árbitros aplicaron disposiciones legales que no fueron alegadas por las partes (Decisión del Tribunal de Apelación de París del 19 de junio de 2008, *Gobierno de la República Árabe de Egipto c. Société Malicorp Ltd*; *Cass., P., Overseas Mining Investments Limited contra Société Commercial Carribbean Niquel*, 29 de junio de 2011.). Por el contrario, en otros tribunales nacionales, se reconoce que los tribunales arbitrales tienen una potestad inherente en cuanto a la investigación y aplicación de normas no invocadas por las partes (Decisión del Tribunal Federal Suizo de 15 de abril de 2015, ASA Bull.2/2015, p. 411).

Como ya indicamos, el art. 2 de las Reglas de Praga sostiene que *“El tribunal arbitral celebrará una conferencia de gestión del caso sin demora injustificada después de recibir el expediente”*. Además, el art. 3.1 establece que *“El tribunal arbitral tiene derecho y se le anima a tomar un papel proactivo en el establecimiento de los hechos del caso que considere relevantes para la resolución de la controversia. Sin embargo, esto no liberará a las partes de la carga de la prueba”*. En las Reglas de la IBA, no existe un equivalente real a estos artículos. El único artículo del reglamento de la IBA que puede acercarse a él es su art. 2, que establece que *“El Tribunal Arbitral consulta a las partes lo antes posible y las invita a consultar y acordar organizar la administración de la prueba de la manera más eficiente, de manera económica y justa posible”*.

El art. 3.2 de las Reglas de Praga dice lo siguiente: *“En particular, el tribunal arbitral podrá, después de haber escuchado a las partes, en cualquier etapa del arbitraje y por propia iniciativa: a. solicitar a cualquiera de las partes que presente pruebas documentales pertinentes o que ponga testigos de hecho disponibles para testimonio oral durante la audiencia; b. nombrar a uno o más expertos, incluso en cuestiones legales; vs. ordenar inspecciones del sitio; y / o d. a los efectos de la determinación de los hechos, emprenderá cualquier otra acción que considere apropiada”*. El correlato en el reglamento de la IBA está en sus artículos 3.10 que establece que las partes deben aportar las pruebas que consideren oportunas (correspondiente al 3.2 (a) de las Reglas de Praga), 5.4 y 6 que organizan la intervención de expertos en el procedimiento (correspondiente al 3.2 (b) de las Reglas de Praga), 7 que prevé las inspecciones (correspondiente al 3.2 (c) de las Reglas de Praga). Sin embargo, las Reglas IBA no establecen la capacidad de iniciativa del tribunal, y aplicando el procedimiento de objeciones de las partes contemplado en los apartados 3.4 a 3.8.

Finalmente, las Reglas de Praga consagran, en el art. 3.3, la facultad del árbitro de limitar el período durante el cual puede tener lugar la producción de documentos. No encontramos tal limitación en las Reglas de la IBA.

En cuanto a la producción de documentos, está cubierta por los artículos 3 de las Reglas IBA y 4.6 de las Reglas de Praga. En el arbitraje internacional, la producción de documentos tiene el efecto de aumentar los costos y prolongar el procedimiento.

Mientras que las Reglas de la IBA garantizan una amplia producción de documentos al establecer un procedimiento estricto a discreción de cada parte, las reglas de Praga limitan la producción de documentos. Esto se ilustra en el art. 4.2° de las Reglas de Praga *“En general, se alienta al Tribunal Arbitral y a las partes a evitar cualquier forma de producción de documentos, incluido el descubrimiento electrónico”*. que debe leerse en contraste con el art. 3.1 de las Reglas de la “IBA”. *“La parte comunicará al Tribunal Arbitral y a las demás partes, dentro del plazo fijado por el Tribunal Arbitral, todos los documentos de que disponga y en los que*

pretenda basarse, incluidos los documentos de carácter público y los que se encuentren en el dominio público. , con excepción de los documentos que ya hayan sido presentados por otra parte “.

Además, el art. 3.3º de las Reglas de la IBA sostiene que *“La solicitud de presentación debe contener: (a) (i) una descripción de cada uno de los documentos cuya presentación se solicita que sea suficiente para identificarla, o (ii) una descripción suficientemente detallada (incluyendo la (s) pregunta (s) a las que se refieren los documentos solicitados) de una categoría limitada y precisa de documentos que es razonable creer que existen [...]”*. Como podemos ver, las Reglas de la IBA postulan la producción detallada de documentos. Además, el procedimiento a seguir en relación con la producción de documentos se detalla prolijamente en el resto de este artículo.

Mientras que en el art. 4.3º de las Reglas de Praga se establece que *“[...] si una parte cree que necesitaría solicitar ciertos documentos a la otra parte, debe indicarlo al tribunal arbitral en la conferencia de gestión del caso y explicar las razones por las cuales la producción del documento puede ser necesaria en este caso particular. Si el tribunal arbitral está convencido de que la producción de documentos puede ser necesaria, debe decidir un procedimiento para la producción de documentos y establecer una disposición adecuada al respecto en el calendario procesal”*. En este caso, se requiere que la parte explique por qué considera oportuno recabar un documento en el caso que nos ocupa a diferencia del sistema abierto e incondicionado establecido en el art. 3.10 de las Reglas de la IBA.

También en la presentación de testigos hay diferencias. La identificación del testigo de hecho, la presentación de declaraciones de testigos y el poder del tribunal para ordenar la comparecencia de un testigo en la audiencia están cubiertos por el art. 4 de las Reglas de la IBA y 5 de las Reglas de Praga. Las Reglas de Praga establecen una limitación a la participación de testigos de hecho porque es el tribunal el que decide a qué testigo se llama durante la audiencia. Con el fin de reducir la duración del procedimiento, las Reglas de Praga introducen el principio de que el Tribunal Arbitral tiene la última palabra en cuanto al número de testigos que serán escuchados durante el procedimiento. Este es un verdadero paso adelante en comparación con las Reglas de la IBA bajo las cuales el Tribunal Arbitral, hasta entonces, no tenía capacidad decisoria. En concreto, de acuerdo con las Reglas de Praga se permite al tribunal excluir a aquellos testimonios o contrainterrogatorios que considere inconducentes para el caso (arts. 5.2º y 5.3º) o imponer otras restricciones a la declaración de los testigos incluyendo el orden del interrogatorio de los testigos, los plazos para el examen o los tipos de preguntas que se permitirán según lo considere apropiado (art. 5.7º); restringir el número de preguntas que se les puedan formular (art. 5.9º) o valorar sus declaraciones por escrito, aun en caso de que su comparecencia a la audiencia haya sido denegada.

En cuanto al nombramiento de expertos, está previsto en los arts. 5 de las Reglas de la IBA y 6 de las Reglas de Praga. El enfoque favorecido por las Reglas de Praga es que el Tribunal Arbitral nombre a un experto o una comisión conjunta de expertos (con aportes y observaciones de las partes). Por supuesto, el nombramiento de peritos por parte del Tribunal Arbitral no impide que las partes cuenten con peritos propios si lo estiman necesario.

Por último, respecto de las audiencias de prueba, si bien el art. 8 de las Reglas de la IBA es más detallado, las Reglas de Praga contienen un principio general que establece que si una de las partes así lo solicita o si el tribunal así lo requiere *“las partes y el tribunal arbitral procurarán organizar la audiencia en la mayor medida posible de manera eficiente, incluso limitando la duración de la audiencia y utilizando comunicaciones por video, electrónicas o telefónicas para evitar costos de viaje innecesarios para los árbitros, las partes y otros participantes”*. Por lo tanto, esta disposición permite al tribunal determinar en qué condiciones específicas se llevará a cabo la audiencia.

El art. 8.1º de las Reglas de Praga sugiere no celebrar una audiencia si es posible resolver la disputa únicamente sobre una base documental. Si bien las partes pueden solicitar una audiencia, en última instancia, depende del tribunal decidir si la acuerda.

3.5. Conclusión

Quizá, a modo de conclusión, sólo se pueda resaltar, desde el aspecto puntual examinado, pero también desde los grandes enunciados que se adivinan tras el título de estas jornadas, que lo que se nos aparecen como paradojas son en realidad el producto de la gran diversidad que ofrece el Arbitraje. Es una diversidad funcional, puesto que el procedimiento se acomoda a las particularidades de la materia, de las partes, y de los intereses concretos que se dirimen. Es también una diversidad que es la manifestación del rasgo más sobresaliente del Arbitraje: la libertad de configuración que tienen las partes en el litigio.

En este sentido se ofrecen tantas posibilidades/opciones, que algunas pueden parecer contradictorias respecto de otras. En el caso examinado, vemos como dos tipos de reglas elaboradas para regular esencialmente lo mismo –la obtención de pruebas–, difieren radicalmente de planteamiento. Las unas mantienen la iniciativa y la eficacia procesal en manos de las partes, las otras, pretenden trasladar esas prerrogativas a los Árbitros. ¿Cuáles de estas reglas son mejores? Ningunas; las dos; en definitiva: lo que las partes consideren oportuno.

4. ¿PUEDE “IBERIA” CONSTITUIRSE COMO UN NEXO DE UNIÓN PARA LOS ARBITRAJES ENTRE CHINA Y PAISES LATINOAMERICANOS Y AFRICANOS?⁴⁸

4.1. Antecedentes

Parece innegable que el arbitraje internacional está adquiriendo un gran predicamento entre los métodos de resolución de disputas que pueden surgir como consecuencia de las operaciones de comercio internacional.

La neutralidad inherente al arbitraje internacional, la flexibilidad del procedimiento a través del cual las partes van a dirimir sus diferencias y la facilidad de ejecución de la resoluciones judiciales en países distintos a aquellos en los que se ha llevado a cabo el procedimiento arbitral, explican el aumento constante del número de procedimientos arbitrales que se ventilan en el mundo entero y, lo que a mi juicio es más importante, la mayor aceptación que está obteniendo el arbitraje en los países y las compañías residentes en esos países, que antaño se mostraban claramente hostiles a la aceptación del procedimiento arbitral como vía de solución de disputas y que hoy son mucho más proclives a aceptar el procedimiento arbitral como la vía idónea para que las partes puedan dirimir sus diferencias a través de un procedimiento flexible, rápido y con muchas oportunidades de ser ejecutado en numerosos países (fundamentalmente en aquellos que han suscrito el convenio de Nueva York de 1958).

4.2. China

Un ejemplo de los países que están haciendo grandes esfuerzos para establecer el procedimiento arbitral como el método para que las empresas que en él residen solventen sus disputas con otras empresas, tanto nacionales como extranjeras, a través de la utilización del arbitraje, es la República Popular China.

La Corte Suprema de la República popular China está últimamente tomando decisiones tendentes a la aceptación del arbitraje como una forma perfectamente válida, de acuerdo con la ley china, para solventar las diferencias entre compañías⁴⁹.

Desde el punto de vista de la promoción de los productos chinos, la iniciativa del gobierno de aquel país oriental, denominada “*one belt one road*” (un remedo

⁴⁸ Por Francisco G. PROL PÉREZ.

⁴⁹ En esta ponencia se va a hacer referencia única y exclusivamente al arbitraje comercial internacional, ya que el arbitraje de inversiones tiene unas particularidades que provocan que no se pueda atribuir a este tipo de arbitraje las características propias del arbitraje comercial.

de la antigua ruta de la seda), muestra a las claras la intención de las autoridades chinas de potenciar el arbitraje como método de solución de disputas.

Mediante la iniciativa *one belt one road*, China pretende crear un área de comercio que ayude al tránsito de las mercancías chinas hasta el continente europeo (englobando en esta iniciativa a países de gran importancia económica o estratégica). Dicha iniciativa no contiene una legislación propia, unas normas por las que se rija, ni se exige la pertenencia de los distintos países por los que atraviesan las mercancías chinas, sino que es simplemente un intento de favorecer el comercio entre China y los países euro-asiáticos. Pues bien, en esta iniciativa se potencia la utilización del arbitraje como medio de solución de las disputas que puedan surgir entre las empresas que participan en la misma.

4.3. La importancia de la economía china

No creo que haya discusión en relación con la afirmación de que China es uno de los mayores centros de generación y venta de mercancías del mundo. Tampoco parece aventurado afirmar que el País del Centro (que es lo que significa China en chino antiguo) va a continuar siendo uno de los más importantes “*players*” del comercio mundial.

La importancia de China en el comercio internacional no quiere decir que el mercado chino pueda ser considerado como enteramente abierto y transparente (al menos con el sentido que estas dos palabras tienen para los occidentales).

Así, por ejemplo, la participación de capital extranjero en empresas chinas de sectores estratégicos no está permitida, por lo que la mayoría de las empresas que cotizan en Hong Kong pero, cuya propiedad es de China, tienen una estructura donde, simplificando mucho, la cotizada no es dueña del negocio sino de los derechos económicos del mismo. Dicha estructura tiene un riesgo que los inversores deben incorporar en su valoración. No obstante los pasos dados por el gobierno chino apuntan a una mayor apertura de sus mercados de capitales, mayor interconexión y hacer del Yuan una moneda con mayor presencia internacional⁵⁰. Tomando como ejemplo la solución que el gobierno chino debe dar a la crisis del gigante chino del mercado inmobiliario Evergrande (solución que el gobierno chino procurará que tranquilice a los inversores extranjeros), ésta pasará, según los expertos⁵¹, por una liquidación ordenada dado que los incentivos a no hacerlo así, no serían satisfactorios para el gobierno y la economía china⁵².

⁵⁰ Atl Capital, Nota de Mercados sobre China, septiembre de 2021.

⁵¹ Atl Capital, *op. cit.*

⁵² De hecho fuentes del gobierno chino están expandiendo la idea que la delicada situación financiera del gigante inmobiliario Evergrande es “controlable”.

4.4. Brasil

Además, China mantiene importantes relaciones comerciales con la inmensa mayoría de los países del planeta. No obstante, y a los efectos de la idea que se quiere exponer en el presente documento, vamos a centrar el estudio de las repercusiones de los intercambios comerciales de China con dos áreas muy definidas del comercio mundial; Brasil y África.

En primer lugar, Brasil. Está fuera de toda duda la importancia del mercado brasileño en el marco del comercio internacional. El gigante sudamericano, uno de los países emergentes con más potencial, lo que conlleva la disposición a admitir fuerte inversiones en sectores estratégicos, con el fin de desarrollar el mencionado potencial.

Para dar una idea de la importancia de las relaciones comerciales entre China y Brasil, no podemos olvidar que en la última visita a Brasil del Primer Ministro de China, Mr. Li Keqiang se anunció que China iba a invertir 47.500 millones de euros en los sectores comerciales, financieros y de infraestructuras (particularmente en la construcción de la línea férrea Brasil-Perú), 6.290 millones de USD en la compañía pública brasileña Petrobras y que la empresa china Tianjin iba a comprar 22 aviones a Embraer (constructor aeronáutico brasileño).

Sin tener el dato exacto del porcentaje de inversión de la República Popular China en Brasil (solamente señalar que la previsión de las autoridades brasileñas para el año 2011, en punto a inversiones chinas en su país, se elevaban a 55.000 millones de USD), no parece aventurado pensar que si China no es el primer inversor extranjero en Brasil, si es uno de los más importantes.

4.5. África

El otro área comercial que nos interesa, a la hora de ver si España (como veremos más adelante, probablemente es más correcto decir la “península ibérica”) puede jugar un papel de puente en los procedimientos arbitrales que se puedan desarrollar entre China y países de nuestra órbita cultural, es África. También las inversiones chinas en el continente africano revisten una especial importancia. Para dar una idea de la importancia que China concede al comercio con los países africanos y, consecuentemente, al arbitraje en esa zona del mundo, la *Beijing International Arbitration Commission* (BIAC) ha creado una lista de árbitros (a la que me honro en pertenecer), que tiene el propósito de proveer de profesionales que puedan encargarse de los arbitrajes entre empresas chinas y africanas.

Según el Profesor Andrew Skudder⁵³ las compañías chinas son los primeros constructores de infraestructuras en África, de forma que se ocupan de uno de

⁵³ Fangda Partners

cada 5 proyectos de infraestructura y de uno de cada tres de construcción. Son, además, los mayores prestamistas a países africanos y el volumen de las relaciones comerciales entre China y los países del continente africano ha alcanzado recientemente los 100 mil millones de USD⁵⁴.

Entre los países africanos que reciben inversiones de China, se encuentra Angola (otro país que, como Brasil, es rico en materias primas y que está llamado a ser uno de los polos de desarrollo más importantes del continente africano).

También en estos países puede ser de utilidad la presencia de un elemento neutral, que pueda colaborar al mejor desarrollo del procedimiento arbitral. Dada su cercanía “cultural” con los países africanos (no sólo con Angola⁵⁵ y Guinea Ecuatorial, sino también con los países del Magreb), que puedan estar involucrados, este papel de elemento neutral podría ser desempeñado sin problemas por los países de la península ibérica.

4.6. Iberia

Al hablar de los países en los que China invierte, no podemos dejar de mencionar que la inversión china en los países “ibéricos” (España y Portugal), sin llegar a la magnitud que se alcanza en los casos de Brasil y África, no deja de revestir una gran importancia. Quiero decir que nuestros dos países no son unos desconocidos para los inversores chinos.

Esta parte del mundo, Iberia, es importante para las inversiones chinas fuera del “País del Centro”, como lo demuestran las notables inversiones chinas que se han realizado en los últimos tiempos en ambos países. Mientras en Portugal, China está presente en la reestructuración del mercado de la energía y de las telecomunicaciones de este país, en España las inversiones chinas más conocidas se han orientado hacia el mercado del real estate y del deporte.

Estas relaciones comerciales entre China y los países ibéricos son vitales para otorgar a España y Portugal el carácter de “puente” que Iberia puede desempeñar en las relaciones de las empresas chinas con sus contrapartes en los países latinoamericanos y africanos de lengua española o portuguesa.

Por otro lado, las relaciones entre el mundo del arbitraje portugués y el español se han venido incrementando notoriamente en los últimos tiempos. Se han

⁵⁴ Trabajo que con el título “One Belt One Road and Investment in African Countries”, el Prof. Skudder presentó en el SCLA African Forum, que tuvo lugar el pasado 24 de septiembre.

⁵⁵ En general con los países del grupo denominado PALOP (Países de Lengua Originaria Portuguesa), es decir (además de Angola); Mozambique, Santo Tomé y Cabo Verde.

creado foros de discusión e intercambio de ideas (siendo quizás el más importante el Capítulo Portugués del Club Español del Arbitraje⁵⁶), en los que los profesionales del arbitraje español y portugués comparten experiencias sobre un gran número de temas, como organización, independencia y funcionamiento de las instituciones arbitrales, campo en el que, creo, las Cortes españolas tienen una dilatada experiencia que compartir con sus homólogas portuguesas. También se considera al portugués como uno de los idiomas de trabajo del CIAM (Centro Internacional de Arbitraje de Madrid), lo que demuestra la voluntad de dicha institución de trabajar codo con codo con la comunidad arbitral portuguesa al objeto de atraer arbitrajes a la península ibérica.

4.7. El arbitraje internacional como forma de solución de disputas

La abundancia de inversiones internacionales conlleva la aparición de litigios y un gran número de estos litigios se tramitan a través de un procedimiento arbitral. Son bien conocidos los “macro” procedimientos que empresas españolas mantienen (o han mantenido) con los estados argentino (por problemas relacionados con la energía) y panameño (construcción del Canal de Panamá).

El número e importancia de las relaciones comerciales chinas con el resto del planeta hacen suponer que el número de disputas que pueden surgir como consecuencia de estas relaciones comerciales, va a ser extremadamente importante.

La resolución de estas disputas pasa por seguir uno de estos dos caminos; o bien la reclamación ante los tribunales chinos (en el caso de que la compañía demandada resida en tal país) o la utilización de ADRs (métodos alternativos de solución de disputas), fundamentalmente la mediación y el arbitraje.

Las compañías que tratan con sus homólogas chinas son extremadamente reticentes a aceptar la jurisdicción china como la vía a través de la cual pueden solventar sus disputas con las compañías locales. Los tribunales chinos no ofrecen la garantía que demandan los operadores del mercado internacional. Estos buscan una imparcialidad y previsibilidad en las decisiones de los jueces que, a menudo, no es posible obtener en China.

Tampoco podemos olvidar que también las empresas chinas son muy reticentes a litigar en otras jurisdicciones que no sea la suya propia, por las mismas razones antes apuntadas.

El hecho de no conocer la ley extranjera y la lógica desconfianza en los jueces que van a decidir sobre temas en los que están involucrados compatriotas suyos, han frenado siempre los intentos de los occidentales por imponer el fuero judicial propio.

⁵⁶ Durante tiempo, el Capítulo extranjero que contaba con más miembros.

Por otro lado, la mediación, método para solucionar disputas muy del agrado de los chinos, presenta el mismo problema que en otras partes del mundo; el acuerdo obtenido por las partes, con ayuda del mediador, no goza del carácter ejecutivo, que sí es uno de los elementos principales del laudo arbitral.

El arbitraje se revela así como el método ideal de resolución de los problemas que pueden aparecer entre partes chinas y no chinas, debido a las ventajas, antes apuntadas, que adornan a esta vía de resolución de conflictos (siendo quizás una de las más importantes, aunque no la única, la mayor independencia e imparcialidad del tribunal arbitral en comparación con la postura que suelen adoptar la mayoría de los jueces chinos).

En el momento en el que surge un arbitraje, las cortes arbitrales “ibéricas” y los árbitros “ibéricos” se encuentran en una situación de equidistancia con respecto a las empresas chinas y a las brasileñas o africanas. Por un lado las instituciones “ibéricas” pueden organizar procedimientos arbitrales con totales garantías de independencia, efectividad y razonabilidad en los costos y los árbitros de nuestros dos países pueden jugar el papel del tercer árbitro de un tribunal arbitral, que no es nacional de alguna de las partes involucradas en el proceso.

Por el otro, tanto Brasil como algunos países africanos tienen una mayor afinidad cultural general (por ejemplo comparten las mismas lenguas), y jurídica en particular, con los países ibéricos que con otros países ajenos a la órbita del *Civil Law*. No podemos olvidar que todos los países que aquí se mencionan (China, los países africanos de lengua portuguesa y española, España y Portugal), siguen los principios básicos del *Civil Law*.

Esta cercanía de cultura y tradición jurídica provoca que, por ejemplo, una parte china se pueda encontrar más cómoda con un procedimiento arbitral que se desarrolle en un país que pertenece a la esfera de aplicación de los principios de *Civil Law*, que en otro en el que rijan diferentes principios básicos del ordenamiento jurídico.

Todo lo dicho anteriormente relativo a las afinidades culturales con Brasil y los países africanos de habla portuguesa, es aplicable a los países latinoamericanos de lengua española. La comunidad lingüística española que agrupa a más de 580 millones de personas (soy consciente de que esta no es una cifra impresionante si pensamos en la cantidad de personas que hablan chino, aunque no nos fijemos más que las que se expresan en mandarín), constituye un vínculo de unión de extraordinaria importancia, al compartir, no sólo la lengua, sino también la misma cultura y, en la mayor parte de los casos, la misma religión y los mismos principios jurídicos. Por tanto, la posibilidad de la península ibérica para servir de puente en procedimientos arbitrales, debe extenderse igualmente a aquellos países latinoamericanos de habla española, que son también receptores de gigantescas inversiones chinas y que, a buen seguro, se sentirán mucho más confortables con

la idea de que un procedimiento arbitral se desarrolle en España, por ejemplo, que en un país de una cultura jurídica que le es extraña.

Aparte de la neutralidad que implica la participación en el arbitraje de una Corte de un país distinto a aquel en el que las partes tienen su residencia o su centro principal de negocios, hay una serie de razones que pueden inclinar a las empresas chinas, brasileñas y africanas a aceptar como sede de un arbitraje, por ejemplo, Madrid (donde se ha creado el CIAM, que ha reunido en su seno toda la actividad internacional de las principales Cortes arbitrales españolas⁵⁷), pudiendo resumir estas razones en las siguientes:

- i) En el caso de que las partes (chinas, brasileñas, latinoamericanas o africanas) decidiesen que el procedimiento arbitral se llevase en España, tendrían la certeza de que los aspectos esenciales de dicho procedimiento (como puede ser la validez del convenio arbitral, por ejemplo) serían tratados desde el punto de vista del sistema de *Civil Law*, con el que las partes de los países antes mencionados están familiarizadas.
- ii) Al tratar este punto es necesario recordar que España es firmante del Convenio de Nueva York sobre ejecución de laudos arbitrales y que nuestra Ley de Arbitraje sigue los postulados de la Ley Modelo CNUDMI (CNUDMI) de 1985.
- iii) Igualmente serían aplicables los principios de *Civil Law* a la interpretación del Reglamento de la Corte que se ocupa del arbitraje, lo que evita desagradables sorpresas cuando estas Cortes toman decisiones basándose en principios generales del procedimiento distintos a aquellos que las partes están acostumbradas a respetar.
- iv) Como se ha mencionado con anterioridad, China, España, Portugal, Brasil, Angola y la práctica totalidad de los países latinoamericanos son firmantes del Convenio sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Nueva York, 1958), lo que da la posibilidad de ejecutar los laudos, no sólo en los países antes mencionados, sino también en cualquier otro de los firmantes del mencionado Convenio.
- v) Aparte de la neutralidad que pueden ofrecer las Cortes “ibéricas”, tanto en España como en Portugal se ha conformado un grupo de árbitros internacionales, que responden a los más altos estándares de profesiona-

⁵⁷ El CIAM recoge la actividad internacional de la Corte Civil y Mercantil de Arbitraje (CIMA), de la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Madrid y de la Corte Española de Arbitraje, tras haber sido aceptada la idea de que era una pérdida de tiempo y recursos que cada una de estas Cortes publicitase internacionalmente sus servicios e intentase captar procedimientos arbitrales en este mercado de una forma aislada, haciéndose muy a menudo la competencia entre ellas mismas.

lidad, imparcialidad e independencia y que están acostumbrados a lidiar con complejos casos de arbitraje internacional (lo que les permite jugar el papel de presidente de un tribunal arbitral con todas las garantías de una intervención imparcial y profesional).

- vi) Si, pongamos como ejemplo, una parte china y una brasileña recurren al arbitraje y deciden que el procedimiento sea llevado en España, se produciría un sustancial ahorro de los costos del arbitraje, entendiendo por tales, no sólo los gastos de viaje de las partes (con sus equipos de ejecutivos, abogados y expertos), que, al estar España en un punto intermedio entre China y Brasil, se reducirían de forma sustancial, sino también los gastos de estancia de los equipos antes mencionados (la vida en Madrid es mucho más barata que en otros centros de arbitraje internacional).

4.8. Conclusión

A modo de breve conclusión, me gustaría decir que Iberia, y los intervinientes ibéricos en los procedimientos arbitrales (instituciones arbitrales y árbitros) se encuentran en una posición de privilegio para colaborar con China y los países iberoamericanos y africanos, en los que se habla la lengua española o portuguesa, en la organización y llevanza de procedimientos arbitrales que resuelvan disputas entre nacionales de dichos países.

5. LA PARADOJA DEL ARBITRAJE DE INVERSIONES INTRA-UNIÓN EUROPEA DERIVADO DEL TRATADO SOBRE LA CARTA DE LA ENERGÍA⁵⁸

5.1. Consideraciones introductorias sobre el tratado sobre la carta de la energía: la última trinchera del arbitraje de inversiones intra-UE

El concepto de paradoja se define como “hecho o expresión aparentemente contrarios a la lógica”⁵⁹. En este sentido, la existencia de tratados internacionales para el fomento y la protección de inversiones que vinculan a dos Estados miembros de la Unión Europea (UE) constituye un hecho aparentemente contrario a

⁵⁸ Por Iñigo IRURETAGOiena AGIRREZABALAGA. Este trabajo está realizado en el marco de las actividades de investigación del Grupo de Investigación Consolidado del Gobierno Vasco (referencia IT1039-16) y del proyecto de investigación del Ministerio de Ciencia e Innovación “La legalidad de la explotación de los recursos naturales de los territorios sometidos a dominación colonial y neocolonial y de los *global commons*” (PID2020-117936GB-I00).

⁵⁹ Definición de la Real Academia de la Lengua Española (<https://www.rae.es/>).

lógica de la integración, habida cuenta de que los operadores privados participan en un mercado único, en el marco de un espacio de libertad, seguridad y justicia, donde gozan de un alto grado de libertad y protección⁶⁰; la paradoja de los tratados de inversión alcanza, por supuesto, al arbitraje de inversiones intra-UE previsto en los mismos.

Con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, de la mano de la profunda modificación competencial introducida por este⁶¹, se precipitó un debate, apenas atendido hasta entonces en la UE, en torno a la legitimidad de la regulación internacional vigente sobre promoción y protección de inversiones extranjeras y su encaje en el ordenamiento jurídico de la Unión. Por una parte, la necesidad de definir y poner en marcha una nueva política de inversiones de la UE y, por otra, un número cada vez mayor de controversias arbitrales que enfrentaban a un Estado miembro con un inversor de otro Estado miembro, situó bajo las luces del foco la paradoja de los tratados y arbitrajes de inversión intra-UE. Es en este momento cuando se empieza a cuestionar seriamente si ese hecho aparentemente contrario a la lógica de la integración es, además, incompatible con el Derecho de la Unión.

La Comisión Europea, que desde el primer momento calificó los Acuerdos para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (APPRI) intra-UE como “anomalía”⁶², ha sido la que mayor empeño ha puesto en que el arbitraje de inversiones intra-UE sea considerado incompatible con el Derecho de la Unión y,

⁶⁰ En este sentido, el árbitro Marcelo G. Kohen en su Declaración de la opinión disidente en el asunto *Adamakopoulos y otros c. Chipre*, Caso CIADI n° ARB/15/49, de 3 de febrero de 2020, ap. 38, considera que los APPRI se vuelven obsoletos cuando ambos Estados parte devienen Estado miembro de la UE; asimismo, entiende que los APPRI son inconcebibles entre Estados miembros de la UE, tal y como demuestra el hecho de que nunca se haya celebrado un APPRI entre dos Estados que en el momento de la firma fueran Estados miembros de la Unión (ap. 77).

⁶¹ Al respecto *vid.* HINOJOSA MARTÍNEZ, L.M., “El alcance la competencia exterior europea en materia de inversiones”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n° 52, 2015, pp. 871–907; SHAN, W, y ZHANG, S., “The Treaty of Lisbon: Half Way toward a Common Investment Policy”, *European Journal of International Law*, vol. 21, n° 4, 2011, pp. 1049–1073; BUNGENBERG, M., “The Division of Competences Between the EU and Its Member States in the Area of Investment Politics”, en *International Investment Law and EU Law*, (eds. M. Bungenberg et al.), Springer, Verlag Berlin Heidelberg, 2011, pp. 29–42; REINISCH, A., “The Division of Powers Between the EU and Its Member States “After Lisbon””, en *International Investment Law and EU Law* (eds. M. Bungenberg et al.), Springer, Verlag Berlin Heidelberg, 2011, pp. 43–54.

⁶² *Apud.* *Eureko B.V. c. República de Eslovaquia*, Corte Permanente de Arbitraje, Caso N° 2008–13, decisión sobre jurisdicción de 26 de octubre de 2010, párr. 177. *Vid.* B. POULAIN y M. RAUX, “Actualité du droit européen des investissements internationaux”, *Revue générale de Droit International Public*, n° 1, 2011, pp. 127 y ss.

por tanto, el que más esfuerzos ha realizado para su desaparición. Tras un primer momento en el que los Estados miembros no se mostraron muy receptivos a los planes de la Comisión⁶³, que abogaba por la terminación de los APPRI intra-UE, y su infructuosa participación, como *amicus curiae*, en los procedimientos arbitrales, donde los órganos arbitrales sistemáticamente rechazaban las objeciones jurisdiccionales fundadas en argumentos de Derecho de la Unión⁶⁴, la sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto *Achmea* vino a transformar por completo el escenario⁶⁵.

En esta decisión histórica, el Tribunal de Justicia afirmó que los arts. 267 y 344 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una disposición de un tratado internacional celebrado entre Estados miembros, como el art. 8 del APPRI celebrado entre Países

⁶³ Vid. VIS-DUNBAR, D., “EU Member States reject the call to terminate intra-EU bilateral investment treaties”, *Investment Treaty News*, IISD, febrero de 2009, disponible en <https://www.iisd.org/itn/2009/02/10/eu-member-states-reject-the-call-to-terminate-intra-eu-bilateral-investment-treaties/>. (última consulta: 01/11/2021); POULAIN, B. y RAUX, M., “Actualité du droit européen...”, *loc. cit.*, pp. 132–133.

⁶⁴ Ha habido, por tanto, una práctica arbitral consolidada, tal y como se ha señalado en el asunto *Blusun c. Italia*, Caso CIADI n° ARB/14/3, laudo, de 27 de diciembre de 2016, aps. 292–303, en el epígrafe “the state of the authorities”. Entre otros muchos, caben ser destacados los asuntos: *Eastern Sugar c. República Checa*, SCC n° 088/2004, laudo parcial, de 27 de marzo de 2007; *Eureko B.V. c. República de Eslovaquia*, CPA Caso n° 2008–13, de 26 de octubre de 2010 (luego, *Achmea*); *AES Summit Generation Limited c. Hungría*, Caso CIADI n° ARB/07/22, laudo, 10 de septiembre de 2010; *Electrabel S.A. c. Hungría*, Caso CIADI n° ARB/07/19, decisión sobre jurisdicción, de 30 de noviembre de 2012; *European American Investment Bank AG (EURAM) c. República de Eslovaquia*, Corte Permanente de Arbitraje, Caso N° 2010–17; *Charanne c. España*, SCC n° 062/2012, laudo final, de 21 de enero de 2016; *RREEF Infrastructure c. España*, Caso CIADI n° ARB/13/30, decisión sobre jurisdicción, de 6 de junio de 2016; *Eiser c. España*, Caso CIADI No. ARB/13/36, laudo de 4 de mayo 2017; *Isolux c. España*, Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo, caso n° V2013/153; *Novenergia II c. España*, SCC n° 2015/063, laudo de 15 de febrero de 2018. *vid.* REINISCH, A., “Articles 30 and 59 of the Vienna Convention on the Law of Treaties in Action: The Decisions on Jurisdiction in the *Eastern Sugar* and *Eureko* Investment Arbitrations”. *Legal Issues of Economic Integration*, vol. 39, n° 2, 2012, pp. 157–178.

⁶⁵ Sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de marzo de 2018, *Achmea*, asunto C–284/16, EU:C:2018:158. Sobre la sentencia *Achmea*, *vid.* comentarios: FERNÁNDEZ PONS, A., “Comentario a la sentencia del TJUE sobre el asunto *Achmea*, su contexto y sus implicaciones”, *Revista General de Derecho Europeo*, n° 46, 2018, pp. 1–49; IRURETAGOIANA AGIRREZABALAGA, I., “La sentencia del TJUE en el asunto *Achmea*: el adiós al arbitraje de inversiones de los APPRI intra-UE en la Unión Europea (y algo más)”, *La Ley: Unión Europea*, sección Doctrina, n° 60, 30 de junio, 2018, pp. 1–23. VV. AA., “Special Section – The *Achmea* Case Between International Law and European Union Law” (ed. BARBOU DES PLACES, S. CIMIOTTA, E. y SANTOS VARA, J.), *European Papers – A Journal on Law and Integration*, vol. 4, n° 1, 2019, pp. 7–121.

Bajos y Eslovaquia, conforme a la cual un inversor de uno de esos Estados miembros puede, en caso de controversia sobre inversiones realizadas en el otro Estado miembro, iniciar un procedimiento contra este último Estado miembro ante un tribunal arbitral cuya competencia se ha comprometido a aceptar dicho Estado miembro⁶⁶.

La decisión *Achmea*, habiendo reforzado a la Comisión en su posición inicial, sin duda ha acelerado el proceso de terminación de los APPRI intra-UE. Aunque hubiera sido posible oponerse a una traslación automática de la conclusión alcanzada en esta decisión a todos los APPRI intra-UE vigentes en los Estados miembros, exigiendo un análisis caso por caso, tanto la Comisión como la mayoría de los Estados miembros han considerado que la incompatibilidad declarada en *Achmea* afecta a todos los APPRI intra-UE⁶⁷, hecho que se ha puesto de manifiesto, finalmente, en la firma y entrada en vigor del Acuerdo para la Terminación de los Tratados Bilaterales de Inversión entre los Estados miembros de la Unión Europea, de 5 de mayo de 2020, adoptado por 23 de los Estados miembros⁶⁸.

Encauzado el “problema” de los APPRI intra-UE, llegaba el momento de abordar la cuestión del Tratado sobre la Carta de la Energía (TCE), de hacer frente a la última trinchera del arbitraje de inversiones intra-UE.

El TCE fue una iniciativa impulsada por la Unión Europea ante la descomposición de la Unión Soviética en el contexto del final de la guerra fría⁶⁹. Este tratado

⁶⁶ Sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de marzo de 2018, *Achmea*, asunto C-284/16, EU:C:2018:158, ap. 62.

⁶⁷ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo *Protección de la inversión intra-UE*, de 19 de julio de 2018, COM(2018) 547 final, p. 4; Declaración de los representantes de los Gobiernos de 22 Estados miembros de la Unión, *On the Legal Consequences of the Judgment of the Court of Justice in Achmea and on Investment Protection in the European Union*, de 15 de enero de 2019, p. 1, disponible en https://ec.europa.eu/info/publications/190117-bilateral-investment-treaties_en (última consulta: 01/11/2021).

⁶⁸ DO L 169 de 29.5.2020, p. 1/41. En vigor desde 29 de agosto de 2020, DO L 281 de 28.8.2020, p. 1/1. Vid. FERMEGLIA, M. y MISTURA, A. “Killing all birds with one stone: Is this the end of Intra-EU BITs (as we know them)”, *EJIL:Talk! Blog of the European Journal of International Law*, 26 de mayo, 2020, disponible en <https://www.ejiltalk.org/killing-all-birds-with-one-stone-is-this-the-end-of-intra-eu-bits-as-we-know-them/> (última consulta: 01/11/2021). SZCZESNIAK, A. y ZANOWSKA, A., “New Agreement Between EU Member States: Is This the (Definite) End of Intra-EU Investment Arbitration?”, *Global Arbitration News*, 19 mayo 2020, disponible en <https://globalarbitrationnews.com/new-agreement-between-eu-member-states-is-this-the-definite-end-of-intra-eu-investment-arbitration/> (última consulta: 01/11/2021).

⁶⁹ FATOUROS, A.A., “An International Legal Framework for Energy”, *Recueil des Cours de l'Académie de La Haye de droit international*, t. 332, 2007, pp. 409-410.

fue, en gran parte, producto de la política energética, económica y política exterior de la UE, y tuvo como objetivo servir de antesala a una futura adhesión de algunos de estos Estados⁷⁰, promocionar la inversión europea en el sector energético de los países de la Europa central y oriental y asegurar, de esta manera, en un momento de incertidumbre y respecto a una cuestión estratégica, la diversificación de las fuentes y el suministro de energía en la UE⁷¹.

La relevancia del TCE, respecto de la realidad del arbitraje intra-UE, se mide tanto desde una perspectiva cuantitativa como cualitativa. De los 142 procedimientos arbitrales iniciados en el marco del TCE, 88 son asuntos intra-UE, es decir, litigios en los que una de las partes es un Estado miembro y la otra un inversor de otro Estado miembro⁷². Por su parte, las cuestiones sustantivas discutidas en estos procedimientos se refieren a aspectos, hoy, centrales del Derecho de las inversiones extranjeras, directamente vinculados a su legitimidad, como la distinción entre las medidas regulatorias legítimas del Estado (dirigidas a la realización de políticas públicas de interés general) y las medidas estatales que implican una violación de las normas de protección previstas en el TCE y, por tanto, deben ir acompañadas del pago de una indemnización⁷³. Desde esta segunda perspectiva, además, cabe destacar que, en la actualidad, el TCE está actuando *de facto*

⁷⁰ WÄLDE, T.W., "Investment Arbitration under the Energy Charter Treaty: An Overview of Key Issues", *Transnational Dispute Management*, vol. 1, n° 2 – May 2004, p. 2.

⁷¹ SUSSMAN, E., "The Energy Charter Treaty's Investor Protection Provisions: Potential to Foster Solutions to Global Warming and Promote Sustainable Development", *ILSA Journal of International & Comparative Law*, vol. 14, n° 2, 2008, pp. 391–392.

⁷² Según datos de la Secretaría de la Carta de la Energía, actualizados a 3 de agosto de 2021, disponible en <https://www.energychartertreaty.org/cases/statistics/>

⁷³ En este sentido, las disputas relativas a los recortes aplicados a las renovables en Italia, República Checa y, sobre todo, en España, en este último caso con más de 50 demandas recibidas, constituyen un claro ejemplo, por una parte, de alto número de controversias derivadas del TCE y, por otra, de la problemática de la delimitación del derecho a regular de los Estados y las protección debida a los inversores extranjeros en virtud del TCE. Al respecto *vid.* LÓPEZ ESCUDERO, M., "Arbitrajes de inversiones contra España por los recortes en los incentivos a la generación eléctrica mediante energías renovables", en *España y la práctica del Derecho internacional: LXXV Aniversario de la Asesoría Jurídica Internacional del MAEC* (coord. José Martín y Pérez de Nanclares), 2014, págs. 223–265; FERNÁNDEZ PÉREZ, A., "Los contenciosos arbitrales contra España al amparo del Tratado sobre la Carta de la Energía y la necesaria defensa del Estado", *Arbitraje: revista de arbitraje comercial y de inversiones*, vol. 7, n° 2, 2014, pp. 369–397; FERNÁNDEZ MASIÁ, F., "España ante el arbitraje internacional por los recortes a las energías renovables: una representación en tres actos, por ahora", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2017, vol. 9, n° 2, pp. 666–676; REQUENA CASANOVA, M. "Los arbitrajes de inversiones contra España por los recortes a las energías renovables: ¿cambio de tendencia en la saga de arbitrajes o fin de etapa tras la sentencia Achmea?", *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, num.42/2019; SUCIU, D.C., "Los arbitrajes de energías renovables contra España a la luz de la sentencia del

como un obstáculo para la consecución de los objetivos europeos asociados a la transición ecológica y a la lucha contra el cambio climático, en la medida en que está sirviendo de paraguas jurídico para inversores de la industria de combustibles fósiles⁷⁴. Este último hecho no deja de ser una paradoja añadida del TCE que hace cuestionar su vigencia⁷⁵, al menos en sus términos actuales, en este nuevo escenario donde la transición hacia una economía más verde constituye, casi con total seguridad, la principal y la más inmediata urgencia europea y global.

Dado el gran volumen de controversias intra-UE que produce el TCE y la importancia de los temas que las mismas tratan, no es de extrañar que la cuestión de su compatibilidad con el ordenamiento jurídico de la Unión haya, finalmente, llegado a manos del TJUE. Resulta comprensible que este problema haya llegado al TJUE con posterioridad al de los APPRI intra-UE, habida cuenta de que el TCE presenta al menos dos rasgos específicos que complican su análisis: en primer lugar, el carácter multilateral del Tratado, con numerosos Estados parte que son ajenos a la UE, y; en segundo lugar, el hecho de que la propia UE, junto a todos sus Estados miembros —excepto Italia—, también sea parte en el Tratado⁷⁶. Han sido tres los cauces por los cuáles ha llegado el problema del TCE al TJUE: por remisión prejudicial realizada por un tribunal francés en relación con una solicitud de anu-

Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el asunto Achmea”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, nº 37, junio 2019.

⁷⁴ Por ejemplo, los asuntos *RWE c. Países Bajos*, Caso CIADI nº ARB/21/4 y *Uniper c. Países Bajos*, Caso CIADI nº ARB/21/22. Vid. BERNASCONI-OSTERWALDER, N. y BRAUCH, M.D., “Redesigning the Energy Charter Treaty to Advance the Low-Carbon Transition”, *Transnational Dispute Management*, febrero 2019; DI SALVATORE, L., BERNASCONI-OSTERWALDER, N. y SCHAUGG, L., “Despite consensus on the ECT’s incompatibility with the global climate agenda, claims that it is well-suited for the clean energy transition persist”, *Investment Treaty News*, 8 de octubre de 2021. Sin embargo, ha habido estudios que han analizado las potencialidades que ofrece el TCE para luchar contra el calentamiento global y el desarrollo sostenible; en este sentido, vid. SUSSMAN, E., “The Energy Charter Treaty’s Investor Protection Provisions: Potential to Foster Solutions to Global Warming and Promote Sustainable Development”, *ILSA Journal of International & Comparative Law*, vol. 14, nº 2, 2008, pp. 391–404.

⁷⁵ BERNASCONI-OSTERWALDER, N., SCHAUGG y VAN DEN BERGHE, A., “Energy Charter Treaty Reform: Why withdrawal is an option”, *Investment Treaty News*, vol. 12, nº 2, junio 2021, pp. 16–20

⁷⁶ Junto a otros 23 Estados, tanto la UE y Euratom como todos sus Estados miembros, excepto Italia, han ratificado el TCE. Decisión 98/181/CE, CEEA y Euratom del Consejo y de la Comisión, de 23 de septiembre de 1997, relativa a la conclusión, por parte de las Comunidades Europeas, del Tratado sobre la Carta de la Energía y el Protocolo de la Carta de la Energía sobre la eficacia energética y los aspectos medioambientales relacionados, DO L 69 de 9 de marzo de 1998. Italia denunció el TCE el 31 de diciembre de 2014, siendo esta denuncia efectiva desde el 1 de enero de 2016.

lación de un laudo arbitral que condena a Moldavia al pago de una indemnización a favor de un inversor ucraniano⁷⁷; por una segunda petición de decisión prejudicial planteada por un tribunal sueco en el marco de una acción de anulación de un laudo que implica al Estado italiano e inversores de la UE⁷⁸, y; a través de la solicitud de dictamen realizada por Bélgica para que el TJUE se pronuncie sobre la compatibilidad del proyecto de TCE modernizado con el Derecho de la Unión⁷⁹. No obstante, ha sido, de los tres, en el marco del asunto que menos se prestaba a ello —asunto *República de Moldavia / Komstroy*—, donde el Tribunal ha venido a afirmar que el ordenamiento jurídico de la Unión se opone, también, al arbitraje intra-UE derivado del TCE.

5.2. La decisión *Achmea* y su impacto en el TCE

Desde los primeros arbitrajes de inversión intra-UE, tanto los Estados miembros actuando como demandados, como la Comisión Europea actuando en calidad de *amicus curiae*, han defendido sistemáticamente ante los tribunales arbitrales la no aplicación del TCE en las relaciones *inter se* de los Estados miembros de la UE. Sin embargo, todos los tribunales, sin excepción, han rechazado sus argumentos⁸⁰.

⁷⁷ C-741/19, *República de Moldavia / Komstroy*.

⁷⁸ C-155/21, *Athena Investments y otros*.

⁷⁹ Dictamen C-1/20. Solicitud de dictamen presentada por el Reino de Bélgica en virtud del art. 218 TFUE, apartado 11.

⁸⁰ Tal y como ha puesto de relieve el tribunal en el asunto *Foresight Luxembourg Solar 1 S.À.R.L. et alt. c. España*, SCC Arbitration V (2015/150), laudo final, de 14 de noviembre de 2018, ap. 221: “the Tribunal (...) it is not aware of a single award that has found “intra-EU” disputes to be excluded from the scope of Article 26(1) ECT. By contrast, the Claimants led the Tribunal to eighteen awards in which jurisdiction over intra-EU investment treaty disputes has been upheld. Since the Hearing, at least two more published awards (*Novenergia v. Spain* and *Masdar v. Spain*) have reached the same conclusion”. Para comprender la argumentación que han empleado estos tribunales para defender la aplicación del TCE entre los estados miembros, junto al laudo *Foresight* (aps. 198–213) *vid.*, en especial, *Masdar Solar & Wind Cooperatief U.A. c. España*, Caso CIADI n° ARB/14/1, laudo, de 16 de mayo de 2018, aps. 296–324; *Vattenfall c. Alemania*, Caso CIADI n° ARB/12/12, Decisión sobre la Cuestión de *Achmea*, de 31 de agosto de 2018, aps. 170–210. *NextEra Energy Global Holdigns c. España*, Caso CIADI n° ARB/14/11, decisión sobre jurisdicción y responsabilidad, de 12 de marzo de 2019, aps. 339–344; *Eskosol c. Italia*, Caso CIADI n° ARB/15/50, Decisión sobre la Solicitud de Italia para la inmediata terminación y la objeción jurisdiccional basada en la inaplicabilidad del Tratado sobre la Carta de la Energía a las disputas intra-UE, de 7 de mayo de 2019, aps. 78–107; *Belenergia c. Italia*, Caso CIADI n° ARB/15/40, laudo, de 6 de agosto de 2019, aps. 294–314.

El abogado general M. Wathelet, en las conclusiones presentadas en el marco del asunto *Achmea*, coincidía con la posición de los tribunales arbitrales al afirmar que el TCE opera incluso entre los Estados miembros, dado que este se celebró como un acuerdo multilateral ordinario en el que todas las partes contratantes participan en pie de igualdad, precisando, además, que tanto las disposiciones materiales como las relativas al arreglo de diferencias inversor-Estado funcionan entre los Estados miembros⁸¹. Y, en alusión a la cuestión de la compatibilidad del TCE con el Derecho de la Unión, concluía: “Debo señalar que, si ninguna institución de la Unión ni ningún Estado miembro ha solicitado al Tribunal de Justicia un dictamen acerca de la compatibilidad de dicho Tratado con los Tratados UE y FUE, ha sido porque no existía la menor sospecha de una supuesta incompatibilidad”⁸².

No obstante, el Tribunal Justicia, en su sentencia del caso *Achmea*, adoptando una posición más prudente, optó por guardar silencio, por no hacer ninguna referencia al TCE, dejando, así, abierta la cuestión de la compatibilidad del arbitraje de inversiones previsto en el mismo. Aunque también es verdad que el Tribunal de Justicia, para alcanzar su conclusión, recurrió, entre otros, al argumento de que el APPRI en cuestión no había sido celebrado por la propia UE⁸³. ¿Insinuaba, quizás, que si fuera tal el caso la conclusión podría ser distinta?

La cadena de reacciones posterior a *Achmea* no fue tan cauta como el Tribunal de Justicia. Así, la Comisión Europea se apresuró a confirmar que la sentencia *Achmea* también resultaba relevante para el arbitraje del art. 26 del TCE. En el caso de que el mecanismo del art. 26 TCE también fuera operativo entre un Estado miembro e inversores de otro Estado miembro, la Comisión entiende que el razonamiento del Tribunal de Justicia afecta igualmente a la aplicación intra-UE de esta disposición y puntualiza que el hecho de que la UE sea parte del TCE no afecta a esta conclusión⁸⁴.

En la misma línea, veintidós de los Estados miembros de la UE, en la declaración sobre las consecuencias jurídicas de la sentencia *Achmea* y sobre la pro-

⁸¹ Conclusiones del abogado general M. Wathelet, 19 de septiembre de 2017, *Achmea*, asunto C-284/16, EU:C:2017:699., ap. 43.

⁸² *Ibid.*, ap. 43.

⁸³ Sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de marzo de 2018, *Achmea*, asunto C-284/16, EU:C:2018:158, ap. 58, establece que “en el presente asunto, además de que los litigios comprendidos en el ámbito de competencias del tribunal arbitral previsto en el art. 8 del TBI pueden tener por objeto la interpretación tanto de dicho Tratado como del Derecho de la Unión, la posibilidad de someter estos litigios a un organismo que no constituye un elemento del sistema jurisdiccional de la Unión está establecida por un tratado que no ha sido celebrado por la Unión, sino por ciertos Estados miembros” (énfasis añadido). GAILLARD, E., “L’affaire Achmea ou les conflits de logiques”, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 2018, p. 629.

⁸⁴ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo *Protección de la inversión intra-UE*, de 19 de julio de 2018, COM(2018) 547 final, p. 4.

tección de la inversión en la Unión, sostenían que en el supuesto de considerar que el mecanismo arbitral del TCE también se aplica entre los Estados miembros, esta previsión sería incompatible con los Tratados de la Unión y debería dejarse de aplicar⁸⁵. Hubo, sin embargo, otros cinco Estados miembros que se mostraron más prudentes; según estos, teniendo en cuenta, primero, que la sentencia *Achmea* guarda silencio sobre la cláusula de arreglo de diferencias inversor–Estado del TCE, segundo, que los tribunales arbitrales posteriores a *Achmea* siguen considerando aplicable esta cláusula entre los Estados miembros y, tercero, que esta interpretación de los tribunales arbitrales había sido cuestionada ante los tribunales nacionales de un Estado miembro, resultaba inapropiado expresar una opinión sobre el problema de la compatibilidad⁸⁶.

Por su parte, el Acuerdo para la Terminación de los Tratados Bilaterales de Inversión entre los Estados miembros de la Unión Europea, de 5 de mayo de 2020, por un lado, ha señalado que el Acuerdo no se aplica a los procedimientos intra–UE basados en el art. 26 del TCE y, por otro, ha anunciado que este asunto será tratado por la UE y los Estados miembros con posterioridad⁸⁷.

En contraste con la corriente mayoritaria observada en el ámbito de la Unión, la práctica arbitral posterior a *Achmea* se ha mostrado reacia a extender las consecuencias de esta decisión al TCE. Así, por ejemplo, el tribunal arbitral de *Masdar c. España* ha considerado que el TJUE simplemente guarda silencio sobre el tema del TCE, lo que le ha servido para hacer suya la posición del abogado general, quien no ha observado motivos para sospechar de la existencia de incompatibilidades⁸⁸. En el asunto *Vattenfall c. Alemania*, el tribunal arbitral coincide con *Masdar* en afirmar que el Tribunal de Justicia guarda silencio sobre el tema y sostiene

⁸⁵ Declaración de los representantes de los Gobiernos de 22 Estados miembros de la Unión, *On the Legal Consequences of the Judgment of the Court of Justice in Achmea and on Investment Protection in the European Union*, de 15 de enero de 2019, p. 2, disponible en https://ec.europa.eu/info/publications/190117-bilateral-investment-treaties_en (última consulta: 01/11/2021).

⁸⁶ Declaración de los representantes de los Gobiernos de 5 Estados miembros de la Unión, *On the Enforcement of the Judgment of the Court of Justice in Achmea and on Investment Protection in the European Union*, de 16 de enero de 2019, p. 3, disponible en https://ec.europa.eu/info/publications/190117-bilateral-investment-treaties_en (última consulta: 01/11/2021). En el mismo sentido se manifestó Hungría en su Declaración individual: Declaración del representante del Gobierno de Hungría, *On the Legal Consequences of the Judgment of the Court of Justice in Achmea and on Investment Protection in the European Union*, de 16 de enero de 2019, p. 1, disponible en https://ec.europa.eu/info/publications/190117-bilateral-investment-treaties_en (última consulta: 01/11/2021).

⁸⁷ Preámbulo del Acuerdo. DO L 169 de 29.5.2020, p. 2.

⁸⁸ *Masdar Solar & Wind Cooperatief U.A. c. España*, Caso CIADI nº ARB/14/1, laudo, de 16 de mayo de 2018, ap. 682.

que, tratándose de una cuestión abierta, resulta difícil extender las conclusiones de *Achmea* al TCE, dado que la seguridad jurídica exige que cualquier norma de Derecho internacional pertinente que deba tenerse en cuenta para la interpretación sea clara⁸⁹. En la misma línea se ha expresado el tribunal arbitral en el asunto *Eskosol c. Italia* al sostener que *Achmea* no alcanza al TCE; y ello porque en *Achmea* el TJUE solo se refiere a los tratados bilaterales y no se puede presumir que sus consideraciones sean extensibles *mutatis mutandis* a tratados multilaterales que implican Estados no miembros de la UE⁹⁰. En este sentido, el tribunal arbitral de *Vattenfall* también ponía de manifiesto que el TCE no es un acuerdo concluido “entre Estados miembros”, que se trata de un tratado multilateral en el que la UE es parte, junto a sus Estados miembros, y que la redacción del art. 26 TCE y del art. 8 del APPRI de Países Bajos y Eslovaquia también es distinta⁹¹. En relación con la distinta redacción de las cláusulas arbitrales, el tribunal de *Eskosol* considera especialmente relevante las diferencias existentes entre las previsiones relativas a la ley que deben aplicar los tribunales arbitrales para resolver las controversias⁹². En fin, toda una batería de argumentos que han conducido a los tribunales arbitrales a rechazar las objeciones jurisdiccionales basadas en la decisión *Achmea*. Sin embargo, como novedad respecto a la práctica anterior, el tribunal arbitral en el asunto *Cavalum SGPS c. España*, sostuvo que al menos había posibilidades, y quizás probabilidades, de que, en caso de que la cuestión de compatibilidad se plantease ante el TJUE, este aplicase la sentencia *Achmea* al arbitraje derivado del TCE⁹³.

⁸⁹ *Vattenfall c. Alemania*, Caso CIADI n° ARB/12/12, Decisión sobre la Cuestión de *Achmea*, de 31 de agosto de 2018, ap. 164. Por todo ello, concluye el tribunal que “*EU law may not be “taken into account” under the principles in VCLT Article 31 to interpret Article 26 ECT in the manner sought by the EC — and in particular, it cannot be used to generate a meaning of Article 26 that departs from the ordinary meaning of the terms of that Article*” (ap. 165).

⁹⁰ *Eskosol c. Italia*, Caso CIADI n° ARB/15/50, Decisión sobre la Solicitud de Italia para la inmediata terminación y la objeción jurisdiccional basada en la inaplicabilidad del Tratado sobre la Carta de la Energía a las disputas intra-UE, de 7 de mayo de 2019, aps. 168–169.

⁹¹ *Vattenfall c. Alemania*, Caso CIADI n° ARB/12/12, Decisión sobre la Cuestión de *Achmea*, de 31 de agosto de 2018, ap. 162.

⁹² *Eskosol c. Italia*, Caso CIADI n° ARB/15/50, Decisión sobre la Solicitud de Italia para la inmediata terminación y la objeción jurisdiccional basada en la inaplicabilidad del Tratado sobre la Carta de la Energía a las disputas intra-UE, de 7 de mayo de 2019, aps. 171–177.

⁹³ *Cavalum SGPS c. España*, Caso CIADI n° ARB/15/34, Decisión sobre jurisdicción, responsabilidad y directrices sobre el quantum, de 31 de agosto de 2020, ap. 356.

5.3. La decisión *República de Moldavia / Komstroy*: el TJUE declara que el derecho de la UE se opone al arbitraje intra-UE derivado del TCE

Era cuestión de tiempo que el TJUE resolviera la cuestión de la compatibilidad del arbitraje de inversiones intra-UE derivado del TCE con el Derecho de la Unión. El Tribunal de Justicia tenía ante sí dos oportunidades inmejorables para ello: por una parte, la que plantea la solicitud de decisión prejudicial, realizada por la *Svea Hovrätt* (Suecia) en el marco de una acción de anulación relativa un laudo que implica al Estado italiano e inversores de la UE, donde, precisamente, se pregunta por la aplicación del art. 26 TCE a las controversias intra-UE y, en caso de que así lo entienda el TJUE, si el Derecho de la Unión se opone a ese arbitraje intra-UE⁹⁴. Por otra parte, está la oportunidad abierta por la solicitud de dictamen de Bélgica dirigida al TJUE para que este se pronuncie sobre la compatibilidad del proyecto de TCE modernizado con los tratados de la Unión (en particular con los arts. 19 TUE y 344 TFUE)⁹⁵.

Sin embargo, ha sido la ocasión que ofrecía la sentencia relativa al asunto *República de Moldavia / Komstroy* la que ha aprovechado el Tribunal de Justicia para pronunciarse, finalmente, sobre el arbitraje intra-UE del TCE⁹⁶. Resulta sorprendente que el Tribunal haya decidido acometer el problema del arbitraje intra-UE en el marco de una petición de decisión prejudicial relativa a un arbitraje entre un Estado no miembro de la UE y un inversor de otro Estado no miembro de la UE. Mayor es la sorpresa cuando se observa que las cuestiones prejudiciales planteadas por la *Cour d'Appel* de París se refieren al concepto de inversión del TCE y en ningún momento mencionan el problema de los arbitrajes intra-UE.

En efecto, animado por el abogado general⁹⁷, el Tribunal de Justicia ha necesitado hacer dos arriesgadas piruetas para justificar, de forma no del todo convin-

⁹⁴ Petición de decisión prejudicial planteada por el *Svea Hovrätt* (Suecia) el 10 de marzo de 2021 — *República Italiana / Athena Investments A/S (antigua Greentech Energy Systems A/S), NovEnergia II Energy & Environment (SCA) SICAR, NovEnergia II Italian Portfolio SA* (Asunto C-155/21), DO C 206/19 de 31.5.2021.

⁹⁵ Solicitud de dictamen presentada por el Reino de Bélgica en virtud del art. 218 TFUE, apartado 11 (Dictamen C-1/20), DO C 53/18 de 15.2.2021. *Vid.* HAPPOLD, M., “Belgium asks European Court of Justice to opine on compatibility of Energy Charter Treaty’s investor-State arbitration provisions with EU law”, *EJIL:Talk!*, 8 de diciembre 2020; SCHACHERER, S., “The uncertain future of the Energy Charter Treaty: Belgium asks the European Court of Justice to rule on the compatibility of the modernized ECT with EU law”, *Investment Treaty News*, 23 de marzo 2021.

⁹⁶ Sentencia del Tribunal de Justicia de 2 de septiembre de 2021, *República de Moldavia*, asunto C-741/19, EU:C:2021:655.

⁹⁷ Las conclusiones del Abogado General M. Szpunar, presentadas el 3 de marzo de 2021, Asunto C-741/19, *República de Moldavia / Komstroy*, EU:C:2021:164, instaban al TJUE a pronunciarse sobre la compatibilidad del arbitraje intra-UE derivado del

cente, la pertinencia de entrar a valorar si el ordenamiento jurídico de la Unión se opone al arbitraje de inversiones intra-UE del TCE.

La primera: a pesar de reconocer que, en principio, el TJUE “no es competente para interpretar un acuerdo internacional por lo que se refiere a su aplicación en el marco de una controversia no comprendida en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión”, tal y como sucede “cuando esa controversia enfrenta a un inversor de un tercer Estado con otro tercer Estado”⁹⁸, el Tribunal de Justicia ha considerado que esta limitación no opera, habida cuenta de que el art. 1.6 del TCE (la disposición que recoge el concepto de inversión) puede aplicarse tanto a situaciones regidas por el Derecho de la UE⁹⁹ como a situaciones no regidas por este y, por tanto, tal y como ha señalado reiterada jurisprudencia, “existe un interés manifiesto de la Unión en que, con el fin de evitar futuras divergencias de interpretación, dicha disposición reciba una interpretación uniforme”¹⁰⁰. Este argumento, junto al amplio margen de apreciación y autoridad que reconoce a los tribunales internos a la hora de valorar la necesidad y la pertinencia de las cuestiones prejudiciales¹⁰¹, le ha servido al TJUE para justificar entrar a conocer de las cuestiones planteadas. Esta primera pirueta, sin embargo, por sí misma no bastaba para entrar a resolver el tema de los arbitrajes intra-UE.

La segunda pirueta, más tosca, si cabe, que la primera, ha consistido en vincular la respuesta a la primera cuestión prejudicial –si el concepto de inversión del art. 1.6º TCE debe interpretarse en el sentido que cubra un crédito derivado de un contrato de compraventa de electricidad que no ha implicado aportación alguna por el inversor en el Estado de acogida– con la necesidad (inexistente)

TCE. *vid.* el comentario crítico de LAVRANOS, N., “Is the Court of Justice of the EU the Ultimate Judge of the ECT?”. *Kluwer Arbitration Blog*, april 9, 2021, y de SCHEU, J. y NIKOLOV, P., “AG Szpunar’s Opinion in Case C–741/19: Preparing the End of Intra–EU Investment Arbitration Under the Energy Charter Treaty?”. *Kluwer Arbitration Blog*, 25 mayo, 2021.

⁹⁸ Sentencia del Tribunal de Justicia de 2 de septiembre de 2021, *República de Moldavia*, asunto C–741/19, EU:C:2021:655, ap. 28.

⁹⁹ *Ibid.*, ap. 31; el Tribunal de Justicia afirma “que podría verse obligado, en un asunto directamente comprendido en el ámbito del Derecho de la Unión, como un litigio relativo a una controversia entre un operador de un tercer Estado y un Estado miembro, a pronunciarse sobre la interpretación de esas mismas disposiciones del TCE”.

¹⁰⁰ *Ibid.*, aps. 29–31, de forma particular ap. 29. En este sentido, *vid.*, por ejemplo, Sentencia del Tribunal de Justicia, de 17 de julio de 1997, *Giloy/Hauptzollamt Frankfurt am Main–Ost*, asunto C–130/95, ap. 28; Sentencia del Tribunal de Justicia de 16 de junio de 1998, *Hermès International/FHT Marketing Choice*, asunto C–53/96, ap. 32.

¹⁰¹ Sentencia del Tribunal de Justicia de 2 de septiembre de 2021, *República de Moldavia*, asunto C–741/19, EU:C:2021:655, aps. 35–37.

de precisar previamente si el art. 26 TCE resulta de aplicación a las disputas intra-UE¹⁰².

Una vez el TJUE se ha puesto en posición, comienza desarrollando, sin novedades aparentes, el concepto de autonomía del ordenamiento jurídico de la Unión, tal y como ha sido formulado progresivamente en su jurisprudencia previa¹⁰³, para luego adentrarse en el análisis de la compatibilidad del arbitraje intra-UE sobre la base de los argumentos empleados en el asunto *Achmea*.

Así, la primera cuestión que debe valorar el Tribunal de Justicia es si las controversias sometidas a los tribunales arbitrales creados en virtud del TCE pueden considerarse “relativas a la interpretación o aplicación de los Tratados” de la Unión¹⁰⁴, a los efectos de la aplicación del art. 344 TFUE. Para ello, resulta clave analizar la disposición sobre el derecho aplicable a las controversias arbitrales del TCE; sobre esto, el art. 26.6 TCE prevé que los tribunales arbitrales decidirán las cuestiones en litigio “con arreglo al presente Tratado y a las normas del Derecho internacional aplicables”¹⁰⁵. La práctica arbitral y, también, el abogado general del asunto *República de Moldavia / Komstroy*, han centrado su atención en la posibilidad de considerar el Derecho de la Unión dentro de la expresión “normas del Derecho internacional”. Tanto la opinión del abogado general (siguiendo la lógica de *Achmea*) como la de una parte de la práctica arbitral han estimado que esta expresión también cubre el Derecho de la Unión y, por tanto, los tribunales arbitrales podrían estar llamados a aplicar e interpretar las normas de este ordenamiento¹⁰⁶. Sin embargo, también ha habido decisiones arbitrales que, con

¹⁰² *Ibid.*, aps. 40–41. En este sentido, el interés por resolver el problema de la aplicación del TCE a las controversias entre un Estado miembro y un inversor de otro Estado miembro, se encuentra mejor justificado en las conclusiones del abogado general, presentadas el 3 de marzo de 2021, Asunto C-741/19, *República de Moldavia / Komstroy*, EU:C:2021:164. El Tribunal de Justicia, al modificar algunos de los argumentos del abogado general, en este punto, ha presentado un razonamiento menos sólido que aquél.

¹⁰³ Sentencia del Tribunal de Justicia de 2 de septiembre de 2021, *República de Moldavia*, asunto C-741/19, EU:C:2021:655, aps. 42–46.

¹⁰⁴ Respecto a la importancia que adquiere la aplicación del Derecho de la Unión en sede arbitral, *vid.* IRURETAGOIANA AGIRREZABALAGA, I., “Aplicación del Derecho de la Unión Europea en el arbitraje de inversiones”, en *Relaciones transfronterizas, globalización y derecho: Homenaje al prof. Dr. José Carlos Fernández Rozas* (Santiago Álvarez González, Rafael Arenas García, Pedro Alberto de Miguel Asensio, Sixto Sánchez Lorenzo, Gonzalo Stampa Casas Eds.), Thomson Reuters-Civitas, España, 2020, pp. 767–784.

¹⁰⁵ Cabe precisar que en otras versiones lingüísticas del TCE, el art. 26.6 se refiere a “normas y principios” del derecho internacional” y no solo a “normas”; por ejemplo, la versión inglesa, francesa, italiana o alemana.

¹⁰⁶ Conclusiones del Abogado General M. Szpunar, presentadas el 3 de marzo de 2021, Asunto C-741/19, *República de Moldavia / Komstroy*, EU:C:2021:164, ap. 75. En cuanto a la práctica arbitral en este mismo sentido, por ejemplo, *Electrabel S.A. c. Hungría*,

argumentos que no deben ser desmerecidos, han entendido lo contrario¹⁰⁷. El Tribunal de Justicia, finalmente, no ha entrado en este debate y ha adoptado un enfoque distinto para resolver la cuestión central. En la línea de su Dictamen 2/13¹⁰⁸ y la sentencia dictada en el asunto *Mox Plant*¹⁰⁹, el Tribunal de Justicia ha considerado que “el propio TCE es un acto del Derecho de la Unión”¹¹⁰ y, por

Caso CIADI n° ARB/07/19, decisión sobre jurisdicción, de 30 de noviembre de 2012, ap. 4.1195, donde se afirma que “*EU law (not limited to EU Treaties) forms part of the rules and principles of international law applicable to the Parties’ dispute under Article 26(6) ECT*”; *Blusun c. Italia*, Caso CIADI n° ARB/14/3, laudo, de 27 de diciembre de 2016, ap. 278; *Antin Infrastructure Services Luxembourg y Antin Energia Termosolar B.V. c. España*, Caso CIADI n° ARB/13/31, laudo, de 15 de junio de 2018, aps. 158–160; *Belenergia c. Italia*, Caso CIADI n° ARB/15/40, laudo, de 6 de agosto de 2019, aps. 290 y 292.

¹⁰⁷ Por ejemplo, recientemente, el tribunal arbitral encargado del asunto *Infracapital F1 S.à r.l. y Infracapital Solar B.V. c. España*, Caso CIADI n° ARB/16/18, Decisión sobre jurisdicción, responsabilidad e instrucciones sobre el quantum, de 13 de septiembre de 2021, ap. 493, ha afirmado que: “*It is uncontroversial that EU law derives from international treaties and is therefore governed by international law. However, it does not follow that EU law is international law in all circumstances. The reference to “international law” in Article 26(6) of the ECT must, in its context, only refer to public international law since the ECT is a multilateral treaty that governs the international relations between the EU, Member States, and non-EU States. Given that EU law only governs the relations between Member States, EU law cannot form part of the international law applicable between EU Member States and non-EU countries. Under EU treaties, EU law forms part of the internal law of Member States. In this respect, the role of the Tribunal is to apply the provisions of the ECT, and principles of public international law as may be applicable. The Tribunal may, however, take into account EU law as a matter of internal law in the application of the relevant international standards of protection under the ECT*”. Según *Greentech Energy Systems c. Italia*, arbitraje SCC n° V (2015/095), laudo final, de 23 de diciembre de 2018, ap. 397: “*In the context of the arbitral jurisdiction created by the ECT, reference to “international law” cannot be stretched to include EU law, absent doing violence to the text which would be impermissible under the Vienna Convention on the Law of Treaties*”. En la misma línea, *Eskosol c. Italia*, Caso CIADI n° ARB/15/50, Decisión sobre la Solicitud de Italia para la inmediata terminación y la objeción jurisdiccional basada en la inaplicabilidad del Tratado sobre la Carta de la Energía a las disputas intra-UE, de 7 de mayo de 2019, aps. 114–123.

¹⁰⁸ Dictamen 2/13 del Tribunal de Justicia, de 18 de diciembre de 2014, EU:C:2014:2454, ap. 204.

¹⁰⁹ Sentencia del Tribunal de Justicia de 30 de mayo de 2006, *Comisión/Irlanda*, asunto C–459/03, ECLI:EU:C:2006:345, apdos 120–121.

¹¹⁰ Sentencia del Tribunal de Justicia de 2 de septiembre de 2021, República de Moldavia, asunto C–741/19, EU:C:2021:655, ap. 49. Para completar la argumentación del Tribunal de Justicia, véase, los apartados 23 a 27 de la propia sentencia. En el mismo sentido, Declaración de los representantes de los Gobiernos de 22 Estados miembros de la Unión, *On the Legal Consequences of the Judgment of the Court of Justice in Achmea and on Investment Protection in the European Union*, de 15 de enero de 2019,

tanto, de ello deduce que un tribunal arbitral intra-UE del TCE “debe interpretar, e incluso aplicar, el Derecho de la Unión”¹¹¹.

Una vez resuelto por esta vía que las disputas arbitrales intra-UE del TCE pueden versar sobre la aplicación o interpretación de Derecho de la Unión, como segunda cuestión, el TJUE se plantea si un tribunal arbitral intra-UE constituido conforme al TCE puede ser considerado como “órgano jurisdiccional de un Estado miembro” en el marco del art. 267 TFUE, lo que en su caso le abriría las puertas de la remisión prejudicial y valdría para salvar la competencia exclusiva del TJUE como último intérprete del ordenamiento jurídico de la Unión. Recurriendo para ello al razonamiento empleado acertadamente en el asunto *Achmea*, el Tribunal concluye que no¹¹².

Tratándose, por tanto, de tribunales externos al sistema jurisdiccional de la UE, el Tribunal de Justicia, sin desprejarse de *iter* argumental de *Achmea*, realiza una tercera y última comprobación, consistente en valorar si el laudo dictado por un tribunal arbitral intra-UE del TCE está sujeto al control de un órgano jurisdiccional de un Estado miembro, de tal forma que ese control sirva para asegurar el pleno respeto del Derecho de la Unión. De esta forma, se garantizaría que las cuestiones relativas al Derecho de la Unión susceptibles de ser tratadas por ese tribunal arbitral sean sometidas, por la vía del procedimiento prejudicial, al Tribunal de Justicia. Al respecto, el Tribunal observa que el Derecho francés solo permite un control limitado, un control que, a diferencia de lo que sucede en el arbitraje

p. 2, disponible en https://ec.europa.eu/info/publications/190117-bilateral-investment-treaties_en (última consulta: 01/11/2021).

¹¹¹ Sentencia del Tribunal de Justicia de 2 de septiembre de 2021, *República de Moldavia*, asunto C-741/19, EU:C:2021:655, ap. 50.

¹¹² *Ibid.*, ap. 52. Sobre esta cuestión, *vid.* IRURETAGOIENA AGIRREZABALAGA, I., “Mecanismos de arreglo de diferencias entre inversores y estados (ISDS) y la autonomía del ordenamiento jurídico de la Unión Europea: ¿una ecuación (im)posible?”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, vol. 59, 2018, pp. 233–242. Hay autores que se habían posicionado a favor de encuadrar a los tribunales de inversión como “órganos jurisdiccionales de un estado miembro”: *vid.* a BASEDOW, J., “EU Law in International Arbitration: Referrals to the European Court of Justice”, *Journal of International Arbitration*, vol. 32, n° 4, 2015, pp. 367–386; ROVETTA, D., “Investment Arbitration in the EU After Lisbon: Selected Procedural and Jurisdictional Issues”, en *European Yearbook of International Economic Law, special issue: Common Commercial Policy after Lisbon*, Springer, 2013, pp. 227–228; HINDELANG, S., “Circumventing Primacy of EU Law and the CJEU’s Judicial Monopoly by Resorting to Dispute Resolution Mechanisms Provided for in Inter-se Treaties? The Case of Intra-EU Investment Arbitration”, *Legal Issues of Economic Integration*, vol. 39, 2012, pp. 201–203.

comercial, no resulta suficiente para superar el umbral exigido por el Derecho de la Unión que exige garantizar su “plena eficacia”¹¹³.

Llegado a este punto de la mano de *Achmea*, el Tribunal de Justicia se encuentra en la necesidad de hacer alguna precisión más, dar un paso más allá, teniendo en cuenta que el TCE presenta características particulares que lo diferencian de un APPRI al uso.

Primero, el Tribunal de Justicia no puede obviar el hecho de que la UE es, también, parte en el TCE. Por ello, comienza recordando que, según reiterada jurisprudencia del TJUE, la competencia de la UE en materia de relaciones internacionales y su capacidad para celebrar tratados internacionales “implican necesariamente la facultad de someterse a las resoluciones de un órgano jurisdiccional creado o designado en virtud de tales acuerdos, por lo que a la interpretación y a la aplicación de sus disposiciones se refiere, siempre que se respete la autonomía de la Unión y de su ordenamiento jurídico”¹¹⁴. Y seguidamente pasa a precisar que el ejercicio de esa competencia “no puede extenderse hasta el punto de permitir prever, en un acuerdo internacional, una disposición en virtud de la cual una controversia entre un inversor de un Estado miembro y otro Estado miembro relativa al Derecho de la Unión pueda quedar excluida del sistema jurisdiccional de la Unión, de manera que no se garantice la plena eficacia de ese Derecho”¹¹⁵. Si bien es cierto que para alcanzar esta conclusión se apoya en la sentencia *Achmea*¹¹⁶ —y en las conclusiones del abogado general—¹¹⁷, esta última afirmación constituye una novedad, un pequeño salto cualitativo respecto a la jurisprudencia anterior¹¹⁸, al tiempo que plantea dudas en cuanto a la solidez de su fundamentación jurídica. Y ello, en primer lugar, porque el APPRI sobre el que trata *Achmea*

¹¹³ Sentencia del Tribunal de Justicia de 2 de septiembre de 2021, *República de Moldavia*, asunto C-741/19, EU:C:2021:655, aps. 54–60.

¹¹⁴ *Ibid.*, ap. 61.

¹¹⁵ *Ibid.*, ap. 62.

¹¹⁶ *Ibid.*, ap. 63.

¹¹⁷ Conclusiones del Abogado General M. Szpunar, presentadas el 3 de marzo de 2021, Asunto C-741/19, *República de Moldavia / Komstroy*, EU:C:2021:164, aps. 82–83.

¹¹⁸ El precedente que, en su caso (y aunque dudosamente), podría haber servido mejor como asidero al Tribunal de Justicia es el Dictamen 2/13 del Tribunal de Justicia de 18 de diciembre de 2014, EU:C:2014:2454, aps. 204–213, donde el Tribunal ha señalado, por una parte, que “el art. 344 TFUE tiene por objeto preservar el carácter exclusivo de los modos de solución de esos litigios dentro la Unión, y en particular de la competencia jurisdiccional del Tribunal de Justicia a ese respecto, y se opone por tanto a cualquier control externo anterior o posterior” (ap. 210.) y, por otra que “únicamente sería compatible con el art. 344 TFUE una exclusión expresa de la competencia del TEDH resultante del art. 33 del CEDH respecto de los litigios entre Estados miembros o entre éstos y la Unión relativos a la aplicación del CEDH en el ámbito de aplicación material del Derecho de la Unión”.

no es un acuerdo producto del ejercicio de la competencia de la UE en materia de relaciones internacionales, sino resultado del consentimiento de los dos Estados que participan en el mismo; en segundo lugar, porque en *Achmea* la posibilidad de aplicar el Derecho de la UE no hace referencia al propio APPRI —es decir, al tratado que incorpora la opción del arbitraje—, y; en tercer lugar, porque el art. 344 TFUE, si se atiende a su literalidad, impone obligaciones a los Estados miembros y no a la propia UE.

Como segunda precisión, el Tribunal de Justicia valora si la naturaleza multilateral del tratado puede alterar las conclusiones alcanzadas anteriormente. Al respecto, considera que el art. 26 TCE, realmente, tiene por objeto regular relaciones bilaterales de las partes, de la misma forma en que lo hace un APPRI como en el que centró su análisis en el asunto *Achmea*. Es decir, a su modo de ver, y contrariamente a la práctica arbitral que también había valorado este aspecto¹¹⁹, el carácter multilateral, en este caso, resulta irrelevante¹²⁰, lo que está en consonancia, por otra parte, con las decisiones adoptadas anteriormente en el Dictamen 2/13 y en la sentencia de asunto *Mox Plant*.

Teniendo en cuenta todo lo anterior, el Tribunal de Justicia llega a la conclusión de que el art. 26.2º.c) del TCE “debe interpretarse en el sentido de que no es aplicable a las controversias entre un Estado miembro y un inversor de otro Estado miembro en relación con una inversión realizada por este en el primer Estado miembro”¹²¹. En definitiva, se confirma que el arbitraje intra-UE no tiene cabida en la Unión Europea. Esta decisión complica aún más el escenario abierto tras *Achmea*, donde la materialización de las consecuencias jurídicas que derivan de estas dos decisiones en clave interna de la UE choca frontalmente con la voluntad y la decisión de algunos inversores europeos de seguir adelante con las disputas arbitrales en curso o ya finalizadas y que se encuentran en fase de reconocimiento y ejecución ante los tribunales internos de un Estado miembro o no miembro de la Unión, incluso, con la posible decisión de iniciar nuevos procedimientos sobre la base de los tratados (también el TCE) que en ese momento se encuentren en vigor.

¹¹⁹ Vid., en este sentido, *Masdar Solar & Wind Cooperatief U.A. c. España*, Caso CIADI nº ARB/14/1, laudo, de 16 de mayo de 2018, apdo. 679; *Greentech Energy Systems c. Italia*, arbitraje SCC nº V (2015/095), laudo final, de 23 de diciembre de 2018, ap. 398.

¹²⁰ Sentencia del Tribunal de Justicia de 2 de septiembre de 2021, *República de Moldavia*, asunto C-741/19, EU:C:2021:655, ap. 64. En contra de esta posición se había manifestado, por ejemplo, BARTLETT CASTELLÁ, E.R., “La inaplicación de la cláusula arbitral del Tratado sobre la Carta de la Energía a las inversiones intra-europeas: una pírueta jurídica de la Comisión en su comunicación sobre protección de la inversión intra-UE de 19 de julio de 2018”, *Cuadernos Europeos de Deusto*, nº 61, 2019, p. 186.

¹²¹ Sentencia del Tribunal de Justicia de 2 de septiembre de 2021, *República de Moldavia*, asunto C-741/19, EU:C:2021:655, ap. 66.

5.4. Una ruta de escape para el arbitraje de inversiones del TCE donde una de las partes implica a un estado no miembro de la UE

El Tribunal de Justicia antes de concluir con su argumentación relativa al arbitraje intra-UE del TCE, y avanzar definitivamente sobre la última trinchera, es interesante observar cómo aprovecha la ocasión para abrir una ruta de escape para el arbitraje de inversiones del TCE que implica a un Estado miembro de la UE y a inversores de un Estado no miembro de la Unión (arbitraje extra-UE). El TJUE señala que la preservación de la autonomía y del carácter propio del Derecho de la Unión se opone a que el TCE pueda imponer la obligación de respetar los mecanismos arbitrales a los Estados miembros entre sí, “aunque el TCE puede obligar a los Estados miembros a respetar los mecanismos arbitrales que prevé en sus relaciones con los inversores de terceros Estados que sean también Partes contratantes de dicho Tratado respecto de inversiones que estos hayan realizado en dichos Estados miembros”¹²².

Esta última afirmación, a pesar de que no resulta necesaria para resolver la cuestión de la compatibilidad del arbitraje intra-UE, tiene gran interés y, me atrevería a decir, relevancia para el asunto que está conociendo el Tribunal de Justicia; un interés y una importancia que no han sido correspondidos por el Tribunal. Si, anteriormente, en este mismo trabajo se ponía de manifiesto la “necesidad inexistente” de precisar si el arbitraje intra-UE del TCE es compatible con el Derecho de la Unión para resolver la cuestión prejudicial planteada por la *Cour d’Appel* de París, dicho análisis estaría mucho más justificado en relación con el arbitraje del TCE entre un Estado miembro de la UE y un inversor de un Estado no miembro. Y ello, porque: primero, la competencia del TJUE en relación con las cuestiones prejudiciales se ha justificado en la posible aplicación del art. 1.6º TCE a situaciones regidas por el Derecho de la Unión (lo que exigiría evitar futuras divergencias de interpretación), y; segundo, el Tribunal entiende que se encontraría ante este tipo de situaciones cuando se diera “un litigio relativo a una controversia entre un operador de un tercer Estado y un Estado miembro”¹²³.

¿Está, tal vez, justificado que el tribunal haya resuelto en una simple afirmación (o ni siquiera se lo haya cuestionado realmente) el problema de la compatibilidad del arbitraje extra-UE, sin proceder a ningún análisis adicional? En este sentido, se podría argumentar que tanto la práctica arbitral (aunque escasa)¹²⁴, como la práctica de la propia UE —puesta de manifiesto en el tratamiento dado a los APPRI extra-UE, principalmente, a través de la adopción del Reglamento

¹²² *Ibid.*, ap. 65.

¹²³ *Ibid.*, ap. 31.

¹²⁴ *CMC Muratori Cementisti CMC Di Ravenna SOC. Coop. et alt. c. República de Mozambique*, Caso CIADI nº ARB/17/23, laudo, de 24 de octubre de 2019, aps. 313–339.

1219/2012¹²⁵— suponen una evidencia clara de que el arbitraje extra-UE es compatible con el Derecho de la Unión. Sin embargo, considero que, por motivos que mencionaré a continuación, esta cuestión requiere de un razonamiento más elaborado, en el que el Tribunal de Justicia ha evitado sumergirse.

El principal motivo se refiere al hecho de que el TCE (dando por bueno que no admite arbitrajes intra-UE y teniendo en cuenta que la UE es parte del mismo) se presta más a la analogía con los nuevos tratados de libre comercio e inversión de la UE, como el Acuerdo Económico y Comercial Global entre la Unión Europea y Canadá (CETA), que con los tratados bilaterales de inversión (APPRI). En este sentido, el TCE (no, así, los APPRI extra-UE), tal y como ha señalado el TJUE, es un acto de la Unión y, por tanto, es parte integrante del Derecho de la Unión. Además, tanto el TCE como el CETA contienen mecanismos para la resolución de diferencias surgidas entre un Estado miembro de la UE (o la propia UE¹²⁶) y los inversores de la otra parte. Dicho lo cual, resulta cuanto menos llamativo observar lo fácil que le ha resultado al Tribunal de Justicia resolver la cuestión del arbitraje extra-UE en el asunto *República de Moldavia / Komstroy* y los esfuerzos, en términos de argumentación jurídica, que tuvo que realizar este mismo tribunal en su Dictamen 1/17 para resolver el problema de la compatibilidad del mecanismo previsto en el CETA con el ordenamiento jurídico de la Unión¹²⁷. El Tribunal de Justicia, en su Dictamen 1/17, ha entendido necesario asegurarse de que los tribunales previstos en el CETA no tengan atribuida ninguna competencia de interpretación y aplicación del Derecho de la UE, más allá de las disposiciones propias del acuerdo¹²⁸. Esto ha conducido al TJUE a realizar un análisis minucioso de la previsión 8.31 del CETA, sobre Derecho aplicable e interpretación, que determina la ley que deberá aplicar el tribunal creado en virtud del Acuerdo para la resolución de las diferencias que les sean sometidas. La previsión 8.31º del CETA, a diferencia del TCE, fue elaborada y redactada con la clara intención de incluir todas las precauciones necesarias para evitar que esta previsión fuera considerada contraria a la autonomía del ordenamiento jurídico de la Unión¹²⁹; todas estas

¹²⁵ Reglamento n° 1219/2012 del Parlamento Europeo y de Consejo, de 12 de diciembre de 2012, por el que se establecen disposiciones transitorias sobre los acuerdos bilaterales de inversión entre Estados miembros y terceros países, DO L 351 de 20.12.2012, p. 40.

¹²⁶ Cabe destacar que la UE ha recibido su primera demanda en el marco del TCE: asunto *Nord Stream 2 AG c. Unión Europea*, CPA, Caso n° 2020–07.

¹²⁷ Dictamen 1/17 del Tribunal de Justicia de 30 de abril de 2019, EU:C:2019:341.

¹²⁸ *Ibid.*, ap. 119.

¹²⁹ Así, el art. 8.31º del CETA dispone que el tribunal de inversiones del CETA aplicará el propio Acuerdo “interpretándolo de conformidad con la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y con otras normas y principios de Derecho internacional aplicables entre las partes”, pero incluye un segundo apartado en el que se establece que “El tribunal no será competente para determinar la legalidad de una medida que

precauciones han sido tenidas muy en cuenta por el Tribunal de Justicia para llegar a la conclusión de que el mecanismo de solución de diferencias del CETA es compatible con el Derecho de la Unión¹³⁰. Por todo ello, sorprende la facilidad con la que el Tribunal de Justicia ha solventado la cuestión de las disputas extra-UE del TCE, cuando este último tratado carece de los elementos de precaución incorporados al CETA y cuando ha sido el propio Tribunal el que ha reconocido que la disputa entre un Estado miembro de la UE y un inversor de un tercer Estado parte en el TCE puede ser considerado como un “asunto directamente comprendido en el ámbito del Derecho de la Unión”¹³¹.

No obstante, se ha de advertir que el Tribunal de Justicia en ningún momento llega a afirmar que el arbitraje extra-UE del TCE es compatible con el Derecho de la Unión. Para ser precisos, el Tribunal lo que dice es que el TCE “puede obligar” a los Estados miembros a respetar los mecanismos arbitrales que prevé en sus relaciones con los inversores de terceros Estados que sean también partes en el TCE, lo que, tal vez, debería interpretarse en el sentido de que el Tribunal de Justicia ha tratado de esquivar de momento la cuestión, dejando, de alguna forma, sin cerrar el debate sobre su compatibilidad¹³².

5.5. Conclusiones

Tras la sentencia *República de Moldavia / Komstroy* la paradoja del arbitraje de inversiones intra-UE ha llegado prácticamente a su fin. Desde la perspectiva de la realidad que conforma la UE constituye un resultado acorde con la lógica de la integración y, al mismo tiempo, evita, en parte, que el TCE, en tanto que parte

supuestamente constituya una violación del presente Acuerdo, de conformidad con el Derecho interno de una Parte”. Además, añade la siguiente precisión: “Para mayor seguridad, al determinar la compatibilidad de una medida con el presente Acuerdo, el tribunal podrá tener en cuenta, en su caso, el Derecho interno de una Parte como un elemento de hecho. Al hacerlo, el tribunal seguirá la interpretación predominante dada al Derecho interno por los órganos jurisdiccionales o las autoridades de dicha Parte, y cualquier sentido que el tribunal haya dado al Derecho interno no será vinculante para los órganos jurisdiccionales o las autoridades de dicha Parte”.

¹³⁰ Dictamen 1/17 del Tribunal de Justicia de 30 de abril de 2019, EU:C:2019:341, aps. 120–136.

¹³¹ Sentencia del Tribunal de Justicia de 2 de septiembre de 2021, *República de Moldavia*, asunto C-741/19, EU:C:2021:655, ap. 31.

¹³² Vid. TROPPER, J., “From Achmea to Komstroy: The CJEU Strikes Back Against Investment Arbitration Under the Energy Charter Treaty”, *Völkerrechtsblog*, septiembre de 2021, disponible en <https://voelkerrechtsblog.org/from-achmea-to-komstroy/> (última consulta: 01/11/2021); ECKES, C. y ANKERSMIT, L., “Komstroy: the beginning of the end for the Energy Charter Treaty?”, *European Law Blog, News and comments on EU law*, 4 de octubre de 2021.

integral del Derecho de la Unión, sirva de obstáculo para el logro de los objetivos de la propia Unión, como es, en la actualidad, el cumplimiento de la agenda relativa a la transición ecológica.

Sin embargo, la idoneidad del resultado, no debe servir para esconder la crítica por la manera en la que este ha sido alcanzado. En este sentido, a las críticas por la excesiva y progresiva ampliación del concepto de “autonomía” del Derecho de la Unión que ya venían señalándose desde pronunciamientos anteriores del TJUE, en el caso de la decisión *República de Moldavia / Komstroy* se suman las críticas referidas a una justificación insuficiente de la competencia del Tribunal de Justicia para pronunciarse, por las características concretas del caso, sobre la compatibilidad del arbitraje intra-UE, la referida al hecho de que el Tribunal no haya sido excesivamente convincente a la hora tratar la particularidad del TCE consistente en la condición de parte que ostenta la propia Unión y la crítica por el modo en el que se ha tratado la cuestión del arbitraje extra-UE del TCE.

Desde una visión más general, resulta desalentador observar cómo, ante una realidad (la de las controversias intra-UE del TCE) de tal envergadura y donde existe un nivel de conflictividad e inseguridad tan elevado, la UE únicamente es capaz de avanzar a golpe de sentencias del TJUE que, si bien tienen la virtud de resolver problemas enquistados, plantean soluciones traumáticas, al abrir escenarios donde la colisión frontal entre la perspectiva del Derecho de la UE y la del Derecho internacional (la que adoptan los tribunales arbitrales de inversión) parece inevitable, haciendo cada vez más cercano el colapso del sistema. Porque si bien uno se puede preguntar qué harán los tribunales arbitrales creados en virtud del TCE tras esta última decisión del TJUE, la práctica arbitral post-*Achmea*, a este respecto, no parece sugerir que los tribunales arbitrales dejen de constituirse y de declararse competentes¹³³, ni que los ya constituidos dejen de dictar laudos, ni que, en su caso, los inversores vayan a renunciar a la ejecución de estos laudos en Estados no miembros de la UE. Todo ello, planteará situaciones jurídicamente complejas, en ocasiones irresolubles, que harán del mecanismo arbitral intra-UE

¹³³ Por ejemplo, el tribunal arbitral de *RREEF Infrastructure c. España*, Caso CIADI n° ARB/13/30, decisión sobre jurisdicción, de 6 de junio de 2016, ap. 87, anunciaba que si alguna vez se determinara que existe una inconsistencia entre el TCE y el Derecho de la UE y que no existe la posibilidad de conciliar ambas normas mediante la interpretación, “the unqualified obligation in public international law of any arbitration tribunal constituted under the ECT would be to apply the former. This would be the case even were this to be the source of possible detriment to EU law. EU law does not and cannot “trump” public international law”. Vid. LUKIC, S., “Unlawful Consent is Still Consent: International Law Perspectives on Komstroy vs Moldova”, *Cambridge International Law Journal*, 15 septiembre 2021, disponible en <http://cilj.co.uk/2021/09/15/unlawful-consent-is-still-consent-international-law-perspectives-on-komstroy-vs-moldova/> (última consulta: 01/11/2021).

un instrumento menos atractivo y útil para el inversor¹³⁴, situándonos, así, ante la crónica de una muerte anunciada.

Por todo ello, quizás hubiera sido deseable que toda la problemática referida al arbitraje de inversiones intra-UE, tanto de los APPRI como del TCE, desde el primer momento, se hubiera canalizado a través de la modificación de los tratados que lo incorporan o, en su caso, a través de una retirada o terminación ordenada de los mismos. En este sentido, a partir de ahora, habrá que ver cómo afecta este último pronunciamiento del Tribunal de Justicia a la posición que defiende la UE en las negociaciones relativas al TCE modernizado y si la opción de la retirada o la denuncia por parte de la Unión y de sus Estados miembros está hoy más cerca que nunca, habida cuenta de que la eliminación del arbitraje intra-UE del TCE constituye un imperativo para la Unión y sus Estados miembros.

¹³⁴ En este sentido, ECKES, C. y ANKERSMIT, L., “Komstroy: the beginning...”, *loc. cit.*, explican por qué, a su juicio, continuar con el arbitraje intra-UE es una mala idea para todos, excepto para la industria del arbitraje de inversiones.