

EL ARBITRAJE INTERNACIONAL
EN LA ENCRUCIJADA DE LA CRÍTICA
Bernardo M. Cremades

Muchas gracias por vuestro acuerdo, permitiéndome incorporar a los trabajos de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación. Y sobre todo mi agradecimiento a los Académicos Juan Antonio SAGARDOY, José Juan PINTÓ RUIZ y Luis MARTÍ MINGARRO por el generoso y firme aval que habéis dado a mi candidatura para obtener la medalla de quien fue titular de la número 17, José Javier LÓPEZ JACOISTE.

Hace muchos años ya, los académicos José BELTRÁN DE HEREDIA, José MALDONADO y Francisco RUIZ JARABO me presentaron en plena juventud para acceder a la medalla del maestro GARRIGUES. Desde entonces, el Profesor LÓPEZ JACOISTE cada vez que me venía con ocasión de las actividades de esta casa preguntaba cuándo iba a solicitar el ingreso en la Academia. Lo que menos me podía imaginar era que la ocasión iba a ser para ocupar su plaza, que con tanta altura desempeñó.

El Profesor LÓPEZ JACOISTE fue notario, catedrático de Derecho Civil, vocal de la Comisión Nacional de Codificación y gran experto en Derecho Foral Navarro. Su vida se puede resumir diciendo que era un jurista con gran profundidad intelectual y moral. Era, sobre todo, una gran persona. Descanse en paz.

SUMARIO

Introducción.

La larga marcha del arbitraje internacional en España.

Arbitraje internacional: del comercial al de protección de inversiones.

Globalización y arbitraje.

La colaboración judicial en la vida del arbitraje.

La participación de los estados en el arbitraje internacional.

Los Estados en el arbitraje de protección de inversiones.

El hecho internacionalmente ilícito del Estado que genera su responsabilidad internacional.

Corrupción y arbitraje internacional.

El arbitraje internacional y la protección de los derechos humanos.

El arbitraje y los jueces españoles.

El orden público como motivo para la anulación del laudo.

La confirmación del Tribunal Supremo.

¿Cabén medidas cautelares una vez ejercitada la acción de nulidad de un laudo?

La responsabilidad de los árbitros.

El litigio como activo financiero.

Las incertidumbres de la globalización.

El arbitraje internacional en la encrucijada política.

Introducción

Heredé junto a mi hermano Juan Antonio la pasión por la abogacía de nuestro padre. Desde pequeños jugábamos por los pasillos del domicilio familiar en la calle Costa de Zaragoza rodeados de Aranzadis y libros jurídicos, al igual que admirábamos los expedientes y sumarios de los clientes a quienes con frecuencia nos encontrábamos. En nuestra casa familiar tenía nuestro padre su despacho profesional. Era una clientela muy doméstica, que de vez en cuando nos alegraba con algún que otro pollo o ternasco cuando se ganaba un pleito o se aproximaban las fiestas navideñas. Hoy, veo con orgullo que la antorcha familiar de la abogacía es ejercida en foros internacionales por mis dos hijos, Bernardo y Alejandro.

Siempre quise ejercer la abogacía y estudiar Derecho. Por el camino se cruzó la fascinación que produjo en mí un joven catedrático, Miguel RODRÍGUEZ-PIÑERO, a quien siempre he considerado mi maestro en tantas cosas. Él fue quien estando todavía en quinto de carrera me permitió dar clases a los alumnos de cuarto curso, entre quienes se encontraban los que con la llegada de la democracia ocuparían los puestos más altos de la política española.

Miguel RODRÍGUEZ-PIÑERO me hizo ver claro que al finalizar la carrera debía conducirme hacia Alemania y, más en concreto, a trabajar en el equipo del jurista universal que fue Hans Karl NIPPERDEY. Para ello, era necesario conseguir una beca y aprender alemán. En aquella época obtener una ayuda económica al efecto era tarea imposible, pero siendo hijo de una familia de diez hermanos no podía ser de otra forma. Al comenzar el quinto curso de la carrera me vine a Madrid para poner en marcha mis proyectos. En el Ministerio de Asuntos Exteriores se me dijo muy claramente que sólo se concedían tres becas al año, financiadas por el Deutscher Akademischer Austausch Dienst, y que iban destinadas normalmente a hijos o parientes de diplomáticos o, en su caso, a candidatos con fuertes apoyos. Lo mismo escuché esa misma mañana en la embajada de la República Federal Alemana, de labios de la entonces consejera cultural. Al salir de tan descorazonadas entrevistas pensé, caminando por el paseo de la Castellana, que necesitaba una buena recomendación. En aquellos momentos, la economía española estaba en manos de un ministro aragonés. Decidí entonces que mi solución estaba en el Ministerio de Hacienda y hacia la calle Alcalá me encaminé. Sorteé los controles de seguridad, primero, y después los burocráticos. El Ministro me recibió enseguida y muy sorprendido ante la solicitud de audiencia de un joven veinteañero. Comprendió mi problema y accedió a dictar y firmar una de las cartas de presentación requeridas por la convocatoria de las becas, una de las cuales al cabo de unos meses me fue concedida. Marché a Alemania donde fui acogido por el profesor NIPPERDEY, quien me dirigió la tesis doctoral presentada en la Universidad de Colonia y defendida después ante un tribunal de su Facultad de Derecho. Allí aprendí de verdad lo que

es la “*akademische freiheit*”, los profesores son del Derecho y no de una asignatura concreta.

A mi vuelta a España debí realizar otra tesis doctoral, pues en aquella época no existía la convalidación de títulos y para opositar a cátedra el doctorado debía haber sido realizado en una Facultad de Derecho española. Posteriormente, me incorporé a la cátedra madrileña del Profesor ALONSO OLEA, en la que fui designado profesor adjunto. Por aquella época se convocaron oposiciones a cátedra y a profesor agregado, tras la reforma del ministro VILLAR PALASÍ. Contaba sólo en aquel momento con dos años y medio de docencia, por lo que me admitieron la solicitud a las últimas cátedras de oposición directa en el régimen antiguo, pero rechazaron mi petición de opositar a profesor agregado por no tener los tres años de docencia universitarios que la nueva reforma exigía. Ante un Tribunal presidido por el maestro GARCÍA DE ENTERRÍA obtuve por unanimidad la plaza de catedrático y me incorporé a la docencia en las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas de la Universidad de Santiago de Compostela, cuando todavía me quedaban algunos años para entrar en la treintena.

Fueron tiempos muy felices de dedicación exclusiva a la docencia e investigación del Derecho del Trabajo. Sin duda, mi titulación académica en Alemania hizo que recibiera una llamada de la Cámara de Comercio Internacional para proponerme la presidencia de un tribunal de arbitraje, cuya sede era Viena, entre dos empresas francesa y turca en conflicto. No había cláusula de ley aplicable, por lo que según la ley austríaca el arbitraje debía realizarse en Derecho. Por tratarse de un contrato de compraventa, si los árbitros optábamos por la ley francesa en la decisión del fondo del asunto, la teoría de los “vices cachés” nos obligaba a estar en favor totalmente de una de las partes, mientras que si aplicábamos la ley turca había que dar la razón a la otra parte. Entendimos que, por motivos de justicia, debíamos utilizar los principios generales del Derecho e invocamos en nuestra sentencia la “*lex mercatoria*”. El laudo fue recurrido en nulidad y el Tribunal Supremo austríaco, después de diferentes instancias, tuvo que rechazar la pretensión de quien mantenía que siendo un arbitraje de derecho la invocación a la “*lex mercatoria*” convertía nuestro laudo en un arbitraje de equidad; el Tribunal Supremo austríaco estableció que los principios generales del Derecho son fuente del Derecho internacional por lo que nuestra decisión fue estimada conforme a Derecho. Lo mismo sucedió después en Francia al pretender ejecutar una de las partes el laudo arbitral y la decisión subió por vía de recurso hasta la Corte de Casación, que ratificó igualmente nuestra decisión ⁽¹⁾.

⁽¹⁾ Postura posteriormente ratificada por el Instituto de Derecho Internacional en su reunión de Santiago de Compostela en 1989: “*les parties ont plein autonomie pour déterminer les règles et principes de procedure... qui doivent être appliqués par les arbitres. En particulier ces règles et principes peuvent être empruntés à différents systemes juridiques nationaux ainsi qu'à des sources non nationales, comme les*

Así surgió la polémica tan debatida sobre la “lex mercatoria”. Pero la sentencia en el caso NORSOLOR cambió mi vida profesional ⁽²⁾. Empecé a recibir encargos de actuaciones en numerosos arbitrajes internacionales. La calma de la dedicación exclusiva a las tareas universitarias se convirtió en la vida frenética que a partir de entonces he llevado en el ejercicio de esta mi querida abogacía, dedicado al Derecho internacional económico.

Comprendía muy bien entonces la “akademische freiheit”. Por el Derecho laboral llegué al Derecho comparado y por el arbitraje al verdadero Derecho internacional

principes du droit international, les principes généraux du droit et les usages du commerce international" (Annuaire IDI, vol. 63 I, 1989, Paris, pag. 340. Véase la postura ciertamente exagerada de Emmanuel GAILLARD (Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international, Martinus Wijhoff Publishers, Leiden/Boston, 2008), para quien frente a la lógica conflictual y el método conflictual del tradicional derecho internacional privado, "les arbitres s'attachent a dégager les normes généralement acceptés á un moment donné dans la communauté internationale pour les faire prévaloir sur celles qui ne correspondent qu'à la prétention isolée d'un Etat, se trouvera posée la question de la source transnationale de la jurisdiction du puouvoir de juger de l'arbitre et par la même l'existence d'un ordre juridique arbitral". Para Berthold GOLDMAN les arbitres "n'ont pas de for ou que si l'ont devait leur prêter un, il s'agirait du monde" (Les conflits de lois dans l'arbitrage international de droit privé, Recueil des Cours, 1963, tomo 109, pag. 347). Con razón indica Julio Cesar BETANCOURT ("El contrato de arbitraje internacional", Oxford 2017, pag. 236) que la discusión sobre la nueva lex mercatoria adopta una denominación sobre la cual existe una extensa literatura que "es una curiosa mezcla de historia jurídica medieval y moderna, derecho internacional público y privado, derecho mercantil y comparado. En realidad no queda claro cuál es exactamente el origen verdadero de la misma, pero hay quienes sugieren que su primera invocación, como parte del derecho positivo de la comunidad comercial internacional, tuvo su origen en Inglaterra". Indica que no debe ser confundido con el concepto de ius mercatorum, ulterior acuñado al parecer por Johan MARQUARD, al referirse a un sistema en el cual se incorporan los usos mercantiles que podían ser invocados en sede jurisdiccional. Abandonados en la práctica con la codificación de los siglos XVIII y XIX. Vid. Vito PIERGIOVANNI, "From Lex Mercatoria to Commercial Law", Duncker & Humblot, 2005, pág. 143.

⁽²⁾ NORSOLOR S.A. v. PABALK TICARET SIRKETI S.A., laudo arbitral dictado en el marco de la Cámara de Comercio Internacional cuyo recorrido procesal en Francia fue el siguiente: Tribunal de grande instance de París, 4 de marzo de 1981; Cour d'appel de París, 15 de diciembre de 1981 y 10 de noviembre de 1982; Cour de cassation, 9 de octubre de 1984.

económico. Nuestras normas universitarias convierten a las cátedras en núcleos aislados de docencia sin permitir la formación global del profesorado, anclado en una asignatura y sin posibilidades de impartir docencia en otras materias. Hoy en día, la economía obliga a la globalización jurídica. ¿Dónde acaba el Derecho Internacional y dónde empieza el Derecho doméstico? La práctica diaria del arbitraje internacional me ha llevado a problemas de todo tipo. ¿Puede el mercantilista aislarse del Derecho Internacional en una economía globalizada y en el caso de España hoy integrada en el acervo comunitario? ¿Puede mantenerse el contrato administrativo en su concepción originaria si tiene un relieve internacional? Las facultades exorbitantes de las Administraciones públicas se mantienen, pero al mismo tiempo debe coordinarse con el “pacta sunt servanda”, principio básico del Derecho Internacional.

Siempre estuvo presente en mi formación jurídica el Profesor Federico DE CASTRO, mucho más hoy en esta Real Academia por cuyo acuerdo de admisión os estoy muy agradecido. Pero digo que recuerdo al Profesor DE CASTRO pues gracias a él pude obtener la confianza de quienes juzgaron mis oposiciones a cátedra. Entre otros trabajos, publiqué en la época meritoria de las oposiciones un librito dedicado al recurso en interés de la ley, que mereció una recensión laudatoria de D. Federico, analizando la jurisprudencia como fuente del Derecho⁽³⁾. Cuando años después la vida me llevó por los senderos del arbitraje internacional, mi padre decía sabiamente que uno en nuestra profesión no se especializa, sino que lo especializan los clientes, el Profesor DE CASTRO me llamó para muy amablemente tirarme de las orejas pues su visión del arbitraje era muy distinta. Para él, defensor de los derechos del consumidor, las cláusulas de arbitraje suponían una fuga del Derecho⁽⁴⁾. Su discurso de entrada en esta Academia fue leído el 27 de abril de 1961 (Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes)⁽⁵⁾ y con rotundidad

⁽³⁾ Federico DE CASTRO, Nota crítica al libro de Bernardo M. Cremades, El recurso en interés de la Ley, publicada en el Anuario de Derecho Civil "El recurso en interés de la Ley y el valor de la jurisprudencia", tomo XXIII, 1970, págs. 613 a 624.

⁽⁴⁾ La doctrina y jurisprudencia francesas llevan tiempo embarcados en un camino difícilmente transitable en otros ordenamientos jurídicos: la configuración de un derecho arbitral internacional autónomo, donde el laudo internacional se entiende desnacionalizado. Vid. J.D.M. LEW, Achieving the Dream: Autonomous Arbitration?, Arbitration Insights: Twenty Years of the Annual Lecture of the School of International Arbitration, editado por L.A. MISTELIS Y J.D.M. LEW, KLUWER Law International Law Library, vol. 16, 2007, págs. 455-485.

⁽⁵⁾ Federico de CASTRO Y BRAVO, Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Discurso leído el 27 de abril de 1961, pág. 46, nota 142.

afirmaba que “con razón se ha dicho que ninguna cláusula de las condiciones generales es más peligrosa que la cláusula compromisoria”. Después, ya en 1979, tomó postura en la polémica levantada por nuestro laudo en el caso NORSOLOR con un apasionado artículo, publicado en el Anuario de Derecho Civil (Volumen 32, número 4, páginas 619-726) y titulado “El arbitraje y la nueva lex mercatoria”⁽⁶⁾, donde indicaba que “no hace falta mucha imaginación para darse cuenta de la importancia decisiva de la cláusula compromisoria para asegurar el “imperialismo” de las grandes empresas, respecto de quienes con ellas tratan. Será la mejor arma, continuaba diciendo, para implantar y mantener el “neocapitalismo” en las antiguas colonias e incluso para la dominación económica en los países en trance de desarrollo, aún en los de la cuenca del Mediterráneo” (página 698). Hoy dicho artículo podría provenir de la pluma de alguno de los inspiradores de los movimientos verdes o antisistema. Para D. Federico la doctrina arbitral que entonces protagonizamos unos pocos pretendía “hacer del arbitraje un mito, respecto del que parece un sacrilegio cualquier consideración crítica” (página 677).

⁽⁶⁾ Federico de CASTRO Y BRAVO, El arbitraje y la nueva 'lex mercatoria', Anuario de Derecho Civil, volumen 32, número 4, 1979, págs. 619-726.

La larga marcha del arbitraje internacional en España

La llegada de la democracia obliga a un replanteamiento global de nuestro ordenamiento jurídico. Frente al monopolio jurisdiccional del Estado en el viejo régimen, se abrió paso, con no pocas reticencias, el arbitraje como manifestación de la autonomía de la voluntad en la solución de los litigios⁽⁷⁾. Recuerdo los primeros años de la década de los ochenta cuando el Vicepresidente y General Counsel del Banco Mundial, Aron BROCHES me llamó para comentarme que le gustaría venir a Madrid. Fue el padre del arbitraje de protección de inversiones y redactor de la Convención de Washington de 1965. Deseaba contactar con alguien en la administración española con quien conversar sobre la posible ratificación española de dicho tratado y la correspondiente incorporación al CIADI. Me indicaron que la persona a visitar era el Director General de Relaciones Económicas Internacionales en el Ministerio de Asuntos Exteriores. Concertamos la cita y el viaje a Madrid de Aron BROCHES. Puntualmente acudimos al Palacio de Santa Cruz el día convenido. Todo eran facilidades pues España andaba entonces muy necesitada de financiación internacional. Tras los saludos protocolarios el embajador ALDASORO nos preguntó por el motivo de la visita. Lo que comenzó siendo una entrañable acogida se tornó en una situación realmente embarazosa. Al oír el Director General el deseo de nuestro ilustre visitante se levantó del asiento con aire enfurecido y nos dijo que en su despacho no se podía solicitar la felonía, son palabras textuales, de pretender que España renunciara a su soberanía en el enjuiciamiento de sus problemas con inversores extranjeros; dio súbitamente por concluida la reunión y nos invitó a abandonar el Ministerio. Salimos convencidos de que la postura de nuestro país estaba próxima al cambio, como así sucedió, como consecuencia de la labor de un grupo de jóvenes juristas convencidos de que las libertades democráticas también debían empapar hasta el último rincón de nuestras leyes civiles y mercantiles. Lo cual no era sino volver la vista atrás hacia lo establecido constitucionalmente en 1812: “no se podrá privar a ningún español del derecho de terminar sus diferencias por medio de jueces árbitros elegidos por ambas partes” (artículo 280).

⁽⁷⁾ Así ha sido entendido por el control jurisdiccional de los laudos arbitrales. Por ejemplo, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Civil y Penal, de 29 de mayo 2017, núm. 6349/2017, en el que se reconoce tajantemente que “la fase probatoria del arbitraje está presidida por la máxima libertad de las partes y de los árbitros y por la máxima flexibilidad, siempre que se respeten el derecho defensa y el principio de igualdad”.

Todo comenzó cuando los asesores jurídicos debían acompañar a las empresas españolas lanzadas a la conquista de los mercados exteriores ⁽⁸⁾. Frente a la autarquía económica del anterior régimen, protagonizaron la presencia eficaz en el exterior. Era necesario romper los esquemas tan domésticos de nuestros juristas. España ratificó el tratado de Nueva York de 1958 sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras. Las Cámaras de Comercio y los Colegios de Abogados fueron pioneros en formar juristas y empresarios en sus incipientes salidas al exterior. Sus contratos recibían cláusulas de arbitraje en los diferentes centros administradores de la institución. Era necesario adaptarse a las nuevas circunstancias. ⁽⁹⁾

⁽⁸⁾ Sobre historia del arbitraje, vid. especialmente los trabajos de Antonio FERNÁNDEZ DE BUJÁN, Jurisdicción y arbitraje en Derecho Romano, Madrid 2006 y, especialmente, el discurso leído el 20 de enero de 2014 en el acto de recepción como Académico de número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, La deuda histórica del arbitraje moderno, Madrid 2014. Vid. Antonio MERCHAN ALVAREZ, El arbitraje, estudio jurídico histórico, publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1981.

⁽⁹⁾ Muy expresivas son las palabras con las que Luis DÍEZ-PICAZO concluye su contestación al magnífico discurso de Antonio FERNÁNDEZ DE BUJÁN con ocasión de su recepción como Académico de Número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación que tuvo lugar el 20 de enero 2014: "Es muy posible que en el desarrollo en nuestros días de los arbitrajes haya tenido una participación muy importante la figura de los arbitrajes administrados. Instituciones de tanto arraigo como las cámaras de comercio han creado sus cortes de arbitraje y esta vía de institucionalización ha sido, sin duda alguna, un factor de dinamización. Es verdad que ello ha aumentado la complejidad de los arbitrajes y un ejemplo de ello puede verse en los estatutos de la Cámara Internacional de Comercio de París, que ha crecido también de forma exponencial, pero todo ello, sin necesidad de entrar ahora en la materia, es prueba cuando menos indiciaria de que en los rastros históricos del arbitraje no se encuentran algunas relevantes figuras del arbitraje actual". Hoy dichas palabras se encuentran recogidas en Antonio FERNÁNDEZ DE BUJÁN, "La deuda histórica del arbitraje moderno. Concordancias entre la Ley 60/2003, de Arbitraje y el derecho arbitral griego y romano", Dykinson S.L., Madrid, 2017.

Distinta es la opinión de Evelio VERDERA, quien en su discurso de ingreso en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación afirmaba que en el concepto del arbitraje "se han acortado las distancias y las incomprensiones entre el quehacer tradicional de los historiadores del derecho y los estudiosos del derecho positivo, de los procesalistas e internacionalistas, con resultados muy alentadores en el estudio de una institución que ha dejado de ser, felizmente, un 'conclusus hortus domini', de ninguno de ellos".

En esa línea se encuentra Antonio FERNÁNDEZ DE BUJÁN, "La deuda histórica..." cit. pag. 21:"... el actual procedimiento arbitral sigue siendo, en esencia, muy semejante al procedimiento arbitral romano, del que trae su fundamento, origen y características

El propio Tribunal Supremo debió abandonar su política de rechazo a los exequaturs de laudos arbitrales extranjeros. Hasta entonces, llevados por una mal entendida tutela de las empresas españolas, se impedía que los laudos dictados en el extranjero tuvieran eficacia en España, evitando así que las empresas españolas que hubieran perdido en procedimientos arbitrales cumplieran judicialmente su condena adversa. Una famosa reunión en la Escuela Judicial de Madrid hizo cambiar el rumbo de nuestra jurisprudencia. Recuerdo las solemnes palabras del Primer Presidente de la Corte de Casación francesa, Pierre BELLET, dialogando con magistrados españoles. Meses después y bajo la ponencia de nuestro añorado colega José BELTRÁN DE HEREDIA se cambiaba la jurisprudencia en favor de la cooperación internacional entre jueces españoles y los árbitros internacionales. El argumento era muy claro: los jueces deben aplicar los tratados internacionales, que se convertirían en papel mojado si España no cumplía con lo acordado en los mismos.

En el marco de la UIBA, bajo la tutela de Antonio PEDROL RIUS y con el eficaz apoyo de Luis MARTÍ MINGARRO, se elaboró un proyecto de Ley-Tipo de arbitraje. Fue aprobado por la Conferencia de Ministros de Justicia de los países iberoamericanos en Lima y su texto fue discutido después en la Comisión General de Codificación de España, pasando a ser en gran medida lo que llegaría a ser la Ley de Arbitraje de 1988. Supuso la derogación de la vieja Ley de 1953, a la que la doctrina había caracterizado como verdadera Ley anti arbitraje. Se suprime así la prohibición del arbitraje institucional, se olvida la dicotomía entre cláusula arbitral y compromiso unificando todo ello en el convenio arbitral desformalizado, al igual que se estrechan los lazos entre la actividad arbitral y la labor de los jueces encargados de que se cumpla fielmente lo acordado por las partes en el convenio arbitral dentro del marco legal establecido.⁽¹⁰⁾

específicas"...Del análisis de las concordancias examinadas entre el derecho romano justinianeo y la legislación actual en materia de arbitraje, cabe deducir la base romanística del arbitraje actual, en atención a la similitud existente entre numerosos textos romanos y las normas reguladoras de los distintos aspectos y soluciones previstas en la ley española de arbitraje y en el arbitraje internacional" (pag. 100).

No cabe duda que el arbitraje es una institución con antecedentes en la lejana historia del derecho. Lo que sucede es que el moderno arbitraje internacional tiene sus raíces recientes. Surge con ocasión de la globalización del comercio y de los movimientos de capitales en el pasado siglo veinte y la ratificación de los tratados específicos de arbitraje internacional. Difícil resulta en la práctica buscar sus características más allá de quienes en nuestra generación han protagonizado este peculiar sistema de solución de conflictos.

⁽¹⁰⁾ Sobre la modificación en el año 2003 de la Ley de Arbitraje, vid. la publicación colectiva de la Escuela Judicial, La nueva Ley de Arbitraje, Consejo General del Poder Judicial, Madrid 2007 y especialmente el artículo de Evelio VERDERA Y TUELLS, La Ley

La legalización de los centros administradores del arbitraje supuso un florecimiento de la institución. ⁽¹¹⁾ Colegios de Abogados y Cámaras de Comercio crearon las diferentes instituciones encargadas de administrar y promover el arbitraje. Hicieron una labor docente y de investigación que resultó ser el campo fértil para la promoción del arbitraje. Labor continuada hoy con enorme éxito por el Club Español del Arbitraje, con implantación efectiva en muchos países a través de sus numerosos capítulos nacionales.

El interés de nuestros estudiantes por la materia es impresionante. Recuerdo en nuestro viejo plan de estudios que el arbitraje aparecía entre los contratos de la parte especial del Derecho Civil y algún verso suelto del Derecho Procesal Civil. Frente al olvido de nuestros maestros por la materia, el tema está muy presente en la vida académica de nuestras facultades. Incluso se puede decir que la metodología de la enseñanza del Derecho ha sufrido un profundo cambio como consecuencia de los “mock cases” en la solución de casos arbitrales planteados pedagógicamente. Nuestros alumnos han aprendido algo que no conocimos en nuestra generación: la importancia de la oratoria en la formación del jurista y el arte de la teatralización del proceso. ⁽¹²⁾

Al final de este largo camino, podemos decir que el arbitraje goza en España de muy buena salud. Ha desaparecido el recelo de la judicatura ante lo que en su momento se vio como competencia desleal del sector privado en la solución de los litigios. Nuestros docentes han abandonado también las viejas cautelas que en los manuales reflejaban una postura doctrinal adversa. Ejemplo claro de resistencia numantina se ha visto en la doctrina en materia de arbitraje societario; fue necesario que la Dirección General de los Registros y del Notariado admitiera la cláusula arbitral en los estatutos sociales; después que el Tribunal Supremo y finalmente el Tribunal Constitucional legalizaran definitivamente el arbitraje societario en nuestro

60/2003, de arbitraje y la modernización del arbitraje comercial en España, págs. 13 y ss.

⁽¹¹⁾ La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Civil y Penal, 26 de abril 2017 (num.4894) recuerda con acierto que "las decisiones de la institución que administra el arbitraje se integran o, si se quiere, son expresión misma de la voluntad de todas las partes que suscriben el convenio arbitral por delegación de éstas, y como tal deben ser respetadas".

⁽¹²⁾ Vid. Ch. SERAGLINI, Most Effective Teaching Methodologies for International Arbitration: Traditional Teaching v Experiential Teaching, (S. L. BREKOULAKIS, J.D.M. LEW et al. eds), International Law Library, vol. 37, KLUWER Law International, 2016, págs 419-426.

ordenamiento jurídico. La contundencia jurisprudencial obligó a una regulación del arbitraje societario, modificando al efecto la Ley de Arbitraje ⁽¹³⁾, aunque todavía existen aisladas opiniones de la mejor doctrina que recela del arbitraje en las llamadas sociedades abiertas y más en concreto en las cotizadas en bolsa. Quizá como consecuencia de su proximidad dogmática de la germánica “gemeinschaft” frente a la base contractual de la compleja relación jurídica societaria. La jurisprudencia de jueces y tribunales es ahora reiterativa en la consolidación del arbitraje societario, basado en el convenio arbitral contenido en los estatutos sociales; es decir, en el contrato de sociedad. Por todas ver la reciente decisión de la Audiencia Provincial de Zaragoza, resolviendo el recurso de apelación frente a la decisión del Juzgado núm. 2 de Zaragoza estimando la declinatoria interpuesta por la parte en su día demandada. El Auto 00207/2017, de 5 de mayo 2017, AAP Z 1732/2017, resuelve: "convenimos que la redacción de la cláusula cuarta del contrato es incuestionable y no se aprecia oscuridad alguna, puesto que de su tenor se deduce claramente y de modo manifiesto que las partes han pactado someter a arbitraje todas las controversias, conflictos y litigios surgidos con ocasión del contrato suscrito. La acción entablada pretende la disolución de la sociedad, la sumisión al arbitraje está inserta en el contrato de sociedad en la cláusula cuarta- que reza duración de la sociedad-, por tanto, la acción ejercitada en el presente caso- disolución de la sociedad- está comprendida en la cláusula de sumisión a arbitraje contenida en dicha cláusula cuarta suscrita por los litigantes socios de la expresada sociedad".

⁽¹³⁾ Vid. Resolución de la Dirección General de Registros y Notariado de 19 de febrero de 1998, cuyos considerandos fueron reproducidos posteriormente por la Sala Primera del Tribunal Supremo, STS 355/1998, de 18 de abril de 1998 y STS 1139/2001 de 30 de noviembre. El Tribunal Constitucional en sentencia de 17 de enero 2005 reconoció que no existe obstáculo legal alguno para someter el derecho de separación de un socio a un arbitraje de equidad si así lo establecen los estatutos sociales. La ley 11/2011, de 20 de mayo, de reforma de la ley 60/2003, de 23 de diciembre introduciendo un nuevo artículo 11 bis: "arbitraje estatutario. 1. Las sociedades de capital podrán someter a arbitraje los conflictos que en ellas se planteen".

Arbitraje internacional: del comercial al de protección de inversiones

La salida de las empresas españolas al exterior frente a la autarquía del anterior régimen fue acompañada de gran cantidad de contratos, bien relativos a las exportaciones de productos o servicios o a la implantación en el exterior ⁽¹⁴⁾. Como es lógico, en buena parte de los mismos existía una cláusula de arbitraje internacional.

Nuestras empresas empezaron a circular por la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, por la London Court of International Arbitration, por la American Arbitration Association, por el Stockholm Chamber of Commerce o por cualquiera de las Cámaras de Comercio suizas, por citar las más frecuentadas. Especial relevancia ha tenido entre nosotros el arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, en cuyo marco los juristas españoles dimos los primeros pasos en el mundo del arbitraje internacional. Tuvieron también nuestras empresas y nuestros juristas experiencia en el arbitraje ad-hoc, especialmente utilizando las reglas establecidas al respecto por la UNCITRAL, en el marco de Naciones Unidas. Poco a poco, los árbitros españoles se han convertido en verdaderos expertos y los despachos de abogados han representado a sus clientes en estos foros.

Con relativa frecuencia una de las partes se trataba de un Estado o de una entidad estatal. En un primer momento se planteó la excepción de inmunidad cuando se demandaba al Estado en un arbitraje. La jurisprudencia arbitral resolvió que el Estado, al firmar un contrato comercial, renunciaba a su inmunidad de jurisdicción. Lord WILBERFORCE lo expresó gráficamente al decir que “once a trader, always a trader”; si el Estado firmó acuerdos comerciales no puede luego, si ha admitido cláusulas arbitrales, defenderse arguyendo inmunidad. ⁽¹⁵⁾ Otra cosa muy distinta es

⁽¹⁴⁾ El arbitraje internacional refleja en su vida diaria un verdadero choque de culturas jurídicas. El jurista español debe convivir con el formado en el mundo anglosajón o árabe u otra culturas. Incluso, en el mundo hispánico hay diferencias acentuadas entre juristas de los diferentes países, que en la práctica contradicen el deseo de entender como un todo la comunidad jurídica del mundo hispánico. Vid. P. TERCIER y N.H. TRAN THANG, Du choc de cultures en arbitrage international (Quelques réflexions), en el libro homenaje a Ahmed Sadek EL-KOSHERI, editado por N.G. ZIADÉ, KLUWER Law International, 2015, pags. 175-192.

⁽¹⁵⁾ Opinión de Lord WILBERFORCE en "I Congresso del Partido", 1983, A.C. 244, pag. 263, expresando un concepto restrictivo de la inmunidad: " the restrictive theory does not and could not deny capability of a state to resort to sovereign or governmental action: it merely asserts that acts done within the trading or commercial activity are not immune. The inquiry still has to be made whether they were within or outside that activity".

la inmunidad de ejecución.⁽¹⁶⁾ Una vez dictado el laudo arbitral, su ejecución por vía judicial no podrá afectar a bienes que la doctrina ha calificado de “iure imperii” frente a los que utilizan los Estados “iure gestionis”. La jurisprudencia francesa ha ido avanzando hasta cuestionar incluso la inmunidad de ejecución sobre bienes soberanos si el origen del conflicto resuelto en arbitraje era una pura operación comercial.⁽¹⁷⁾

Con ocasión de los acuerdos de Bretton Woods se establece el Banco Mundial y, posteriormente, se negocia la Convención de Washington de 1965 sobre arreglo de

⁽¹⁶⁾ Vid. Enrique LINARES, "Ejecución en terceros Estados de laudos emitidos en arbitrajes de protección de inversiones. Especial referencia al CIADI", tesis doctoral presentada en la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid y defendida el 17 de julio de 2017. Allí encontrará el lector una documentada exposición del diferente tratamiento en la práctica de la inmunidad de jurisdicción y de ejecución en los laudos arbitrales. Para el autor de la tesis doctoral el convenio arbitral implica la renuncia a la inmunidad de jurisdicción. En cuanto a la inmunidad o no de ejecución lo determinante es "la finalidad de los bienes objeto de ejecución" (pag. 412). Vid Zachary DOUGLAS, "The International Law of Investments Claims", Cambridge University Press, 4 ed., 2012, pag. 114.

⁽¹⁷⁾ Vid. Emmanuel Gaillard, Sociologie de l'Arbitrage International, Journal de Droit International, Clunet, núm. 4/2015, págs. 1089 y ss. Vid. También del mismo autor, Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international, Les livres de poche de l'Académie de Droit International de la Haye, 2007.

La jurisprudencia francesa decidía la inmunidad de ejecución frente a bienes de estados extranjeros caso por caso y en función de las circunstancias. Significativa al respecto fue la sentencia del Tribunal de Casación, en 2015, COMMISIMPEX c REPÚBLICA DEL CONGO, invocando el Derecho internacional consuetudinario. Hoy la situación ha cambiado tras la entrada en vigor el 1 de junio del 2017 de la llamada Ley “SAPIN II”; aunque dedicada principalmente a medidas anticorrupción, aborda la inmunidad de ejecución. La opinión pública conoce a su artículo 59 como la enmienda PUTIN, consecuencia de las gestiones realizadas ante el Presidente HOLLANDE para evitar embargos de la República de Rusia en ejecución del laudo arbitral con ocasión de las indemnizaciones fijadas en el caso YUKOS. Indica ese nuevo precepto que sólo se puede proceder a ejecución forzosa contra bienes de un Estado extranjero mediando expresa autorización judicial; señalando, además, que sólo se podrá permitir si el estado en cuestión ha consentido la ejecución o si los bienes son utilizados o se pretenden utilizar para fines comerciales. Vid. Global Arbitration Review, 25 de noviembre 2016 y 10 de octubre 2017.

diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados, introduciendo el arbitraje en la protección de inversiones. El ICSID (International Centre for Settlement of Investment Disputes), entre nosotros denominado CIADI (Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones), aparece como centro internacional de arbitraje para la solución de los conflictos que pudieran surgir entre Estados soberanos y los inversores. Surge así el llamado arbitraje de protección de inversiones. El comercial exigía un convenio arbitral firmado por las partes. El de protección de inversiones se basa en los compromisos aceptados por los Estados en tratados internacionales. El Estado soberano se compromete a someterse al arbitraje internacional, si un inversor nacional del otro Estado firmante del tratado entendiera que la conducta del Estado receptor de la inversión supone una violación de sus compromisos. De esta forma, el arbitraje de protección de inversiones, a diferencia del comercial no exige una cláusula específica arbitral. El convenio de arbitraje se materializa por la oferta pública realizada por el Estado en el tratado de protección de inversiones y por la aceptación del inversor al introducir su demanda arbitral en los términos previstos en el tratado.⁽¹⁸⁾ Un tratado de derecho internacional público se convierte en la base de un procedimiento de arbitraje ciertamente con connotaciones de derecho privado. Frente a la teoría tradicional de que sólo los Estados pueden ser sujetos del derecho internacional, los inversores sean persona física o jurídica adquieren personalidad en el derecho internacional económico. Entramos, pues, en un mundo jurídico donde las diferencias entre derecho privado o público se solapan, donde el derecho internacional y el doméstico se confunden y las personas públicas o privadas se colocan a nivel de igualdad procesal en un procedimiento de arbitraje internacional.

⁽¹⁸⁾ Vid. El laudo jurisdiccional LANCO INTERNATIONAL c. REPÚBLICA ARGENTINA de 8 de diciembre 1998 (CIADI Arb. 97/6), International Legal Materials, 457, 2001, págs 457 y ss). En dicha decisión se inicia la línea jurisprudencial seguida posteriormente por la totalidad de los arbitrajes de protección de inversiones.

Globalización y arbitraje

La globalización ha sido un fenómeno de nuestro tiempo ⁽¹⁹⁾ que ha tenido su presencia activa en la economía, en la convivencia y, por qué no, también en el derecho. Con palabras de TOYNBEE ⁽²⁰⁾, podemos decir que la economía globalizada lanza el reto al derecho y, en buena medida, éste ha respondido por medio del arbitraje ⁽²¹⁾. Por el arbitraje internacional no se busca la fuga del derecho, sino que

⁽¹⁹⁾ Marineros españoles protagonizaron lo que ha venido en llamarse "ruta de la plata". El 8 de octubre de 1565 arribaba al puerto de Acapulco la expedición naval comandada por Andrés de URDANETA, regresando de Manila a Méjico. Se hacía viable el comercio entre Asia y América. A juicio de Juan José MORALES y Peter GORDON ("The Silver Way: China, Spanish America and the Birth of Globalization 1565-1815", PENGUIN SPECIALS, June 1, 2017) se abrió paso la ruta comercial en torno a la moneda de plata entre China-Manila-Acapulco, que por tierra llegaría a Veracruz y de ahí a Europa. Dichos autores califican con razón a dicho descubrimiento como la primera globalización de la historia, con China y la América española como grandes protagonistas. A juicio de estos autores la ruta de la plata quedó interrumpida en 1815 con la independencia de México, dando lugar con ocasión del protagonismo militar y económico de Inglaterra y Estados Unidos a la nueva globalización que cristalizaría en nuestros días con un sello plenamente anglosajón. Carlos FUENTES ("En esto creo", Seix Barral, México 2002") opina también que la primera "mundialización" tuvo lugar con creces con "la era de los grandes descubrimientos, la circunnavegación de la tierra y la creación del *ius gentium*, el derecho internacional como respuesta a los procesos globales de conquista, colonización y rivalidad comercial". Vid. Hugh THOMAS, "El Imperio Español. De Colón a Magallanes", Barcelona 2003, Planeta.

⁽²⁰⁾ Arnold Joseph TOYNBEE (1889-1975) "Estudio de la Historia", doce tomos escritos entre 1933 y 1961, explica cómo las civilizaciones nacen por un proceso de incitación y respuesta, según el cual una comunidad es estimulada o presionada por un problema, frente al cual ofrece una respuesta creativa. Uno de los principios determinantes de la filosofía de la historia surge de la dialéctica del "desafío" y la "respuesta" cuya coherencia y unidad dinámica condicionan al hombre y a la historia entera. De la misma forma, el Derecho se explicaría como respuesta en el ciclo de civilizaciones que nos ha tocado vivir; hoy en día, en una economía globalizada.

⁽²¹⁾ Vid. Bernard HANOTIAU, "International Arbitration in a Global Economy: Challenges of the Future", *International Arbitration*, vol. 28, num. 2, 2011, pág. 89-103.

éste recibe una elaboración y contenido bien distintos de los que está acostumbrado el jurista encerrado mentalmente en sus estrechas fronteras nacionales. ⁽²²⁾

La oleada de privatizaciones en todos los países ha llevado a que los diferentes Estados hayan suscrito contratos de concesiones con inversores extranjeros. El contrato administrativo se ha internacionalizado y si el Estado soberano mantiene sus facultades exorbitantes en ejercicio de su soberanía, sin embargo, el “pacta sunt servanda” le obliga a responder internacionalmente de sus incumplimientos contractuales. El propio derecho internacional ha cuestionado muy seriamente sus raíces en la paz westfaliana. En momentos económicos de colaboración internacional y de verdaderas estructuraciones supranacionales, los Estados no son ya reinos o entes aislados en el concierto internacional ⁽²³⁾.

Un entramado de tratados internacionales originó un derecho arbitral convencional. ⁽²⁴⁾ Sin ir más lejos el Convenio de Nueva York, sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, es quizá el tratado que ha recibido mayor número de ratificaciones estatales. La Convención de Washington, sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados, ha permitido que los Estados puedan ser demandados en instancias arbitrales por

⁽²²⁾ Vid. Bernardo M. CREMADES y David J.A. CAIRNS, "El arbitraje en la encrucijada entre la globalización y sus detractores", Revista de la Corte Española de Arbitraje, 2002, págs 15 y ss.

⁽²³⁾ Con razón surge la pregunta en este mundo fragmentado y disperso del arbitraje internacional sobre dónde se ubica su poder. Cada tribunal arbitral constituye un núcleo de poder decisorio en su diaria labor del “suum cuique tribuere”. Vid. F. ODITAH, Geography of International Arbitration. Where does the power lie?, The Evolution and Future of International Arbitration, editado por S.L. BREKOULAKIS, J.D.M. LEW y otros, KLUWER International Arbitration Library, vol. 37, 2016, págs. 287-298.

⁽²⁴⁾ Al hablar de las fuentes del Derecho internacional no puede uno sino referirse al art. 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia:

"La Corte, cuya función es decidir conforme a Derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar:

- a) las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes;
- b) la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho;
- c) los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas;
- d) las decisiones judiciales y la doctrina de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio para la determinación de las reglas de derecho."

personas privadas, sean físicas o jurídicas. Han jugado también un destacado papel los tratados bilaterales o multilaterales de protección de inversiones en los que los Estados soberanos renuncian a su inmunidad jurisdiccional frente a demandantes que se sientan perjudicados por incumplimientos estatales en violación de los tratados. España ha suscrito 88 tratados bilaterales de protección de inversiones con países con los que se ha querido fortalecer las relaciones comerciales. Ese número tan elevado da noticia de la importancia que nuestra diplomacia exterior ha querido dar a la seguridad jurídica de nuestros intereses en el exterior a cambio de otorgar la cobertura recíproca de los inversores extranjeros en España.

Junto a este Derecho convencional, ha surgido con mucha fuerza el Derecho internacional consuetudinario. Unas veces, producto de normas elaboradas por entidades internacionales a las que no se ha querido dar la forma de tratados, por ejemplo, las redactadas por la Comisión de Derecho Internacional (CDI)⁽²⁵⁾ o por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL/CNUDMI), ambas en el marco de Naciones Unidas. Otras muchas, por la labor creadora de verdadera doctrina legal reiterada en los laudos arbitrales que se dictan diariamente a lo largo y a lo ancho de la geografía mundial. La costumbre internacional recoge bajo la cobertura del derecho los usos y costumbres del mundo de los negocios. Con el espaldarazo de los laudos arbitrales reciben la "opinio iuris" que en otro caso resultaría muy difícil de probar.⁽²⁶⁾⁽²⁷⁾

⁽²⁵⁾ Con razón decía BROWNLIE (Principles of Public International Law, octava edición, Oxford University Press, 2012, pág. 540) que los artículos de la Comisión de Derecho Internacional son "una expresión del derecho consuetudinario sobre la responsabilidad del Estado". Se refieren a prácticas generales aceptadas como Derecho. Dicha aceptación viene no sólo por el respaldo de la Asamblea General de las Naciones Unidas, sino sobre todo y en cada caso por la "opinio iuris" que supone la doctrina jurisprudencial establecida por tantos tribunales arbitrales.

⁽²⁶⁾ Vid. Anthony D'AMATO, The concept of custom in international law, Cornell University Press, 1971, para quién "the consensus is the source of international law. The trouble with this formula is that we have no easy way of discovering what that consensus is in particular cases" (pág. 269). Karol WOLFKE (Custom in Present International Law, 1993, pág. 114). H. KELSEN: "the conventional law is inferior to the customary law. The latter represents a higher level in the hierarchical structure of the international legal order than the former" (Principles of International Law, New York, 1952, pág. 314).

⁽²⁷⁾ Vid. Michael WOOD, special rapporteur, Third report on identification of customary international law, International Law Commission, General Assembly, United Nations, 27 de marzo de 2015, A/CN.4/682.

Pero ello no significa que los Estados hayan renunciado a sus facultades soberanas. Por los tratados internacionales han acordado soberanamente otras formas de solución de conflictos que no son las puramente judiciales. Se reservan facultades jurisdiccionales de apoyo y control de los procedimientos arbitrales para garantizar el adecuado uso de la autonomía de la voluntad dentro del marco legal establecido. En este momento convendría recordar a Carlos FUENTES, quien con gran pragmatismo hablaba de la globalización en términos mundiales, pero exigiendo eficacia estatal dentro del correspondiente territorio: "no hay globalidad que valga, sin localidad que sirva". ⁽²⁸⁾ No es cierto que el arbitraje suponga una fuga del derecho ni sea cauce para abusos de los económicamente más fuertes.

⁽²⁸⁾ Carlos FUENTES, "En esto creo", Seix Barral, Mexico 2002: " no hay globalidad que valga sin localidad que sirva. En otras palabras, no hay participación global sana que no parte de gobernanza sana. Y la gobernanza local necesita sectores públicos y privados fuertes y renovados, conscientes de sus respectivas responsabilidades. Poner en orden la propia casa, construir una economía estable y un estado sólido capaz de ofrecer seguridad en todos los órdenes".

La colaboración judicial en la vida del arbitraje

Una norma básica de nuestra convivencia viene marcada por el artículo 24 de la Constitución: “todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión”.

Es bien sabido que el arbitraje surge como voluntad querida por las partes para la solución pactada de sus diferencias. Su origen es contractual, pero tiene efectos procesales⁽²⁹⁾. El laudo arbitral tiene efectos de cosa juzgada. Con acierto el Tribunal Constitucional ha caracterizado al arbitraje como un equivalente jurisdiccional.⁽³⁰⁾ El artículo 24 de nuestra vigente Ley de Arbitraje indica que el procedimiento arbitral se ajustará a lo dispuesto en dicha ley y con sometimiento a los principios

⁽²⁹⁾ Vid. el reciente trabajo sobre la eterna dinámica del arbitraje como contrato y al mismo tiempo institución procesal de Alec STONE SWEET y Florian GRISEL, The Evolution of International Arbitration: Judicialization, Governance, Legitimacy, publicado en Oxford Scholarship Online, marzo 2017, DOI:10.1093/acprof:oso/9780198739722.003.0001.

⁽³⁰⁾ El Tribunal Constitucional configura el arbitraje como "...un equivalente jurisdiccional, mediante el cual las partes pueden obtener los mismos objetivos que la jurisdicción civil, esto es, la obtención de una decisión que ponga fin al conflicto con todos los efectos de cosa juzgada" (STC 15/1987). Reconociendo que "la institución arbitral es compatible con la Constitución", los árbitros, al igual que los jueces y tribunales "prestan también tutela efectiva de los derechos e intereses legítimos en el sentido del art. 24, 1 de la Constitución, ya que su actividad- desarrollada por el cauce de un procedimiento respetuoso de los principios esenciales de audiencia, contradicción e igualdad entre las partes- conduce a la creación de un título ejecutivo con eficacia similar a la sentencia judicial, que abre la ejecución judicial forzosa. El que existan vías judiciales para anular el laudo corrobora que los árbitros prestan auténtica tutela jurisdiccional ..." (STC 174/1995, de 23 de noviembre). Sin embargo, la similitud en la labor ejercida por jueces y tribunales, de una parte, y por los árbitros, de otra, no supone que estos últimos puedan ser calificados "como jueces en la aceptación que a tal figura se adscribe en nuestra Ley Suprema y en las demás del ramo", sino que existen claras diferencias entre una y otra potestad jurisdiccional (Auto del Tribunal Constitucional de 20 de junio de 1993). Vid. Bernardo M. CREMADES, "El arbitraje en la doctrina constitucional española", libro homenaje a Miguel RODRÍGUEZ-PIÑERO, Universidad de Sevilla, 2015.

de igualdad, audiencia y contradicción: “deberá tratarse a las partes con igualdad y darse a cada una de ellas suficiente oportunidad de hacer valer sus derechos”.⁽³¹⁾

Si es un equivalente jurisdiccional es lógico que haya que tener en cuenta lo indicado en el párrafo tercero del artículo 117 de la Constitución: “el ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos corresponde exclusivamente a los tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan”. En materia de arbitraje internacional es bien sabido que los tratados “formarán parte del ordenamiento interno” según indica textualmente el artículo 96 de la Constitución. La vigente Ley de Arbitraje regula el marco de actuación arbitral en España.

El árbitro actúa en base a la confianza otorgada por las partes. El juez, en cambio, está respaldado por las facultades soberanas que le confiere el poder judicial dentro del que se incardina. La actividad diaria de los árbitros y la labor de apoyo y control judicial se configuran en pieza básica de la incorporación del arbitraje en el ordenamiento jurídico. Y esa cooperación es la que permite comprobar en la práctica si se dan de hecho los abusos del arbitraje que tanto temía D. Federico en sus predicciones o por el contrario son jueces y árbitros verdaderos socios en la solución de los litigios en palabras de Howard M. HOLTZMANN.⁽³²⁾

El árbitro carece del respaldo soberano que el juez estatal tiene. Debe granjearse día a día la confianza de quienes les encomendaron el arbitraje. En ocasiones, su tarea no resulta nada fácil cuando una de las partes utiliza tácticas de verdadera guerrilla en su afán obstruccionista.⁽³³⁾ En el mundo anglosajón existe una palabra tabú en boca de los abogados de las partes: “due process”; es una verdadera amenaza al árbitro indicándole que si no se accede a determinadas solicitudes procesales el

⁽³¹⁾ Vid. José Manuel OTERO LASTRES, "El derecho fundamental a la tutela arbitral efectiva", Abogados, febrero 2007, pag. 53, considera que "...aunque sea a través de la vía indirecta de rellenar la noción del 'orden público' con el contenido del art. 24.1, puede hablarse, al menos en un sentido indirecto, de un derecho a la tutela arbitral efectiva".

⁽³²⁾ Howard M. HOLTZMANN, "El arbitraje y los tribunales: socios en un sistema de Derecho Internacional", segunda ponencia del VI Congreso Internacional de Arbitraje Comercial, Consejo Superior de Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación de España, documento de trabajo, Madrid 1978.

⁽³³⁾ Vid. Bernardo M. CREMADES, "The use and abuse of 'due process' in international arbitration", The Alexander Lecture, London 16 de noviembre 2016, The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management, vol. 83, num. 2, 2017, pags. 203 y ss.

laudo que dicte posteriormente está cuestionado de nulidad por colocar a la parte que representa en situación de indefensión. El árbitro no tiene facultades sancionadoras y su autoridad se basa en la posibilidad en su momento de dictar un laudo más o menos favorable a quien trata de obstruir el procedimiento.

Recientemente se ha discutido si los árbitros pueden, en base a sus facultades para dictar medidas cautelares, prohibir a las partes que inicien directa o indirectamente procedimientos paralelos en vía judicial o arbitral. En el lenguaje arbitral se denominan “anti-suit injunction”; se pretende evitar los llamados torpedos italianos para impedir los efectos y eficacia de un procedimiento arbitral en marcha. Sin duda, el incumplimiento de tal medida cautelar pueda dar motivos para una ulterior condena indemnizatoria en el laudo final por los daños y perjuicios que se haya podido ocasionar.

Carece, igualmente, a diferencia del juez estatal de la facultad de acudir en interpretación prejudicial al Tribunal Constitucional⁽³⁴⁾ o al Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Las cuestiones prejudiciales han llegado a esos altos tribunales como consecuencia de solicitud de interpretación prejudicial de los tribunales estatales que estuvieran conociendo de cuestiones arbitrales. No han faltado voces recientemente reclamando la posibilidad de que los árbitros puedan solicitar dicha interpretación prejudicial en casos de arbitraje de protección de inversiones por estar fundamentada su competencia en tratados internacionales. Los árbitros están obligados a aplicar en su caso el derecho de la Unión Europea, por lo que se entiende que deberían poder acudir en interpretación al Tribunal de Justicia de la Unión Europea. El tema se ha planteado de forma abierta en casos de tratados intracomunitarios de protección de inversiones. Tiene el árbitro, además, la obligación contractual de dictar el laudo dentro del plazo convenido con las partes.

Al procedimiento arbitral no se aplica como norma supletoria la Ley de Enjuiciamiento Civil. El árbitro debe fijar con las partes los temas a resolver. Algunas instituciones, por ejemplo, la Cámara de Comercio Internacional, obligan en los

⁽³⁴⁾ El Tribunal Constitucional en sentencia 176/1996, de 11 de noviembre, deja bien claro lo que puede ser objeto de recurso de amparo en materia arbitral: la vulneración "imputable de modo inmediato y directo a un acto u omisión producido en el proceso judicial en el que han de observarse y son exigibles dichas garantías, pero trasladar estas... al procedimiento arbitral para basar determinadas irregularidades o vicisitudes ocurridas durante su tramitación ... es algo que, en principio, resulta extraño a esta jurisdicción". Por lo tanto, sólo pueden examinarse en amparo vulneraciones de derechos y libertades fundamentales, cuando dichas vulneraciones hayan sido efectuadas durante el proceso judicial que haya desestimado la anulación del laudo. No cabe por lo tanto revisión del laudo arbitral en vía de amparo, que queda excluido en sí mismo del proceso de amparo constitucional.

casos de importancia a firmar con las partes el acta de misión, estableciendo de forma clara los temas a tratar, para así evitar que su decisión pueda ser considerada “ultra petita” o “infra petita”. Suele ser también muy frecuente comenzar el procedimiento estableciendo los árbitros en la llamada orden procesal número 1 el desarrollo previsto del mismo, fijando plazos en la medida de lo posible.

La ley española de arbitraje ha dotado al árbitro con la posibilidad de dictar medidas cautelares cuando así lo exija la urgencia de la situación, en garantía del procedimiento o para asegurar la ejecución del laudo que se dicte en su día. En la labor de los árbitros se ha visto una creciente creatividad. Hasta hace poco se decía que el árbitro podía realizar lo que diga el reglamento de arbitraje de la institución administradora del mismo o lo convenido con las partes. Hoy la tendencia es hacia la posibilidad de adoptar cuantas decisiones no estén expresamente prohibidas por los reglamentos de arbitraje o por las partes.

Comprenderán ustedes que la tarea del árbitro resulta complicada, muchas veces en fuego cruzado de tantos intereses, instituciones y personas. Con razón repetía Frederic EISEMANN en conferencias y seminarios que el arbitraje vale lo que valgan los árbitros. Al árbitro se le exige el fiel cumplimiento de sus funciones y la eficaz labor de gerencia del procedimiento arbitral, con respeto en todo momento a los principios de igualdad, audiencia y contradicción que son básicos en la labor arbitral. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha recordado a los árbitros la función de ser verdaderos custodios del orden público. La sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión europea de 1 de junio de 1999, *Eco Swiss China Time Ltd. c Benetton NV International*, obliga a que apliquen en la redacción de sus laudos la normativa europea en materia de derecho de la competencia. La obligación arbitral de aplicar el orden público comunitario queda respaldada bajo sanción ulterior de nulidad.

El litigio judicial exige publicidad. El procedimiento arbitral se ha desarrollado en el ámbito confidencial, siendo la publicidad la excepción en el arbitraje comercial. No es ese el caso, sin embargo, en el arbitraje de protección de inversión; al tratarse de Estados soberanos en concepto de partes demandadas, los gobiernos deben rendir cuentas de sus compromisos en sede parlamentaria y ante la opinión pública. Por ello lo normal en este tipo de arbitrajes es la transparencia, para cuya garantía se han dado pasos importantes por vía de tratados y de reglamentos de las instituciones administradoras del arbitraje.⁽³⁵⁾

⁽³⁵⁾ Convención de Naciones Unidas sobre la transparencia en los arbitrajes entre inversionistas y Estados en el marco de un tratado, Nueva York 2015, y aprobada por Resolución de la Asamblea General el 10 de diciembre de 2014.

La participación de los Estados en el arbitraje internacional

Hasta hace algunos años, ¿a quién se le podía ocurrir que el tratamiento de aguas o el posible reciclaje de las basuras pudiera traspasar el ámbito territorial del correspondiente municipio o los límites territoriales del Estado? Nadie dudaba de que el derecho aplicable a la contratación administrativa era nuestro ordenamiento jurídico y que, para el caso de que surgiera alguna disputa al respecto, la única jurisdicción competente sería la española, en concreto la contencioso-administrativa. Al igual que el concepto de servicio público tenía un carácter local, el derecho internacional estaba constituido por un conjunto de tratados, principios, jurisprudencia de tribunales internacionales y doctrina inspirados por el principio de protección de la soberanía de los Estados nacionales. Los Estados eran los únicos sujetos del derecho internacional y a ellos correspondía la eventual protección diplomática de sus ciudadanos.

La llamada protección diplomática no era sino un paso adelante en el plano internacional para proyectar los diferentes regímenes nacionales del derecho administrativo vigentes en sus respectivos territorios. En cierta forma, surgió con una buena dosis de hipocresía para legitimar el uso de la fuerza en el caso de violación de derechos de sus ciudadanos en los países en pleno proceso de independización de la metrópolis. Basta recordar la cancelación de los préstamos y el impago de sus correspondientes intereses por la emergente República de Méjico. Los países afectados, España, Francia e Inglaterra se reúnen de urgencia en Londres para suscribir el tratado por el que las tres potencias decidían enviar a Méjico como represalia sus respectivas armadas y decretar así su posterior intervención militar en el territorio mexicano. El tratado de Londres hecho el 31 de octubre de 1861 indica en el primero de sus artículos: “S.M. La Reina de España, S.M. el Emperador de los franceses y S.M. La Reina del Reino Unido de la Gran Bretaña e Irlanda, colocadas por la arbitraria y vejatoria conducta de las autoridades de la República de Méjico de exigir de las mismas una protección más eficaz para las personas y propiedades de sus súbditos, así como el cumplimiento de las obligaciones que con ellas ha contraído dicha República, se han puesto de acuerdo para concluir entre sí un convenio con objeto de combinar su acción mancomunada...”. Cuando Benito JUAREZ entra triunfante en la capital del antiguo Virreinato de Nueva España el 11 de enero de 1861, suspende los pagos de la deuda exterior. Conducta que es entendida por las tres potencias como arbitraria y vejatoria que les legitima para acordar “las disposiciones necesarias para enviar a las costas de Méjico fuerzas de mar y tierra combinadas... cuyo total deberá ser suficiente para poder tomar y ocupar las diferentes fortalezas y posiciones militares del litoral de Méjico”.

España encomendó su tarea al general PRIM quien impuso su ley al igual que lo hicieron sus colegas europeos.⁽³⁶⁾ Las consecuencias fueron muy claras: Inglaterra, como no podía ser de otra forma, cobró religiosamente sus deudas, Francia aprovechó la ocasión para modificar la situación institucional de Méjico e imponer al Emperador MAXIMILIANO, mientras que España perdía sus dineros, su patrimonio y sobre todo su imagen que tanto tiempo tardamos en recuperar en la República hermana.

No puede, en consecuencia, extrañar la reacción de la doctrina internacional latinoamericana. Primero, Andrés BELLO en 1832 (Principios del derecho de gentes). Después, Carlos CALVO en su tratado "Derecho Internacional Teórico y Práctico de Europa y América", editado en 1868. Al igual que Luis María DRAGÓ nombrado en 1902 Ministro de relaciones exteriores de la República Argentina. Nada más iniciada su gestión ministerial sucedió el incidente de la intervención armada de varias potencias europeas encabezadas por Gran Bretaña, Alemania e Italia sobre Venezuela que alegaban el impago de la deuda exterior contraída para la financiación de diferentes obras públicas, hecho que justificaba esta acción. Las reivindicaciones latinoamericanas son muy claras: los extranjeros deben tener el mismo trato que los nacionales, pero nada más. De esta forma se pretende evitar el privilegio que hubieran deseado por la protección diplomática de sus respectivos Estados. Elementos fundamentales de lo que se ha venido en llamar la doctrina CALVO son los tres siguientes: 1, los extranjeros deben renunciar a la protección diplomática y a cualquier otro derecho emanado del derecho internacional; 2, la ley aplicable será única y exclusivamente la ley del Estado en cuyo territorio desarrolle sus actividades el extranjero; y 3, los tribunales domésticos son jurisdicción exclusiva y excluyente para la decisión de posibles conflictos.

Ya decía Hugo GROCIO en 1609⁽³⁷⁾ que "la libertad de comercio es acorde con la ley natural primaria... no cabe que ninguna nación por ningún medio, pueda de forma justa impedir a dos naciones que quieren comerciar entre sí hacerlo". Esta libertad de comercio se acabará imponiendo en el plano internacional. La internacionalización de las relaciones económicas lleva a una reconsideración de los principios postulados en materia de derecho internacional económico. Frente al concepto de derecho internacional constituido por diferentes Estados a modo de

⁽³⁶⁾ Vid. Luis ALEJANDRE SINTES, La aventura mexicana del general Prim, EDHASA, Madrid 2009; Manuel ORTUÑO, Prim y la intervención tripartita en México (testimonios y documentos), publicaciones del Ministerio de Defensa, Madrid, 2009.

⁽³⁷⁾ Hugo GROCIO, Mare liberum, sive de iure quod Batavis competit ad indicana commercia dissertatio, Lodewijk Elzeviv, 1609. Verdadera proclama de la libertad de los mares, en favor de la libertad de comerciar y pescar, en contra del Mare Clausum de Inglaterra, España y Portugal.

reinos de Taifas, surge la cooperación internacional, en la cual participan activamente los Estados soberanos. La ratificación de los convenios de Nueva York y de Washington en materia de arbitraje internacional por España y los países de la América hispánica dan al traste con las exigencias de la doctrina CALVO.

La idea de utilizar el arbitraje internacional para solucionar disputas en el plano internacional hizo fortuna en el mundo anglosajón con ocasión de la guerra civil americana. Las famosas "Alabama Claims", las reclamaciones de Estados Unidos contra el Reino Unido en 1869, enturbiaron las relaciones entre los dos Estados como consecuencia de la participación directa en algunos casos, pero sobre todo indirecta de barcos ingleses en la destrucción de veleros comerciales norteamericanos construidos en astilleros ingleses. El más famoso el CSS Alabama hundido en la costa francesa en 1864. Ambas partes en litigio firmaron el tratado de Washington el 8 de marzo de 1871, en el que el Reino Unido expresa su pesar por los daños producidos y ambas partes ponen en marcha el procedimiento para la fijación de los daños y perjuicios. Un tribunal de arbitraje se reunió en Ginebra, compuesto por cinco miembros de nacionalidad inglesa, norteamericana, italiana, suiza y brasileña. La indemnización fijada en el laudo arbitral de 15,500,000 dólares americanos fue abonada por el Reino Unido en 1872. A partir de entonces, surgió una estrecha complicidad entre ambos países que ha perdurado hasta nuestros días, como ejemplo de que partes en litigio pueden arreglar sus aparentemente irreconciliables disputas y crear un vínculo muy cercano en sus futuras relaciones. Desde el punto del Derecho internacional se cita el Tratado de Washington de 8 de marzo de 1871 como verdadero precursor de las más importantes instituciones internacionales, producto sin duda del buen entendimiento del mundo anglosajón.

Las exigencias de crecimiento y desarrollo en las diferentes economías de nuestros países llevaron a que organizaciones internacionales hayan impuesto criterios como condición para acceder a los mercados internacionales de capital. La Organización Internacional del Comercio, el Fondo Monetario Internacional, el Banco Mundial o la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OECD), entre otras instituciones internacionales han exigido condiciones generalizadas en la contratación administrativa. Los importantes proyectos de infraestructura llevados a cabo en las últimas décadas recibieron una muy fuerte financiación internacional. La contratación administrativa ha respondido a criterios de lo que bien se puede llamar un derecho administrativo globalizado. Los llamados protocolos de "public procurement" no dejan duda al respecto.

La globalización ha tenido su impacto directo también en uno de los pilares básicos del derecho administrativo. ⁽³⁸⁾ Desde el momento en que el inversor extranjero

⁽³⁸⁾ Véase la interesante monografía colectiva coordinada por Jaime RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ y José Ignacio HERNÁNDEZ G., El Derecho Administrativo Global y el arbitraje

tiene derecho a defenderse directamente frente a los Estados soberanos en tribunales internacionales de arbitraje falla la exclusiva y excluyente competencia de los tribunales domésticos de la jurisdicción contencioso-administrativa. Igualmente, se puede decir que desde la óptica del derecho internacional estamos poniendo muy seriamente en tela de juicio el derecho internacional económico en el cual sólo los Estados soberanos eran sujetos legitimados para iniciar acciones jurisdiccionales internacionales. Quiebra, pues, el carácter local del derecho administrativo y el correspondiente planteamiento en el derecho internacional público de los Estados como únicos sujetos en un mosaico de Estados soberanos. Las personas físicas y jurídicas tienen legitimación internacional para demandar directamente a los Estados, sin necesidad de un apoyo estatal.

El arbitraje internacional es una consecuencia de la internacionalización, mejor dicho, globalización de los contratos administrativos. La jurisprudencia arbitral ha hecho fortuna, ha construido una verdadera doctrina legal internacional, ha sido verdadero catalizador del nuevo derecho internacional económico que ya no conoce las fronteras entre el derecho privado y el derecho público internacional.

En España el arbitraje ha sido admitido también para las administraciones públicas cuando así lo han exigido especialmente las entidades internacionales financiadoras.⁽³⁹⁾ La disposición adicional primera, párrafo tercero, del decreto legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la ley de contratos del sector público indica: “en los contratos con empresas extranjeras se procurará, cuando las circunstancias lo aconsejen, la incorporación de cláusulas tendentes a resolver las discrepancias que puedan surgir mediante fórmulas sencillas de arbitraje”. En el ámbito doméstico, según se indica en el artículo 7, párrafo tercero de la ley 47/2003, General Presupuestaria, y en el artículo 31 de la ley 33/2003, de 3 de noviembre, del patrimonio de las administraciones públicas se exigirá “decreto acordado en Consejo de ministros, previa audiencia del de Estado en pleno”. Bien es verdad que al ratificar España el Convenio Europeo sobre el arbitraje comercial internacional, firmado en Ginebra el 21 de abril del año 1961 y publicado su instrumento de ratificación en el Boletín Oficial del Estado de 4 de octubre de 1975, España había adquirido en virtud del artículo 2 el compromiso de que “las personas morales consideradas por la ley a ellas aplicable como personas morales de derecho público estarán facultadas para concertar válidamente acuerdos o compromisos arbitrales”.

internacional de inversiones (Una perspectiva iberoamericana en el marco del cincuenta aniversario del CIADI), Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid 2016.

⁽³⁹⁾ Vid. Roberto O. BUSTILLO BOLADO, Convenios y Contratos Administrativos: Transacción, Arbitraje y Terminación Convencional del Procedimiento, tercera edición, ARANZADI THOMSON REUTERS, Pamplona 2010, especialmente págs. 447 y ss.

En este punto conviene también recordar lo indicado en el segundo párrafo del artículo 2 de la vigente ley de arbitraje española: “cuando el arbitraje sea internacional y una de las partes sea un Estado o una sociedad, organización o empresa controlada por un Estado esa parte no podrá invocar las prerrogativas de su propio derecho para sustraerse a las obligaciones dimanantes del convenio arbitral”.

La llamada doctrina CALVO fue una lógica y congruente reacción a la injusta intervención bélica que bajo la llamada protección diplomática realizaron determinados Estados europeos y norteamericanos en los países independizados de la América hispana. Política que con acierto ha sido calificada como “gun boat diplomacy”. La economía globalizada y los nuevos postulados del derecho administrativo internacional han conducido por el contrario a la participación de los Estados activamente, tanto en el arbitraje comercial internacional como en el de protección de inversiones.

Los Estados en el arbitraje de protección de inversiones

En los tratados de protección de inversiones los Estados soberanos garantizan la seguridad jurídica del inversor extranjero.⁽⁴⁰⁾ En ocasiones, los Estados receptores de la inversión suscriben además un acuerdo para establecer el régimen jurídico específico para la inversión en el país receptor de la misma, incluyendo generalmente una cláusula de arbitraje. En otros casos, el legislador doméstico al regular la situación del inversor extranjero prevé la posibilidad de que éste acuda a un arbitraje internacional si pudiera considerarse que la actuación del Estado receptor de la inversión viola los derechos garantizados. La técnica del arbitraje de protección de inversiones en todos estos casos (por vía de tratado, de convenio específico de inversión o por legislación doméstica) es la misma: el Estado receptor de la inversión adquiere unos compromisos internacionales cuya garantía consiste precisamente en la posibilidad de que el perjudicado extranjero pueda demandar tutela arbitral internacional en defensa de sus derechos.⁽⁴¹⁾ El Estado renuncia en forma general e irrevocable a invocar privilegios de inmunidad de jurisdicción en el correspondiente arbitraje. El convenio arbitral surge, en consecuencia, de la oferta del Estado y de la aceptación del inversor demandante, sin necesidad de firma alguna de pacto arbitral individualizado.⁽⁴²⁾

⁽⁴⁰⁾ En los tratados de protección de inversiones se indica la opción que corresponde al inversor que se considera perjudicado para reclamar en diferentes foros. Con razón ha resaltado la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección décima, de 26 de abril de 2017 (num.1500/2017): "nótese que no dice (el tratado) 'se someterá' o 'deberá someterse', sino 'podrá someterse'. En este sentido, y de interpretarse así el precepto, la parte actora está en su libre derecho de articular la demanda ante el juzgado en que lo ha hecho al haber optado ahora por no someter el conflicto a ninguno de los tribunales o centros fijados en dicho precepto y hacerlo ante el citado órgano judicial una vez comprobada su competencia". Es decir, los tratados de protección de inversiones abren la posibilidad al inversor que se considere perjudicado de reclamar ante diferentes foros internacionales, pero no le obliga a ello, pudiendo en consecuencia acudir al juzgado de su elección siempre que resulte territorial y materialmente competente.

⁽⁴¹⁾ Vid. El laudo pionero en materia de arbitraje de inversión, LANCO INTERNATIONAL INC. V. THE ARGENTINE REPUBLIC, *international Legal Materials*, 457, 2001, págs. 457 y ss.

⁽⁴²⁾ Indica el art. 21 de la Ley Orgánica del Poder Judicial que "los juzgados y tribunales españoles conocerán de los juicios que se susciten en territorio español...con arreglo a lo establecido en la presente ley y en los tratados y convenios internacionales en los que España sea parte. Se exceptúan los supuestos de inmunidad de jurisdicción establecidos

La oferta de sometimiento a arbitraje se hace respecto de los inversores del otro estado signatario del tratado. Pero eso no excluye el caso de inversores con doble nacionalidad, la de origen y la adquirida posteriormente. Algunas reglas, como por ejemplo el CIADI, no lo permiten, pero otras instituciones admiten la protección internacional. Ello ha dado lugar a numerosas circunstancias que los árbitros deben valorar teniendo muy en cuenta la buena fe de las partes. Se trata así de evitar la adquisición de una doble y compatible nacionalidad a los solos efectos de legitimación activa en el procedimiento arbitral.

en las normas de Derecho internacional público". El artículo 36,2 de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil preceptúa que "los tribunales civiles españoles se abstendrán de conocer los asuntos que se les sometan cuando concurra en ellos alguna de las circunstancias siguientes:1) cuando se haya formulado demanda o solicitado ejecución respecto de sujetos o bienes que gocen de inmunidad de jurisdicción conforme a las normas de Derecho internacional público". Nuestro país ratificó el 4 de febrero del 2011 la Convención de las Naciones Unidas sobre inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes del año 2004; su art. 10 establece que "no podrá hacer valer la inmunidad de jurisdicción ante ese tribunal en ningún proceso basado en dicha transacción mercantil"; su art. 18 se refiere a la inmunidad respecto de medidas coercitivas anteriores al fallo "cuando el Estado haya consentido expresamente en la adopción de tales medidas en los términos indicados II) por un acuerdo de arbitraje en un contrato escrito"; su art. 19 se refiere a medidas coercitivas posteriores al fallo si así se aceptara en un "acuerdo de arbitraje o en un contrato escrito". Vid. La Ley Orgánica 16/2015, de 27 de octubre, sobre privilegios e inmunidades de los Estados extranjeros, las Organizaciones Internacionales con sede u oficina en España y las Conferencias y Reuniones Internacionales celebradas en España.

El artículo 27 de la Ley 29/2015, sobre cooperación jurídica internacional en materia civil, ordena que "los órganos jurisdiccionales españoles comunicarán al Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación la existencia de cualquier procedimiento contra un Estado extranjero a los solos efectos de que aquel emita informe en relación con las cuestiones relativas a la inmunidad de jurisdicción y ejecución, del que dará traslado al órgano jurisdiccional competente por la misma vía". Este informe, sin ser vinculante, tiene gran importancia en la práctica como base para la correspondiente decisión jurisdiccional en materia de inmunidad.

La protección del inversor se realiza adquiriendo el Estado compromisos que bien pueden ser calificados como conceptos jurídicos indeterminados.⁽⁴³⁾⁽⁴⁴⁾ Es sabido que esta técnica, elaborada por la doctrina alemana, es muy antigua y en todos los campos del derecho.⁽⁴⁵⁾ La doctrina administrativa en concreto los ha utilizado en el control de las administraciones públicas, distinguiendo sus aspectos reglados y discrecionales.⁽⁴⁶⁾ En esta línea, se coloca la protección internacional de los

⁽⁴³⁾ El concepto jurídico indeterminado por excelencia en el derecho civil alemán es el contenido en el párrafo 242 del BGB "treue und glauben" que ha permitido a la jurisprudencia interpretar, construir y en casos extremos especialmente en el nacional-socialismo derogar derecho positivo vigente. Entre nosotros, DIEZ PICAZO ha colocado certeramente la buena fe y el abuso del derecho en la piedra angular del ordenamiento jurídico. Hoy es, sin duda, el profesor de habla hispánica más invocado en los laudos de arbitraje internacional.

⁽⁴⁴⁾ La razón por la que el legislador utiliza conceptos abstractos viene expresado por Zachary DOUGLAS, The international Law of Investments Claims, Cambridge University Press, 4 ed., 2012, pág. 88: "the whole purpose of using general concepts in a legal instrument is that their content can evolve over time through interpretative practices so that the instrument can adapt to changing realities without requiring constant amendment"

⁽⁴⁵⁾ Son conceptos jurídicos indeterminados, por citar algunos, el bien de la Iglesia en el Derecho Canónico, o la buena fe, la fuerza irresistible, el interés social, justiprecio, legítima defensa, premeditación, buena conducta cívica, interés social, arraigo de extranjeros, semejanza fonética en materia de marcas o perjuicio de imposible o difícil reparación.

⁽⁴⁶⁾ Vid. E. GARCIA DE ENTERRÍA y T.R. FERNÁNDEZ, Curso de Derecho Administrativo, decimoséptima edición, Pamplona 2015, tomo I, págs. 497 y ss. "Con la técnica del concepto jurídico indeterminado la Ley refiere una esfera de realidad cuyos límites no aparecen bien precisados en su enunciado, no obstante lo cual es claro que intenta delimitar un supuesto concreto" (pág. 497). A la hora de distinguir la discrecionalidad y los conceptos jurídicos indeterminados citan los autores (pág.503) con acierto la sentencia 28 de noviembre de 1964: "...el concepto jurídico indeterminado- ruina, precio justo, utilidad pública, etc.- es configurado por la Ley de tal forma que solamente se da una única solución justa en la aplicación del concepto a la circunstancia de hecho, como ocurre en el caso de actuación del Jurado de Expropiación, que ... no es libre para decidir a través de un proceso volitivo de discrecionalidad, entre varios posibles justos precios... sino que .. ha de ... determinar... el precio que real y efectivamente sea el verdadero y justo" (pág. 503).

inversores. Se habla de plena protección y seguridad del inversor⁽⁴⁷⁾, igualdad de trato, trato no menos favorable que el dispensado a los nacionales del país receptor de la inversión o de otros tratados ratificados por el Estado en cuestión, no discriminación en la gestión, mantenimiento, uso, disfrute y venta o liquidación de las inversiones, trato justo y equitativo⁽⁴⁸⁾⁽⁴⁹⁾ o la llamada cláusula de nación más favorecida.⁽⁵⁰⁾ Corresponde a la jurisprudencia arbitral ir determinando en cada

⁽⁴⁷⁾ Vid. Christoph SCHREUER, Full Protection and Security, Journal of International Dispute Settlement, 2010, pág. 1-17.

⁽⁴⁸⁾ Trato justo y equitativo: este es el compromiso que generalmente aparece en la regulación de la protección de las inversiones, sea a nivel legislativo interno o sobre todo por tratados internacionales en la materia. En el mundo hispánico se habla de trato justo y equitativo, mientras que en el anglosajón se indica "fair and equitable treatment". Su extensión debe ser analizada caso por caso, aunque en principio se puede entender que abarca a la prohibición de arbitrariedad, denegación de justicia, tratamiento abusivo al inversor o a la protección de sus legítimas expectativas en el país receptor de la inversión respecto a su actuación empresarial.

La UNCTAD (United Conference on Trade and Development) publicó en el año 2012 un trabajo ilustrativo de conductas recriminadas por los inversores a los estados receptores de su inversión como violación del principio de tratamiento justo y equitativo: medidas que afectan a las operaciones empresariales; introducción de requisitos que impiden la ejecución económica de una inversión; interferencia con los derechos contractuales; interferencia con los derechos de propiedad; trato abusivo de un inversor; denegación de justicia.

Los árbitros deben, al controlar la actividad del estado demandado, aplicar los criterios normativos que en cada caso deciden si hubo o no trato justo y equitativo y decidir si efectivamente se produjo o no una violación de dicho principio. Valorarán, en consecuencia, la actuación estatal y considerarán el eventual daño que dicho acto ilícito alegado por el demandante ha producido al inversor, cuantificando en su caso la correspondiente indemnización que consideren apropiada.

⁽⁴⁹⁾ Vid. UNCTAD, Fair and equitable treatment, United Nations, New York and Geneva, 2012.

⁽⁵⁰⁾ Cláusula de nación más favorecida: en muchos tratados bilaterales se contiene la mención de que los estados que suscriben dicho instrumento se comprometen a conceder a los inversores del otro estado la protección más favorable que se hubiera podido dar a otros nacionales en virtud de otro tratado similar de protección de inversiones.

caso si nos encontramos o no ante un hecho internacionalmente ilícito del Estado que genera su responsabilidad internacional. Conviene igualmente indicar que cuando estas normas de protección del inversor extranjero utilizan términos como

La aplicación práctica de la cláusula de nación más favorecida conecta con la idea de que el nuevo derecho internacional económico tiene sus orígenes en la globalización de la economía mundial. Dicha cláusula supone una apertura de la protección jurídica concedida por un tratado bilateral a un derecho internacional que supera los ámbitos de la bilateralidad en la que se ha suscrito el tratado en el que se contiene. Es muy frecuente que así se abra la puerta a la aplicación de normas no previstas en el tratado en cuestión. Por ejemplo, existen tratados bilaterales y también multilaterales que no recogen el principio de trato justo y equitativo, que en la práctica sin embargo entra en aplicación en base a la cláusula de nación más favorecida.

Cuestión debatida es la de si la cláusula de nación más favorecida, y en todo caso dependerá de su literalidad, abre la puerta también no sólo a derechos sustanciales sino también a cuestiones procedimentales. Es el caso, por ejemplo, de algunos tratados que exigen que el inversor antes de acudir al arbitraje internacional se someta a la jurisdicción local del país receptor de la inversión y si, en el plazo de unos meses, no se ha resuelto judicialmente la diferencia, sólo entonces puede acudir al arbitraje internacional. Algún laudo ha permitido acudir directamente al arbitraje internacional sin pasar por el preceptivo recurso a la jurisdicción doméstica, por entender el tribunal que al ser de aplicación la cláusula de nación más favorecida debe abrirse paso al arbitraje internacional sin esperar unos cuantos meses a la decisión de la jurisdicción doméstica. Sobre este tema, es conocido el hecho de que otros tribunales no han permitido la aplicación de la cláusula de nación más favorecida a cuestiones procesales y han declarado inadmisibles las demandas arbitrales por no haberse cumplido los requisitos procedimentales establecidos en el tratado de aplicación.

el de expropiación, se admite también la llamada expropiación indirecta⁽⁵¹⁾⁽⁵²⁾; medidas gubernamentales que afecten al valor de la inversión pueden ser consideradas como verdadera expropiación indirecta; piénsese, por ejemplo, en el

⁽⁵¹⁾ Concepto de expropiación en los instrumentos internacionales reguladores de la protección de inversiones: la regulación internacional de la protección de inversiones tiene, como es lógico, muchos puntos en común con la regulación de la expropiación en el derecho administrativo doméstico. Pero tiene también elementos diferenciadores. Las expropiaciones para ser legales deben realizarse en el interés público, debe ser no discriminatorias, realizarse de forma legal y se ha de proceder a una adecuada, rápida y efectiva compensación.

Los instrumentos internacionales reguladores de la protección de inversiones suelen considerar, junto a la expropiación directa, lo que viene en llamar expropiación indirecta o la adopción de medidas que puedan tener un efecto equivalente. La práctica arbitral internacional ha entendido como expropiación indirecta la ocupación que quita todo valor a las patentes o contratos de una compañía, el aumento discriminatorio de impuestos que convierten económicamente insostenible a una inversión, la expulsión del país de una persona que juega un papel importante en el manejo de la inversión, la imposición forzosa de un gerente en la empresa, la revocación de un permiso para actuar en una zona libre, la denegación de un permiso de construcción en contra de garantías vinculantes anteriores, la interferencia con derechos contractuales que llevan a la terminación de un contrato o la revocación de la licencia de operación.

Junto a la expropiación indirecta por medidas que tengan un efecto equivalente, la regulación internacional de la protección de inversiones introduce la expropiación efectiva como consecuencia de una actuación concatenada de actuaciones del estado receptor de la inversión que da como consecuencia la imposibilidad de ejercitar los derechos propios de la inversión, impidiendo ésta o reduciendo drásticamente su rentabilidad económica.

Todo ello, como es lógico, plantea problemas muy serios entre lo que se puede entender como actuación normal regulatoria del estado receptor de la inversión, que soberanamente puede y debe ejercitar actuaciones administrativas o normativas, y lo que pueda entenderse como expropiación indirecta o expropiación como resultado de una concatenación de actuaciones. Bien es verdad que para el árbitro internacional lo relevante no es la intención del gobierno de expropiar o no. Lo importante son las consecuencias que las actuaciones gubernamentales han tenido sobre la inversión a la que el estado receptor ha concedido determinadas garantías adquiriendo compromisos internacionales que debe mantener. En el bien entendido que no se garantiza el éxito económico del inversor, sino exclusivamente que el estado receptor de la inversión cumplirá los compromisos contraídos internacionalmente.

supuesto de una regulación urbanística que modifique el valor de la inversión inmobiliaria o al cambio de un sistema fiscal expresamente pactado con el inversor. En todos estos casos, no se prohíbe la actuación del Estado en ejercicio de su plena soberanía, pero, si se entiende que ha habido una violación del principio “pacta sunt servanda”, el arbitraje internacional deberá fijar la correspondiente indemnización.

La preocupación del Derecho administrativo por el control de la discrecionalidad en la aplicación de los conceptos jurídicos indeterminados se manifiesta paralelamente en el derecho de la protección de inversiones. Se ha entendido que los árbitros gozan de excesivo margen en la constatación de algunos de ellos, especialmente en los que se refiere por ejemplo al trato justo y equitativo del inversor por parte del estado receptor de la inversión. Algunos Estados ⁽⁵³⁾ han indicado la conveniencia de reducir la discrecionalidad de los árbitros al decidir si hubo o no violación del tratado y deducir las correspondientes consecuencias indemnizatorias. Se han modificado los tratados para precisar en qué casos así se produce.

La idea de tener en cuenta las expectativas personales del inversor, como se mantuvo por algunos laudos, parece necesario objetivarla. ⁽⁵⁴⁾ Para ello se ha utilizado la figura de las declaraciones interpretativas de los tratados. La Convención de Viena de 23 de mayo 1969 sobre el derecho de los tratados se ocupa de las reservas a los tratados como declaración unilateral “con objeto de excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado en su aplicación

⁽⁵²⁾ Vid. Christoph SCHREUER, The concept of expropriation under the ETC and other investment protection treaties, 20 de mayo 2005, Investment arbitration and the Energy Charter Treaty 108-159 (C. Ribeiro ed. 2006); Transnational Dispute Management, vol. 2.

J.PAULSSON, Z.DOUGLAS, Indirect Expropriation in Investment Treaty Arbitrations, in S.M. KROLL y N.HORN eds. Arbitrating Foreign Investments Disputes, Procedural and Substantive Legal Aspects, Studies in Transnational Economic Law, vol. 19, Kluwer Law international 2004, pags. 145-158.

⁽⁵³⁾ Vid., a título de ejemplo, la Auditoría integral ciudadana de los tratados de protección recíproca de inversiones y del sistema de arbitraje en materia de inversiones en Ecuador presentada por CAITISA en mayo 2017, Informe Ejecutivo, págs. 39 y s. En su opinión, la aplicación del estándar trato justo y equitativo aplicado por los árbitros da por resultado “un enfoque indefinido y desequilibrado, que favorece indebidamente a los intereses de los inversores, e ignora la regulación legítima en pro del interés público”.

⁽⁵⁴⁾ Vid. Carlos MOREIRO GONZÁLEZ, "The Convergence or Recent International Investment Awards and Case Law on the principle of Legitimate Expectations: Towards Common Criteria Regarding Fair and Equitable Treatment?", European Law Review 2017, pag. 402 y ss.

a ese estado” (art. 2 d). Silencia, sin embargo, las declaraciones interpretativas tenidas en cuenta por la Comisión de Derecho Internacional el 19 de mayo de 2011 al elaborar la Guía de la Práctica sobre las Reservas de los Tratados: “se entiende por declaración interpretativa una declaración unilateral, cualquiera que sea su enunciado o denominación, hecha por un Estado o, por una organización internacional, por la que ese Estado o esa organización se propone precisar o aclarar el sentido o el alcance de un tratado o de algunas de sus disposiciones (art. 1,2). El Tratado de libre Comercio de América del Norte, TLCAN o más conocido por sus siglas en inglés NAFTA, por citar quizá el caso más significativo, estableció en su art. 2001 una Comisión de Libre Comercio (Free Trade Commission) para “resolver las controversias que pudieran surgir respecto a su interpretación o aplicación” del tratado (art. 2201,2 b y c). En nota de 31 de julio de 2001 estableció con carácter vinculante a las partes del tratado que “los conceptos de “trato justo y equitativo” y de “protección y seguridades plenas” no requieren un trato adicional al requerido por el nivel mínimo a los extranjeros propios del derecho internacional consuetudinario, o que vaya más allá de éste”.⁽⁵⁵⁾ Sin duda, la existencia de poderes interpretativos es saludable en cuanto favorece la previsibilidad de las normas, pero la doctrina lo acepta ⁽⁵⁶⁾ siempre que se mantengan los siguientes criterios: que la interpretación sea clara, que no tenga carácter retroactivo y que no se realice condicionando un arbitraje en marcha. Aunque, como es lógico, mejor sería modificar el tratado si así lo exige la correcta interpretación que desean las partes.
(57)

⁽⁵⁵⁾ Zachary DOUGLAS, "The international Law of Investments Claims", cit., pag 87: " The Free Trade Commission's interpretation does nothing more than provide a trite confirmation that concepts such as fair and equitable treatment are to be interpreted against the background of principles of general international law relevant to the treatment of foreign investments".

⁽⁵⁶⁾ Gabrielle KAUFMANN-KOHLER, "Interpretative Powers of the NAFTA Free Trade Commission-Necessary Safety Valve or Infringement of the Rule of Law". In Fifteen years of NAFTA Chapter 11 Arbitration, joint McGill University, Conference Proceedings, Frederic Banchand (Ed.), JurisNet 2011, págs. 175 y ss.

⁽⁵⁷⁾ Ejemplo de intento clarificador lo encontramos de lo que hemos venido en llamar concepto jurídico indeterminado en el instrumento interpretativo conjunto sobre el Acuerdo Económico y Comercial Global entre Canadá y la Unión Europea y sus Estados miembros (nota del 27 de octubre 2016 de la Secretaría General del Consejo de la Unión Europea, 13541/16).

Artículo 8,10: "Trato de los inversores y de las inversiones cubiertas:

1. Cada parte concederá, en su territorio, a las inversiones cubiertas de la otra Parte y a los inversores, con respecto a sus inversiones cubiertas, un trato justo y equitativo, y plena protección y seguridad, de conformidad con los apartados 2 a 7.

El arbitraje de protección de inversiones está de máxima actualidad en España. Los bandazos de la política energética, especialmente en materia de energías renovables, nos han llevado a convertirnos en uno de los países que más demandas de arbitraje está teniendo. En un reciente foro sobre arbitraje de energías renovables, indicaba el coordinador del equipo español de defensa de los arbitrajes internacionales que se ha organizado un equipo de 12 funcionarios, entre los que figuran 8 abogados del Estado, dos inspectores de Hacienda y dos técnicos administrativos. ⁽⁵⁸⁾ El Reino de España es hoy uno de los clientes más importantes de estos centros de administración arbitral, tanto del CIADI ⁽⁵⁹⁾ como de la Cámara de Comercio de Suecia o de la Corte Permanente de Arbitraje de La Haya (PCA). Según los datos del Ministerio de Justicia en respuesta parlamentaria del 6 de noviembre 2017, los arbitrajes internacionales por las energías renovables pendientes en el CIADI son 27, en la Cámara de Comercio de Suecia 7 y en la Corte

2. Una parte incumplirá la obligación de trato justo y equitativo a la que hace referencia en el apartado 1 en caso de que una medida o una serie de medidas constituya:

- a) una denegación de justicia en procedimientos penales, civiles o administrativos;
- b) un incumplimiento esencial de las garantías procesales, incluido el incumplimiento esencial del principio de transparencia en los procedimientos judiciales y administrativos;
- c) una arbitrariedad manifiesta;
- d) una discriminación específica por motivos claramente injustos, como la raza, el sexo o las creencias religiosas;
- e) un trato abusivo (coacción, intimidación, acoso, etc.) a los inversores; o
- f) una infracción de cualquier otro elemento de la obligación de trato justo y equitativo adoptado por las Partes de conformidad con el apartado 3 del presente artículo.

3. Las Partes revisarán periódicamente, previa petición de una de ellas, el contenido de la obligación de dar un trato equitativo y justo. El Comité de Servicios e Inversión, creado de conformidad con el artículo 26,2,1, b (Comités especializados), podrá formular recomendaciones al respecto y presentarlas al Comité Mixto del CETA para que adopte una decisión".

⁽⁵⁸⁾ Declaraciones de Diego SANTACRUZ, coordinador del equipo, diario El Mundo, 12 de septiembre 2017.

⁽⁵⁹⁾ Para hacerse una idea basta mirar en la página del CIADI la lista de casos que hace referencia a España:

- 1) 30 casos en los que ha sido demandado el Reino de España por inversores extranjeros.
- 2) 41 casos en los que empresas españolas han demandado a estados extranjeros receptores de sus inversiones.

Permanente de Arbitraje (PCA) 2. En total 36, cuya cuantía reclamada es de 7.565,8 millones de euros.

Por otro lado, las empresas españolas están sufriendo las consecuencias de su agresiva actividad exterior y en consecuencia ven como sus inversiones son expropiadas especialmente en países de la América Hispana y de África. Además, lo que hasta hace poco era privativo de la gran empresa hoy ya no lo es; con mayor frecuencia empresarios españoles de mediana dimensión actúan como demandantes en foros internacionales de arbitraje frente a Estados receptores de sus inversiones. La diplomacia exterior española tiene un fuerte contenido económico en ayuda de nuestros ciudadanos e intereses.

La protección de las inversiones se realiza en la mayoría de los tratados tanto sobre las inversiones directas como sobre las indirectas. Ahí es donde surge la planificación previa para estructurar las inversiones de forma que tenga la mejor cobertura de protección arbitral. Parte importante de la decisión de invertir en un país depende de la valoración de riesgos, incluyendo los riesgos jurídicos. La exposición estatal a eventuales arbitrajes ha llevado a ciertos Estados a crear una oficina de análisis previo de cualquier medida que pueda tomar tanto el poder ejecutivo, como el judicial o legislativo, susceptible de reclamación arbitral internacional. Tal es por ejemplo el caso de Israel.

En el espacio europeo estamos asistiendo a una batalla legal emprendida por la Comisión en contra de los tratados intracomunitarios de protección de inversiones ratificados con anterioridad a la incorporación de un determinado país a la Unión Europea. En la idea de que no son compatibles con la normativa comunitaria se ha personado la Comisión sin mucho éxito en diferentes procedimientos en forma de “amicus curiae”; entiende que las indemnizaciones concedidas por vía arbitral son ayudas de estado no permitidas en el derecho europeo, llegando a prohibir y amenazar al estado en cuestión con sanciones si procede al cumplimiento del laudo arbitral; el titular legitimado en virtud de un tratado alega que ese debe ser un problema entre la Unión y el Estado afectado: si se negoció mal el tratado de incorporación a la Unión sin tener en cuenta los tratados hoy intracomunitarios, el particular afectado no debe salir perjudicado⁽⁶⁰⁾. La Comisión ha recordado, sin embargo, con ocasión de la condena arbitral EISER c REINO DE ESPAÑA ⁽⁶¹⁾ que todo acuerdo que establezca arbitraje de protección de inversiones entre dos Estados miembros es contrario al Derecho de la Unión, que deben aplicar los tribunales

⁽⁶⁰⁾ Vid Ioan MICULA y Viorel MICULA c REPÚBLICA DE RUMANÍA, ICSID núm Arb 05/20.

⁽⁶¹⁾ EISER INFRASTRUCTURES LTD. Y ENERGÍA SOLAR LUXEMBURGO S.A.R.L. c REINO DE ESPAÑA, 4 de mayo 2017, CIADI núm. ARB/13/36.

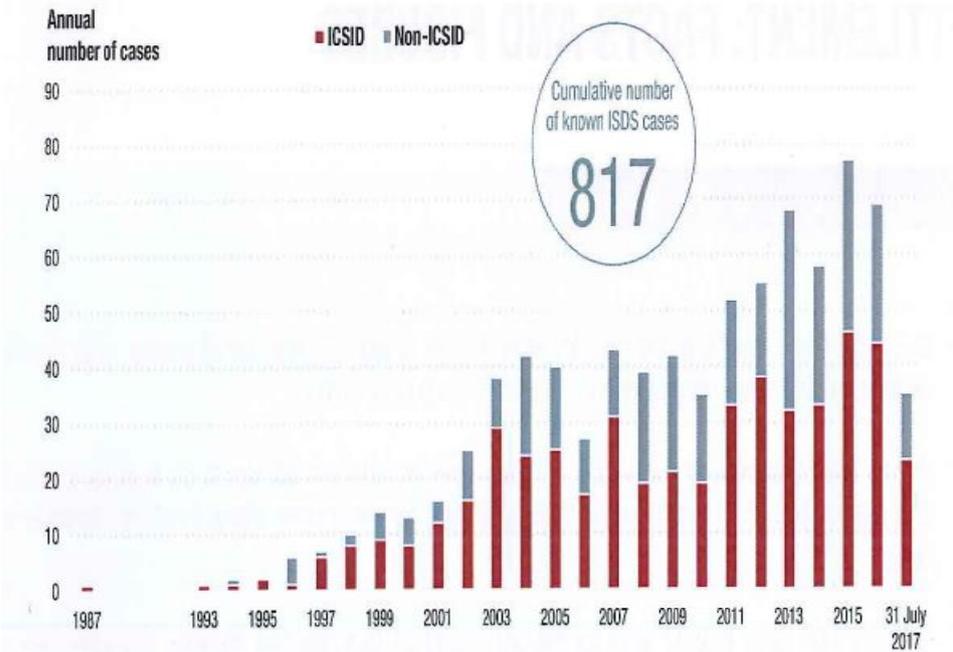
arbitrales. En su opinión, prima el Derecho de la Unión en caso de conflicto entre tratados, incluido el de la Carta de la Energía. El foro exclusivo para discutir su validez es el de los tribunales europeos. Indica de forma tajante que las indemnizaciones que se concedan por vía arbitral serán consideradas como ayudas de Estado ilegales. La polémica está servida, especialmente después que el demandante contra España ha hecho pública su cesión a un tercero de sus derechos arbitrales. Sin duda, la batalla judicial no augura librarse en tribunales europeos ⁽⁶²⁾.

La Conferencia de Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo, más conocida por sus siglas en inglés UNCTAD, ha publicado en noviembre 2017 unos datos que pueden dar una idea de cuál es la situación actual del arbitraje de protección de inversiones (UNCTAD, IIA Issues Note núm. 3, noviembre 2017). Sin duda, el más cuestionado en la opinión pública. Las cifras y los datos son orientadores ya que resulta difícil una presentación completa pues en algunos casos su existencia misma y sobre todo detalles completos no son accesibles.

⁽⁶²⁾ Decisión C (2017) 7384. Comisión Europea, 10 de noviembre 2017. Vid. El Confidencial 26 de diciembre 2017.

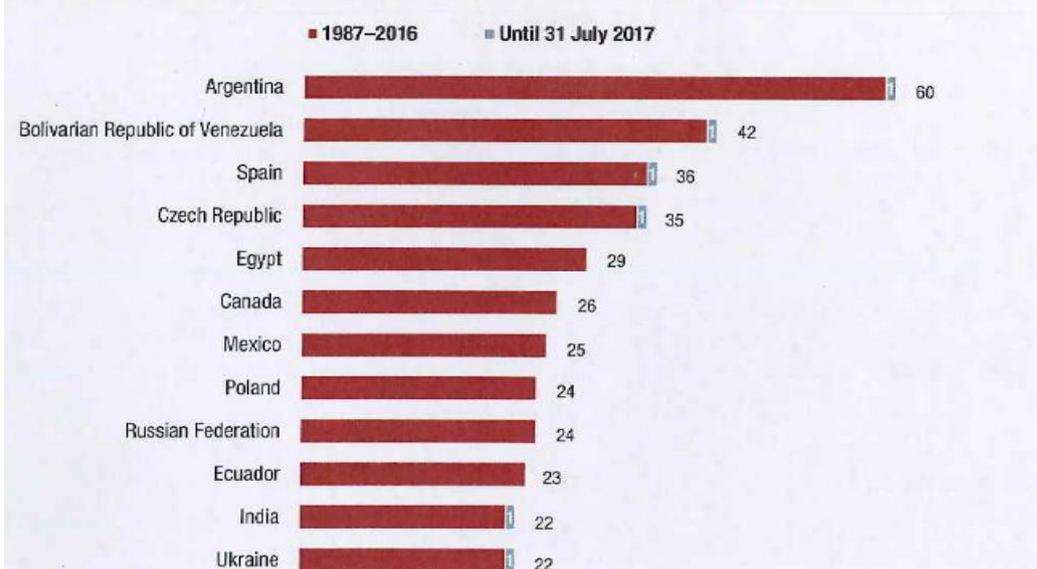
1) Casos conocidos de arbitrajes de protección inversiones conforme a tratados entre 1987-31 de julio 2017

Figure 1. Trends in known treaty-based ISDS cases, 1987–31 July 2017

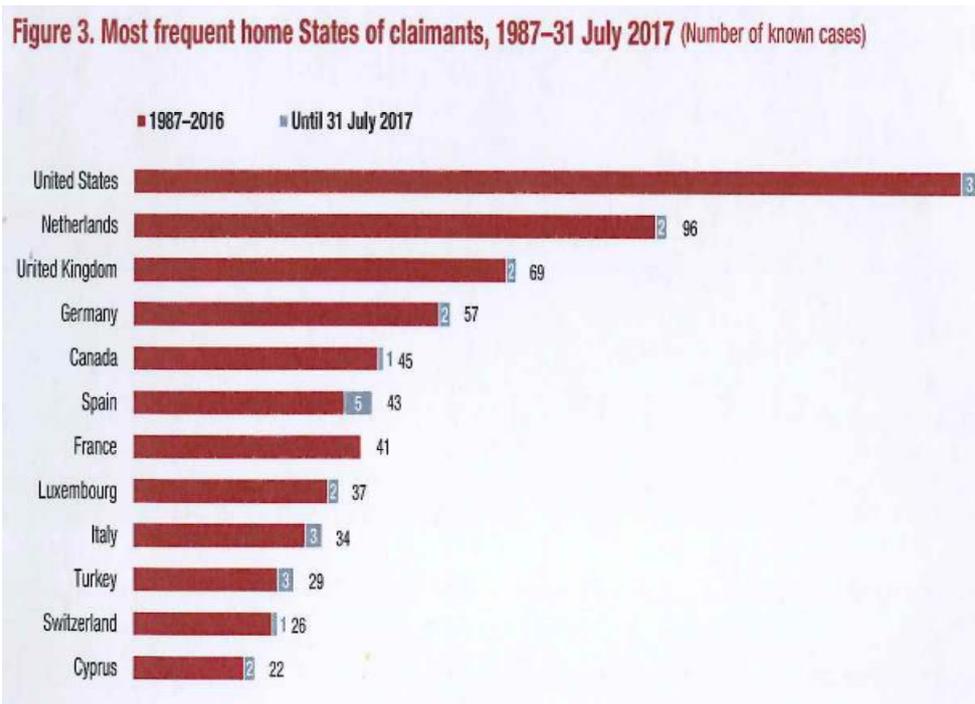


2) Estados más demandados en el período 1987-31 de julio 2017

Figure 2. Most frequent respondent States, 1987–31 July 2017 (Number of known cases)



3) Estados de origen de las partes demandantes en el período 1987-31 de julio 2017



El hecho internacionalmente ilícito del Estado que genera su responsabilidad internacional

La Comisión de Derecho Internacional elaboró unas normas sobre responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, que fueron aprobados por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 25 de junio de 2010. ⁽⁶³⁾ No se ha querido dar a tales normas el rango de tratado internacional, por lo que bien se puede decir que forman parte del derecho internacional consuetudinario. Su artículo primero empieza indicando "que todo hecho internacionalmente ilícito del Estado genera su responsabilidad internacional". Hay hecho internacionalmente ilícito ⁽⁶⁴⁾ cuando un comportamiento consistente en una acción u omisión, según indica el segundo de sus artículos, es atribuible al Estado según el derecho internacional y constituye una violación de la obligación internacional del Estado. La calificación del hecho del Estado como ilícito, además, se rige por el derecho internacional y tal calificación no es afectada por la que del mismo hecho pudiera realizar el derecho interno.

Pieza básica de la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos es precisamente el principio de atribución de un comportamiento al Estado. ⁽⁶⁵⁾ Se atribuye la responsabilidad al Estado por el comportamiento de los órganos del

⁽⁶³⁾ Resolución aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas sobre Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, A/RES/56/83.

⁽⁶⁴⁾ El artículo 2 de dichas normas define los elementos del hecho internacionalmente ilícito del Estado: "hay hecho internacionalmente ilícito del Estado cuando un comportamiento consiste en una acción u omisión a) es atribuible al Estado según el derecho internacional y b) constituye una violación de una obligación internacional del Estado". Obsérvese que no exige culpa o riesgo y no es necesario que existan daños, no distingue si la responsabilidad puede ser contractual o extracontractual. Con razón, indica CRAWFORD que las normas de la Comisión de Derecho Internacional "are more interesting for what they don't say than what they do actually say" (State Responsibility, Cambridge University Press, 2013, págs. 54 y ss.).

⁽⁶⁵⁾ "Attribution is the process by which international law establishes whether the conduct of a natural person or other such intermediary can be considered an 'act of State', and this be capable of giving rise to State responsibility. Attribution is thus a basal concept of the law of State responsibility and an essential condition for its operation" (CRAWFORD, State Responsibility, Cambridge 2013, pág. 113).

Estado, de una persona o entidad que ejerce atribuciones del poder público y por el comportamiento bajo la dirección o control del Estado.

Se considerará hecho del Estado según el derecho internacional el comportamiento de todo órgano del Estado, ya ejerza funciones legislativas, ejecutivas o judiciales, cualquiera que sea su posición en la organización del Estado y tanto si pertenece al gobierno central como a una división territorial del Estado. Se entenderá que órgano incluye toda persona o entidad que tenga esa condición según el derecho interno del Estado en cuestión.

Es igualmente atribuible al Estado el comportamiento de una persona o entidad que ejerce tareas del poder público.⁽⁶⁶⁾ Se considerará hecho del Estado según el derecho internacional el comportamiento de una persona o entidad que no sea órgano del Estado, pero esté facultada por el derecho de ese Estado para ejercer atribuciones del poder público, siempre que en el caso de que se trate la persona o entidad actúe en esa capacidad.

Se entenderá, igualmente, hecho del Estado según el derecho internacional el comportamiento de una persona o de un grupo de personas si esa persona o ese grupo de personas actúa de hecho por instrucciones o bajo la dirección o el control de ese Estado al observar ese comportamiento.⁽⁶⁷⁾

La violación de los compromisos del Estado en materia de protección del inversor se considera como un hecho internacionalmente ilícito y por ello los tribunales de arbitraje no han dudado en establecer las correspondientes indemnizaciones por los daños y perjuicios causados.

⁽⁶⁶⁾ La atribución al Estado de la responsabilidad por actuaciones de entidades paraestatales es muy frecuente en el arbitraje internacional de protección de inversiones. Por todos, se puede citar el caso español, que ha venido a ser un clásico en la doctrina en el laudo CIADI, *MAFFEZINI c. REINO DE ESPAÑA*, caso número arb/97/7, de 13 de noviembre 2000.

⁽⁶⁷⁾ Sobre el grado de control que se exige para la atribución al Estado ha habido decisiones contradictorias en la jurisprudencia internacional. En el caso *NICARAGUA c. USA* (ICJ Reports 1986) la Corte Internacional de Justicia exigió que hubiera un efectivo control del Estado sobre los paramilitares nicaragüenses. Por el contrario, la Corte de Apelación de la Corte Internacional para la antigua Yugoslavia se inclinó por un "overall control test" en la idea de que "an antiquated formulation whose applicability will essentially allow states to evade their legal obligations by outsourcing prohibited conduct to private groups".

En la práctica, los árbitros tienen que fijar los límites a la protección de las inversiones y garantizar que los Estados son soberanos para regular materias tan sensibles como las relacionadas con el medio ambiente, los derechos sociales o las regulaciones fiscales.⁽⁶⁸⁾ Los tratados de promoción y protección recíproca de las inversiones no son garantía del éxito económico de la inversión ⁽⁶⁹⁾; son simple garantía de que el tratamiento del Estado receptor no viola los compromisos adquiridos y sus actos no pudieran ser considerados internacionalmente ilícitos.

En materia de concesiones administrativas, la jurisprudencia arbitral ha distinguido de forma muy clara lo que se entiende por violación ilícita del tratado y el incumplimiento contractual ⁽⁷⁰⁾. El contrato de concesión administrativa contiene

⁽⁶⁸⁾ Al decir de Donald DONOVAN, expresidente del International Council for Commercial Arbitration, "international investment lawyer should want to see investment law as fully integrated into the full international law. We should think of international investment law as of a piece with international human right law, international environmental law and international labour law, in pursuing the economic and social welfare of both the host state and the investor entering it" (Global Arbitration Review, 19 de mayo 2017).

⁽⁶⁹⁾ Que los tratados de protección de inversiones no son garantía de éxito de toda inversión ha sido reiterado por la jurisprudencia arbitral. Por todas, baste citar la sentencia PARKERINGS-COMPANIET AS v REPUBLIC OF LITHUANIA (ICSID núm. Arb/05/8, de 11 de septiembre 2007): "not every hope amounts to an expectation under international law" o la de SALINI v. The HASHEMITE KINGDOM OF JORDAN (ICSID núm. Arb/02/13, de 31 de enero 2006): "an investment protection treaty cannot be used to compensate an investor deceived by the financial results of the operation undertaken"(pág. 155).

⁽⁷⁰⁾ "Seul l'Etat, en tant que puissance publique, et non comme contractant, a assumé des obligations au titre de l'accord bilatéral" [CONSORTIUM RFCC v. ROYAUME du MAROC (ICSID núm. Arb/00/6, de 16 de julio 2001), pág.51]. La doctrina francesa ha definido el concepto de puissance publique. Para Maurice HAURIOU, "une volonté qu'exerce les droits administratives au nom de la personnalité publique des administrations" (Precis de droit administratif et de droit public general, 1900). Según Jean RIVERO, "la traduction au plan administratif de la réalité politique qu'est le pouvoir" o "double pouvoir de l'administration d'imposer unilatéralement des obligations aux administrés, et de recourir à la force physique légitime pour les faire exécuter" (Dictionnaire de Droit Administratif). En Alemania, Max WEBER habla de Herrschaft, término difícilmente traducible, "the State is the entity claiming the monopoly of the legitimate use of physical force" (Sociology of Power, 1920). En el mundo anglosajón, "sovereignty is the absolute and perpetual power of a republic" (Jean BODIN, The Six Books of the Commonwealth, 1576). La doctrina reciente más autorizada llama la atención de lo que en cada caso debe entenderse por uso de autoridad gubernamental:

unas cláusulas cuyo cumplimiento sigue el régimen jurídico normal de los contratos y, formalmente, sometidas sus diferencias a los tribunales administrativos de cada país; en ocasiones, la diferenciación no es fácil si los encargados de administrar la concesión son autoridades públicas, en cuyo caso habrá que analizar si su actuación es puramente contractual o por el contrario ejercen lo que la doctrina francesa ha calificado como “puissance publique”.⁽⁷¹⁾

Los árbitros no son legisladores internacionales, sino que su misión consiste exclusivamente en el “suum cuique tribuere”. Su objetivo fundamental en la actuación arbitral es la de conseguir un laudo ejecutable por las partes. Además, no pueden olvidar que, cuando administran justicia y la parte demandada es un Estado soberano, al final la condena va a repercutir en el presupuesto del Estado en litigio y en detrimento de su capacidad financiera para llevar a cabo servicios públicos en la comunidad para la que gobiernan.

La buena fe juega un papel muy importante en el arbitraje de protección de inversiones.⁽⁷²⁾ Por parte del Estado, no puede tomar medidas unilaterales para eludir la responsabilidad internacional de sus actos ilícitos. Los particulares, a su

"there is no consensus as to what precisely 'constitues' governmental authority, the concept tends to depend on the particular society, in question, its history and traditions" (James CRAWFORD, State Responsibility, pág. 129).

⁽⁷¹⁾ En la sentencia arbitral YUKOS UNIVERSAL LIMITED (ISLE OF MAN) v. THE RUSSIAN FEDERATION, 18 de julio 2014, el tribunal entiende que se violó el tratado y lo justifica de la siguiente forma: "in view of the tribunal, it may reasonably be concluded that Rosneft was so directed. Or, if not, that it was not because it did not need to be; Rosneft was such a creature of President Putin's entourage that it reflexively implemented his policies" (UNCITRAL, PCA núm. AA227, pág. 465).

Sobre el uso del concepto de "puissance publique" en el arbitraje de protección de inversiones vid. las dos sentencias pioneras en la materia, SALINI COSTRUTTORI S.P.A. y ITALSTRADE S.P.A. v. THE KINGDOM OF MAROCCO, 16 de julio 2001, *International Legal Materials*, 624 (2003), págs. 610 y ss.; CONSORTIUM RFCC v. ROYAUME DU MAROC, 22 de julio 2003, *ICSID Review, Foreign Investment Law Journal*, 2003, págs. 391 y ss.

⁽⁷²⁾ Vid. Bernardo M. CREMADES, Good Faith in International Arbitration, *American University International Law Review* 27 num.4, 2012, págs 761 y ss. Con frecuencia se encuentra citado en arbitrajes internacionales en materia de contratos administrativos de concesión, Jesús GONZÁLEZ PÉREZ, El principio de buena fe en el derecho administrativo, quinta edición, CIVITAS- THOMSON REUTERS, Pamplona 2009.

vez, no pueden solicitar protección arbitral internacional en los casos de corrupción, fraude o violación del orden público transnacional. ⁽⁷³⁾

⁽⁷³⁾ Vid. Bernardo M. CREMADES, "Corrupción y arbitraje de inversión", Revista Internacional de Arbitraje", Bogotá, núm. 3, julio-diciembre 2005, págs. 51 y ss.

Corrupción y arbitraje internacional

Resulta frecuente en los procedimientos arbitrales que la defensa especialmente de los Estados se refiera de forma directa o indirecta a una supuesta corrupción de alguno de los contratantes o inversores. Por eso interesa analizar la reacción de los árbitros y las consecuencias en su decisión.⁽⁷⁴⁾

Empezaremos señalando cómo se ha enfrentado a la corrupción el ordenamiento jurídico, tanto a nivel nacional como internacional. No hace muchos años conocimos la admisión por los Estados del pago de comisiones en el mundo de los negocios, era normal y por eso el derecho lo legalizaba. No sólo eso, sino que la legislación tributaria entendía que el pago de comisiones era un gasto fiscalmente deducible. Diferentes escándalos obligaron al legislador norteamericano a prohibir la corrupción a través de la Foreign Corrupt Practices Act en 1977. A partir de entonces y para evitar la discriminación de sus empresas, la diplomacia norteamericana activó la toma de postura de las más importantes organizaciones internacionales: la OCDE (Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico), la OEA (Organización de Estados Americanos) o la misma Unión Europea. Este movimiento regenerador del mundo de los negocios internacionales culminó en la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción en el año 2003. A partir de entonces los legisladores domésticos tipificaron como delito lo que hasta hacía pocos años era una práctica consentida y legalizada.

En el mundo del arbitraje el juez Gunnar LAGERGREN tuvo ya ocasión en 1963 de enjuiciar el cobro de unas comisiones en las que se encontraban implicados altos dignatarios argentinos del régimen del general PERÓN. Su laudo arbitral (ICC núm. 1110) fue claro: la corrupción priva de posible protección internacional y entendió que no tenía jurisdicción arbitral; a su juicio, supone una “grave infracción de las buenas costumbres y del orden público internacional”; por ello “debe negarse que haya jurisdicción para conocer de este caso...Las partes que se coluden en una iniciativa de esta naturaleza deben darse cuenta de que han perdido el derecho a solicitar ayuda del sistema judicial-tribunales nacionales o tribunales arbitrales- en la solución de sus controversias”.

El laudo del juez LAGERGREN fue un verdadero aldabonazo moral para la comunidad arbitral y en general para el mundo de los negocios internacionales. Pero desde el punto de vista de la técnica jurídica ha sido muy puesto en duda en base a un principio básico del arbitraje internacional denominado separabilidad o autonomía de la cláusula arbitral respecto al contrato principal en el que se

⁽⁷⁴⁾ Vid. Emmanuel GAILLARD, La corruption saisie par les arbitres du commerce international, Revue de L'Arbitrage, 2017, núm 3, págs. 805 y ss.

encuentra incluida. La ley Modelo de arbitraje elaborada por UNCITRAL y que ha servido de base para leyes nacionales, entre otras la vigente ley española, en su artículo 16,1 indica que “una cláusula compromisoria que forma parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del contrato. La decisión del tribunal arbitral de que el contrato es nulo no entrañará “ipso iure” la nulidad de la cláusula compromisoria”. Es decir, LAGERGREN debió anular el contrato sobre cobro de comisiones si lo entendiera verdadero encubrimiento de corrupción y debió hacerlo por disfrutar de jurisdicción arbitral en virtud de la separabilidad de la cláusula arbitral.

La corrupción es hoy castigada arbitralmente y la jurisdicción de los árbitros al efecto es reconocida unánimemente por la doctrina y jurisprudencia. El problema suele ser normalmente la prueba. No basta insinuar la existencia de corrupción, hay que probarla. Cuestión verdaderamente difícil pues quien participa activa o pasivamente en prácticas de corrupción evita la producción de pruebas en sede arbitral que ulteriormente le puedan comprometer en vía penal. En raras ocasiones se presentan evidencias. Recuerdo la sorpresa que nos produjo al tribunal arbitral ver cómo en fase de prueba se proyectaba en pantalla la conversación con un juez del desgraciadamente famoso en la República de Perú y protagonista de los vladivideos, Vladimiro MONTESINOS. Como es lógico la corrupción más grave, la que puede realizar un alto dignatario sobre el poder judicial, produjo la correspondiente alergia del tribunal arbitral a continuar el procedimiento, cuestionando nuestra jurisdicción.

En materia de arbitraje de protección de inversiones la jurisprudencia arbitral es más conocida. A diferencia de lo que hemos visto en el arbitraje comercial, en el de protección de inversiones la corrupción afecta directamente a la jurisdicción del tribunal. El convenio arbitral en este tipo de arbitraje se produce por la oferta realizada por un estado en un tratado de renunciar a la inmunidad de jurisdicción sometándose al arbitraje internacional para enjuiciar si sus actos implican violación del tratado. El convenio se formaliza por la aceptación del inversor, que no puede producirse si mediara corrupción pues dicha aceptación se realizaría en contra de los requisitos de la buena fe exigible a quien solicita tutela arbitral internacional.

La aparición de la corrupción supone, en cuanto lacra del mundo de los negocios, una clara violación del orden público internacional. Y ello con un doble efecto. Primero, en cuanto que el laudo puede ser anulado si no valorara el hecho probado de corrupción en la sede en la que se dictó o conforme a las reglas de la institución administradora del arbitraje, cual es por ejemplo el caso del CIADI. Después, cuando se pretenda el reconocimiento o ejecución del laudo pues la violación del orden público que supone la corrupción es causa clara de oposición incluso de oficio por el juez competente.

El arbitraje internacional y la protección de los derechos humanos

La decisión de los árbitros deberá encuadrarse en el ordenamiento jurídico del país receptor de la inversión. La aparición y consolidación en el derecho internacional de la protección de las inversiones corre paralela a la garantía de los derechos humanos, bien por vía de derecho consuetudinario o por tratados. Por la ratificación de éstos su contenido normativo se incorpora al derecho interno.⁽⁷⁵⁾

El árbitro a la hora decidir si efectivamente se ha producido un ilícito internacional del Estado receptor de la inversión susceptible de generar indemnización se encuentra en la difícil encrucijada de analizar si la actuación de un estado soberano constituye una violación del “pacta sunt servanda” o por el contrario estaba legitimado en la garantía de los derechos humanos de sus ciudadanos. Nadie duda sobre el carácter imperativo de la prohibición de la esclavitud, discriminación racial o las obligaciones sobre derechos humanos contenidos en la carta de las Naciones Unidas. La situación no es tan nítida en cuanto a otras normas de derecho internacional como las contenidas en los tratados sobre derechos humanos. Entonces deberá tener en cuenta el juzgador en la interpretación de los tratados el artículo 31, 3 c) de la Convención de Viena, en virtud del cual los árbitros pueden interpretar las obligaciones de los acuerdos a la luz de “toda forma pertinente de derecho internacional, aplicable en las relaciones entre las partes”.

En principio, los árbitros están limitados a determinar si las protecciones en el tratado han sido violadas. Sin embargo, aseguro por experiencia personal que en el momento decisorio el árbitro debe tener muy en cuenta también la protección de los derechos humanos. Puedo referirme, sin entrar en detalles por razones obvias, a

⁽⁷⁵⁾ Vid. Luke Eric PETERSON, Derechos humanos y tratados bilaterales de inversión, Derechos y Democracia, Centro Internacional de Derechos Humanos y Desarrollo Económico, Montreal 2009. También, Pierre-Marie DUPUY, Ernst-Ulrich PETERSMANN y Francesco FRANCONI, Human Rights in International Investment Law and Arbitration, publicado en Oxford Scholarship Online, febrero 2010, DOI: 10.1093/acprof:oso/9780199578184.003.0004. Concluyen los autores indicando que “the current trend seems to indicate that the role of human rights in investment arbitration will continue to increase”. Más general, Valentín BOU FRANCH y Mireya CASTILLO DAUDI, Curso de Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Tirant Lo Blanch, segunda edición, Valencia 2010. Fabián SALVIOLI y Claudio ZANGHI, Jurisprudencia Regional Comparada. El Tribunal Europeo y la Corte Interamericana, Tirant Lo Blanch, Valencia 2013. Charles R. BEITZ, La idea de los derechos humanos, Marcial Pons, Madrid 2012.

supuestos en los que he tenido que valorar el posible incumplimiento del Estado a la luz de protección de derechos humanos de terceras personas que sin ser parte del arbitraje son los afectados por decisiones estatales.

Cuando la actuación del Estado hace relación a una concesión de saneamiento y distribución de aguas entra en juego el derecho del ciudadano a disfrutar de agua aceptable para sus necesidades; el posible incumplimiento del inversor en materia de calidad del agua o exceso de las tarifas exigidas al consumidor pueden legitimar actuaciones expropiatorias del Estado, situaciones a tener en cuenta para valorar la posible reparación indemnizatoria. Lo mismo sucede en casos de suministro de electricidad o gas. El gobierno debe garantizar el acceso al agua o recursos energéticos de la población, incluyendo el acceso físico y económico.

La protección del medio ambiente juega un importante papel en el caso de concesiones mineras altamente contaminantes o para la explotación de recursos petroleros o de gas natural. Los ciudadanos afectados exigen del Estado tutela que puede entrar en colisión con la protección de las inversiones. La garantía del medio ambiente puede implicar restricciones en la construibilidad sobre terrenos colindantes con playas en las que determinadas especies de tortugas acuden a desovar, determinando la tutela de las especies la prohibición de edificar en zonas colindantes.

El inversor tiene garantizada en tratados de protección de inversiones la plena seguridad, pero en ocasiones la policía local es incapaz de permitir incluso el acceso al lugar de la concesión minera ante la protesta de las poblaciones afectadas. ¿Hasta qué punto puede el inversor garantizar su propia seguridad utilizando seguridad privada que en ocasiones puede considerarse como fuerzas paramilitares? Un Estado soberano debe tutelar la seguridad incluso física al inversor, pero no puede tolerar un ejercicio privado de la fuerza sin control frente a la ciudadanía.

La protección al patrimonio cultural del país receptor de la inversión obliga en ocasiones a paralizar las obras ante descubrimientos arqueológicos imprevistos o por construcciones incompatibles con el entorno de parajes culturales de importante relieve.

A veces se dan circunstancias difíciles de abordar con criterios jurídicos tradicionales. Recuerdo un arbitraje en Colombia sobre una concesión ferroviaria que cruzaba por zonas peligrosas de control guerrillero de las FARC. Con cierta frecuencia, el ferrocarril saltaba por los aires como consecuencia de explosiones provocadas por la acción de protesta violenta. La cuestión a decidir entonces era la de dictaminar si nos encontrábamos ante un caso de fuerza mayor o por el contrario el inversor conocía la situación y la aceptó con lo que las explosiones terroristas formaban parte del riesgo conocido y previsible que aceptó desde el primer momento.

En estos y en otros casos vividos personalmente puedo asegurar que la protección de los derechos humanos está muy presente en la decisión de los árbitros a la hora de calificar una actuación de un Estado en protección de sus propios ciudadanos. El árbitro debe aplicar las normas internacionalmente pactadas, pero no puede olvidar los compromisos adquiridos por el Estado receptor de la inversión en garantía de los derechos humanos de sus ciudadanos, que también forman parte del ordenamiento jurídico del mismo Estado. En esta idea los tribunales de arbitraje están admitiendo la intervención de terceros ajenos a las partes para expresar opiniones a tener muy en cuenta especialmente en temas relativos a los derechos humanos; las comunicaciones de los llamados “amicus curiae” son cada vez más relevantes en temas especialmente sensibles a la población afectada.

Hablar de protección de los derechos humanos de la población en el país en el que se ha realizado la inversión supone referirse a terceros que no son parte del arbitraje, pero que son los verdaderamente afectados. Se ha criticado que los tratados hablen sólo de legitimación para iniciar el arbitraje de los inversores. No hay referencia expresa a la posibilidad de que los Estados receptores de la inversión puedan reconvenir contra el inversor en el supuesto de que su conducta sea violatoria de los derechos de sus ciudadanos, especialmente si afecta a temas básicos. Algunos Estados han formulado de hecho reconvenición exigiendo de los tribunales de arbitraje que, junto a la protección de la inversión, tengan muy en cuenta los derechos de la población afectada. ⁽⁷⁶⁾

Es una pena, sin embargo, que quienes quieren reformar hoy el arbitraje de protección de inversiones desde la política se hayan olvidado de la protección de los derechos humanos y de su consolidada regulación internacional. Se pretende reformar todo y de forma demagógicamente precipitada, quizá para que nada cambie. Especialmente la Comisión Europea está embarcada en la constitución de un ansiado tribunal permanente. Quizá sería más sensato reformar los tratados de protección de inversiones dando acertadas indicaciones a los árbitros en la concreción de los conceptos jurídicos indeterminados en los que se fundamenta la protección de las inversiones.

⁽⁷⁶⁾ Vid. Rafael Carlos DEL ROSAL CARMONA, A Counterclaim for the Investor’s Breach of International Human Rights Obligations? An Overview of Urbaser v. Argentina, Spain Arbitration Review, Revista del Club Español del Arbitraje, Madrid 2017, núm. 30, págs 141 y ss.

El arbitraje y los jueces españoles ⁽⁷⁷⁾

Lo indicado en la vigente Ley española de arbitraje sobre la relación entre el procedimiento arbitral y los jueces puede servir para analizar cuál es el margen del convenio arbitral como posible cauce para la temida fuga del derecho. Mucho más, teniendo en cuenta la práctica de nuestros jueces y tribunales en su labor de apoyo y control de la labor arbitral. Efectivamente, la Ley de arbitraje se hace eco de la necesaria incardinación de este método privado de solución de conflictos en el ordenamiento jurídico español. ⁽⁷⁸⁾ La regulación dictada al respecto parte de la idea bien clara de que el árbitro necesita del apoyo del juez en determinados casos para dar eficacia al convenio arbitral. Por otro lado, al producir el laudo efecto de cosa juzgada, introduce un control judicial sobre el sometimiento a derecho del actuar arbitral; así lo exige la tutela efectiva de los jueces y tribunales exigida constitucionalmente para evitar casos de indefensión. ⁽⁷⁹⁾

El artículo 7 de la vigente ley de arbitraje se ocupa de la intervención judicial, indicando que “en los asuntos que se rijan por esta ley no intervendrá ningún tribunal, salvo en los casos en que ésta así lo disponga”. El legislador ha querido que si las partes, en uso de su libertad contractual, han deseado someter la solución de sus diferencias al arbitraje así suceda, por lo que deja bien claro que no admite interferencias judiciales no previstas expresamente. ⁽⁸⁰⁾

⁽⁷⁷⁾ Sobre la materia, véase el excelente trabajo de José Carlos FERNÁNDEZ ROZAS, Le rôle des juridictions étatiques devant l'arbitrage commercial international, Recueil des cours de la l'Académie de Droit International de la Haye, volumen 290 (2001). Recientemente, Ana FERNÁNDEZ PÉREZ, El arbitraje entre la autonomía de la voluntad de las partes y el control judicial, BOSCH editor, Barcelona 2017.

⁽⁷⁸⁾ Emmanuel GAILLARD, Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international, pág. 188: " l'acte privé qu'est la sentence arbitrale trouve la sanction des ordres juridiques étatiques à l'occasion du contentieux de l'annulation de la sentence et de celui de la reconnaissance et de son execution".

⁽⁷⁹⁾ "El árbitro nunca debe tener la pretensión de actuar como un juez", declara a LAWYERPRESS el Prof. FERNÁNDEZ ROZAS (día 27 de julio de 2015).

⁽⁸⁰⁾ "There is a wavering line between helpful assistance and unhelpful interference" (Margaret L. MOSES, The Principles and practice of International Commercial Arbitration, Second Edition, Cambridge University Press, 2012, pág.88).

Las funciones de apoyo judicial al arbitraje previstas por la Ley son las siguiente ⁽⁸¹⁾:

1. En el caso de lo que se ha venido en llamar situaciones patológicas ⁽⁸²⁾ del convenio arbitral, la Sala de lo Civil y de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia donde tenga lugar el arbitraje o, en su caso según el criterio legalmente establecido, será competente para el nombramiento y remoción judicial de los árbitros.⁽⁸³⁾ De esta forma, se permite que si las partes pactaron un convenio arbitral en unos términos que hicieran inviable el arbitraje el apoyo judicial se hace imprescindible.⁽⁸⁴⁾ De hecho, los tribunales están desarrollando una eficaz labor al respecto a modo de “buen samaritano” como así ha sido calificada por la doctrina.⁽⁸⁵⁾

⁽⁸¹⁾ Vid. Miguel Angel FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, "El reformado artículo 8 de la Ley de Arbitraje", Spain Arbitration Review, Revista del Club Español del Arbitraje, num. 13, 2012, pags 75 y ss.

⁽⁸²⁾ La expresión cláusulas patológicas fue acuñada en 1974 por el entonces secretario general de la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional Frederic EISEMANN, expresión que ha hecho fortuna en el mundo arbitral. Frederic EISEMANN, The Arbitrator's Independence, 6 INDIAN COUNCIL Arb. Q5 (1971). Vid. Benjamin G. DAVIS, "Pathological Clauses: Frederic EISEMANN's Stil Vital Criteria", Arbitration International, 1991, 7 (4), págs. 365 y ss.

⁽⁸³⁾ La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Civil y Penal, de 16 de mayo 2017, núm. 5177/2017, deja bien claro que en el caso de que la Sala efectúe el nombramiento de un árbitro ello no supone que "prejuzgue la decisión que el árbitro pueda adoptar sobre su propia competencia o a la validez del convenio arbitral o cualesquiera otras cuya estimación le impida entrar en el fondo de la controversia (art. 22, 1 LA)".

⁽⁸⁴⁾ La sentencia de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 4 de abril de 2017 (núm. 3911/2017) anula un laudo arbitral dictado por un tribunal formado por un número par de árbitros. Es importante mencionar que con arreglo a la regulación del arbitraje en países anglosajones suele ser normal la constitución de tribunales con número par de árbitros, que cuando no llegan a ponerse de acuerdo se procede al nombramiento de un tercero, "unpair", para resolver la controversia. Pues bien, en nuestro derecho procede, según la Sala, la estimación de que se ha violado el orden público; la cláusula arbitral contraria al número impar de árbitros es nula, como también lo son los laudos dictados en nuestro Derecho al amparo de tales cláusulas.

⁽⁸⁵⁾ Sentencia de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Castilla-León de 26 de abril 2017, núm. 1637/2017, en la que se nombra un árbitro por la existencia de una cláusula patológica, indicando en su fundamento de derecho cuarto: "el tenor literal del

2. La falta de “imperium” impide, en ocasiones, al árbitro practicar pruebas que pueden ser imprescindibles para el buen desarrollo del procedimiento arbitral ⁽⁸⁶⁾. Entonces, el juzgado de primera instancia del lugar del arbitraje o del lugar donde hubiera de prestarse la asistencia puede facilitar la labor probatoria. ⁽⁸⁷⁾
3. Las partes, antes del nombramiento de los árbitros o incluso después de constituido el tribunal arbitral, pueden requerir la adopción judicial de medidas cautelares. ⁽⁸⁸⁾ El tribunal competente será el del lugar en que el

citado artículo 20 de los estatutos sociales propugna un arbitraje de equidad que encomienda a un órgano actualmente inexistente, el Tribunal Arbitral de Comercio e Industria de Burgos, tal y como se ha acreditado documentalmente, por lo que en consonancia con la Ley de Arbitraje corresponde a la Sala su designación, tal y como tienen interesado las partes, que asimismo coinciden en que debe designarse un sólo árbitro”.

⁽⁸⁶⁾ La falta de "imperium" de los árbitros ha llevado a los tribunales de control en anulación de laudos arbitrales a ratificar la decisión arbitral de sancionar a las partes que no actúan de conformidad con las reglas de la buena fe procesal en lo que concierne a la aportación de documentos. Es significativa la sentencia de la Cour d'Appel de París, Pôle 1, chambre 1, de 28 de febrero de 2017, núm. 15/06036, ante la negativa a presentar por una parte documentos solicitados "le tribunal arbitral peut en déduire que ce document est contraire à l'intérêt de cette partie".

⁽⁸⁷⁾ En materia de práctica de pruebas en el arbitraje internacional han surgido fuertes conflictos ante la excepción formulada por el Reino de España en base a la Ley 9/1968, de 5 de abril, sobre secretos oficiales, modificada por Ley 48/1978, de 7 de octubre. Especialmente en litigios arbitrales sobre temas de armamento ante la negativa del Reino de España a presentar pruebas que pudieran ser consideradas como 'materias clasificadas'; los funcionarios españoles se oponen por la responsabilidad, incluso penal en que pueden incurrir, a entregar las pruebas solicitadas por un tribunal de arbitraje internacional; el problema surge al estar sometido el arbitraje internacional a una ley distinta de la española. La solución pasa por la redacción de cláusulas de confidencialidad y la limitación del acceso a tales pruebas coordinando el difícil equilibrio con las exigencias del 'due process' en sede arbitral.

⁽⁸⁸⁾ El artículo 17,2 de la Ley Modelo de Uncitral sobre Arbitraje Comercial Internacional define las medidas cautelares de la siguiente forma:

“Por medida cautelar se entenderá toda medida temporal, otorgada en forma o no de laudo, por la que, en cualquier momento previo a la emisión del laudo por el que se

laudo deba ser ejecutado y, en su defecto, el del lugar donde las medidas deban producir su eficacia. La adopción judicial de medidas cautelares puede solicitarse no obstante el hecho de que los árbitros mismos tengan potestad para adoptar medidas cautelares; así lo establece el artículo 23 de la Ley de arbitraje: “Salvo acuerdo en contrario de las partes, los árbitros podrán a instancia de cualquiera de ellas, adoptar las medidas cautelares que estimen necesarias respecto del objeto del litigio”. Las partes, pues, pueden a su opción solicitar medidas cautelares en vía judicial o arbitral.⁽⁸⁹⁾

Las facultades de control judicial del laudo arbitral establecidas por la ley son las siguientes:

1. La ejecución forzosa de laudos o resoluciones arbitrales deberá realizarse por el juzgado de primera instancia del lugar en que se hayan dictado. Sólo los jueces pueden, “ejecutar lo juzgado” sin que los árbitros tengan facultades al respecto.⁽⁹⁰⁾

dirima definitivamente la controversia, el tribunal arbitral ordene a una de las partes que:

- a) Mantenga o restablezca el status quo en espera que se dirima la controversia;
- b) Adopte medidas para impedir algún daño actual o inminente o el menoscabo del procedimiento arbitral, o que se abstenga de llevar a cabo ciertos actos que probablemente ocasionarán dicho daño o menoscabo al procedimiento arbitral;
- c) Proporcione algún medio para preservar bienes que permitan ejecutar todo laudo subsiguiente; o
- d) Preserve elementos de prueba que pudieran ser relevantes y pertinentes para resolver la controversia.”

⁽⁸⁹⁾ "There are practical reasons why a party might prefer to go to the court in the first instance, even if the tribunal has already been constituted. If the interim relief sought would ultimately require court assistance to be effectuated, such as attachment of a bank account, then going to court immediately could save time. Thus, particularly if the relief is needed urgently, requesting the interim measure from the court may be most efficient and effective way to proceed" (Margaret L. MOSES, The Principles cit. pag.110).

⁽⁹⁰⁾ El auto de la Audiencia Provincial de las Palmas de Gran Canaria, sección quinta, de 16 de marzo 2017, (AAP GC 80/2017), indica que no puede utilizarse el cauce del incidente de oposición a la ejecución de un laudo para formular causas de anulación. Ahora bien, y allí encontramos importante doctrina, "ello no emplaza a que, efectivamente, cuando se aprecie una causa que atente contra el 'orden público' deba actuarse en consecuencia y denegar la ejecución. Así sucede, v.gr., en los supuestos en los que pudiera apreciarse la existencia de cláusulas abusivas ignoradas en el laudo o cualesquiera otras contravenciones en el mismo que contravinieran los más elementales

2. El laudo produce efectos de cosa juzgada, como indica el artículo 43 de la ley de arbitraje, y frente a él sólo cabrá ejercitar la acción de anulación y, en su caso, solicitar la revisión prevista por la Ley de Enjuiciamiento Civil para las sentencias firmes. Conoce de la eventual acción de anulación del laudo la Sala de lo Civil y de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia de la comunidad autónoma donde aquél se hubiere dictado.

Con arreglo al artículo 41 de la Ley de arbitraje, el laudo sólo podrá ser anulado cuando la parte que solicita la anulación alegue y pruebe⁽⁹¹⁾: a) que el convenio arbitral no existe o no es válido⁽⁹²⁾; b) que no ha sido debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales o no ha podido por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos⁽⁹³⁾; c) que los árbitros han resuelto sobre cuestiones no sometidas

principios de justicia...Obviamente, tampoco procederá el despacho en caso de que se hubiera resuelto o se pretendiera la ejecución de cuestiones no susceptibles de arbitraje sobre las que no existe libre disposición (lo cual es una manifestación más del orden público) o cuando se pretenda la ejecución de cuestiones no decididas en el laudo". La Audiencia Provincial de Madrid en Auto de 2 de junio 2017 [núm. 2779/2017] confirma la inadmisión a trámite de la ejecución de un laudo arbitral al considerar que en su notificación no se advirtió una actividad o "indagación razonable" para que la parte demandada conociera la decisión condenatoria.

⁽⁹¹⁾ " Courts expect to retain a level of control to ensure that the private system of justice meets at least minimum standards of fairness- so that arbitration is not a system that is fraudulent, corrupt, or lacking in essential due process" (Margaret L. MOSES, The Principles cit., pág. 87).

⁽⁹²⁾ Vid. sentencia de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 23 de marzo 2017, núm. 3278/2017, por la que se estima la solicitud de anulación de un laudo al entender que el tribunal arbitral asume funciones de asesoramiento de una de las partes.

⁽⁹³⁾ Vid. sentencia de la Sala de lo Civil y Penal de Madrid de 28 de marzo 2017, núm. 3279/2017, en la que se estima la solicitud de anulación de un laudo en atención "al cúmulo de irregularidades en el procedimiento arbitral que no pueden calificarse más que de absoluta negación de las posibilidades de defensa de la demandada". La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Civil y Penal, de 30 de mayo 2017, num.6350/2017, anula un laudo porque el árbitro debió haber dado por terminadas las actuaciones arbitrales y no lo hizo pese a la solicitud expresa de la demandada. Igualmente, la Sentencia de esa misma Sala del Tribunal Superior de Justicia

a su decisión⁽⁹⁴⁾; d) que la designación de los árbitros o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo entre las partes, salvo que dicho acuerdo fuera contrario a una norma imperativa de esta ley⁽⁹⁵⁾, o, a falta de dicho acuerdo que no se han ajustado a dicha ley; e) que los árbitros han resuelto sobre cuestiones no susceptibles de arbitraje⁽⁹⁶⁾; f) que el laudo es contrario al orden público.

de Madrid de 28 de junio 2017 (8066/2017) que anula un laudo dictado “sin esperar a la conclusión del plazo concedido para alegaciones”.

⁽⁹⁴⁾ Por ejemplo, sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Civil y Penal, de 6 de junio de 2017, num.6393/2017, por la que se anula parcialmente un laudo arbitral dictado sobre la disolución y liquidación de una sociedad, laudando más allá de su competencia sobre la responsabilidad de los administradores.

⁽⁹⁵⁾ El Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Civil y Penal, ha reiterado la anulación de laudos arbitrales en los que la propia entidad administradora del arbitraje redactara la demanda a presentar por las propias empresas, en este caso de telefonía: "Al margen de que AEADE elabora los contratos de telefonía móvil, haciendo aun cuestión aparte de la mención en los contratos a AEADE como entidad administradora del arbitraje, lo que resulta decisivo y totalmente incuestionable "in casu" es que la propia corte arbitral sea la que redacte el modelo de demanda a presentar por las empresas de telefonía. Esto significa que la institución administradora del arbitraje está ya inicialmente tomando partido a favor de una de las partes, facilitándole el ejercicio de acciones e indicándole la forma de presentar su reclamación" (sentencia de 26 de abril 2017, núm. 4571/2017, reiterando lo indicado en sentencias de 21 de febrero 2017 y 4 de mayo de 2017).

⁽⁹⁶⁾ La Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, de 20 de diciembre 2017, núm. 2039/2017, decide que la caracterización de un bien de propiedad de una autoridad portuaria como patrimonial o demanial no es cuestión que pueda diferirse a un arbitraje. Señala de forma clara que la remisión incondicionada de controversias al arbitraje sólo pueden versar “sobre materias susceptibles del mismo... sólo en aquellos supuestos legalmente admisibles para la Administración; que son precisamente aquellos en los que no están en juego potestades y normas sobre cuya vigencia y operatividad no hay margen de disposición. Y esto que se acaba de decir no es sólo predicable de la relación jurídica de Derecho Público, sino que también se proyecta sobre las relaciones de Derecho Privado de la Administración, porque también en dichas relaciones la presencia e intervención de la Administración impone la toma en consideración de principios y reglas específicos, no extendibles al régimen común... Por mucho que se distinga entre contratos administrativos y contratos privados, o entre bienes demaniales y patrimoniales, siempre existirá, tanto en una

Sólo por los motivos antes indicados se puede proceder a la anulación del laudo.⁽⁹⁷⁾

3. Para el reconocimiento de laudos o resoluciones arbitrales extranjeros será igualmente competente la Sala de lo Civil y de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia de la comunidad autónoma del domicilio o lugar de residencia de la parte frente a la que se solicita el reconocimiento o del domicilio o lugar de residencia de la persona a quien se refieren los efectos de aquellos, determinándose subsidiariamente la competencia territorial por el lugar de ejecución o donde aquellos laudos o resoluciones arbitrales deban producir sus efectos.

como en otras modalidades, un fondo de Derecho Público indisponible...sobre el que no es posible ni la transacción ni el compromiso o el arbitraje privado”.

⁽⁹⁷⁾ Vid. José Manuel SUÁREZ ROBLEDANO, El juez de control del arbitraje: anulación y revisión del laudo, en la publicación colectiva La nueva Ley de Arbitraje, Consejo del Poder Judicial, Madrid 2007, págs. 199 y ss.

El orden público como motivo para la anulación del laudo

Entre los diferentes motivos antes indicados que señala el artículo 41 de la Ley de arbitraje es especialmente sensible el último de los mismos que permite anular el laudo cuando sea contrario al orden público. Antes de seguir adelante, conviene recordar de nuevo en este punto al Prof. DE CASTRO ⁽⁹⁸⁾ quien insistía en el "carácter enigmático y desconcertante" de la noción de orden público; indicaba que "tratar de definir el orden público es aventurarse en arenas movedizas", "un suplicio para la inteligencia" o "cabalgar en un caballo fogoso que nunca sabe dónde llevará". De ahí el interés de abordar la más reciente labor jurisprudencial en el control de los laudos arbitrales bajo la óptica del orden público.

En la redacción del precepto, similar al de la derogada Ley de arbitraje de 1988, el tema fue ya objeto de un vivo debate. Se quería mantener las facultades de control judicial del laudo arbitral pero no se deseaba dejar una puerta abierta para que por la acción de nulidad se pudiera entrar en el fondo del asunto modificando discrecionalmente el juez de control lo decidido por los árbitros. ⁽⁹⁹⁾

Se ha mantenido reiteradamente por la doctrina que el orden público al que hace referencia la causa de anulación del laudo es un orden público de carácter sustancial, pues de lo contrario la acción de nulidad se convertiría en un verdadero recurso de

⁽⁹⁸⁾ Federico DE CASTRO Y BRAVO, "Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad. La defensa de la competencia. El orden público. La protección del consumidor", Anuario de Derecho Civil, 1982, vol. IV, pags. 1021 y ss.

⁽⁹⁹⁾ Por ello, la sentencia de 2 de marzo 2017 de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, núm. 1967/2017, desestima la demanda solicitando la anulación de un laudo arbitral: "la indiscriminada o genérica invocación del orden público aducida por el actor mal puede prosperar cuando no nos encontramos en presencia de una ausencia notoria de motivación, impeditiva del conocimiento del porqué de la decisión, ni ante un completo alejamiento de la racionalidad de la resolución del arbitraje que denotase una notoria arbitrariedad". La misma idea se repite en la sentencia de esa misma Sala de 7 de marzo 2017, núm. 2499/2017, denegando la solicitud de anulación de un laudo dictado en equidad por un árbitro único: "lo que se tiene por probado y la significación jurídica que se le atribuye ni yerra patentemente, ni es arbitrario o ilógico, por más que pueda ser discutible".

apelación⁽¹⁰⁰⁾. Situación no prevista por el legislador para así respetar la autonomía decisoria de los árbitros en los términos pactados por las partes al establecer el

⁽¹⁰⁰⁾ Muy expresivo al respecto es el fundamento de derecho cuarto de la sentencia de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Murcia de 6 de abril 2017, núm. 1/2017, cuando indica que:

" Es sobradamente sabido que el objeto de la acción de anulación de un laudo no es la controversia suscitada entre las partes, sino una revisión por motivos tasados de la validez del mismo, más allá de la cual, por la vía de revisión de fondo, quedaría desnaturalizada la institución del arbitraje... A los efectos previstos en el artículo 41,1, apartado f) de la Ley de Arbitraje, debe considerarse contrario al orden público aquel laudo que vulnere los derechos y libertades fundamentales reconocidos en el Capítulo II, título I de la Constitución, garantizados a través de lo dispuesto en términos de generalidad en el artículo 24 de la misma, incluyendo la arbitrariedad patente referida en el artículo 9.3 de la Constitución.

La doctrina jurisprudencial consigna como infracciones paradigmáticas del orden público, en lo que aquí interesa las siguientes: la infracción del derecho de defensa y de los principios procesales fundamentales de audiencia, contradicción e igualdad; la falta absoluta de motivación o su evidente insuficiencia; la desconexión de la motivación con la realidad de lo actuado; la contradicción interna y notoria incoherencia entre la argumentación desplegada y lo que luego se resuelve; la arbitrariedad patente o la manifiesta irrazonabilidad o absurdo de la decisión; o, incluso-partiendo del principio de intangibilidad del juicio de hecho realizado por el laudo- la valoración irracional, ilógica o arbitraria de la prueba, deducible de su propia motivación; así como también la ausencia de mínima prueba sobre los hechos en que se basa la decisión".

La sentencia de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Galicia de 18 de abril 2017, núm. 3087/2017, recalca la idea que "la reiterada jurisprudencia ha venido impidiendo que por la vía del recurso de anulación puedan volver las partes a la controversia ya resuelta por los árbitros... El posible control judicial derivado del artículo 41 de la Ley de Arbitraje está limitado al aspecto externo del laudo y no al fondo de la controversia sometida al arbitraje".

En el mismo tenor, la sentencia de la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Asturias de 25 de abril 2017, núm. 03/2017, donde recoge igualmente los limitados casos en los que se puede entender violación del orden público. Igualmente, sentencia del Tribunal Superior de las Islas Baleares, Sala de lo Civil y Penal, de 2 de mayo 2017 (núm. 319/2017): "el control judicial no puede profundizar en la interpretación efectuada por el árbitro que, así, es función propia y exclusiva suya".

Vid. María José CARAZO LIÉBANA, "Reflexiones sobre algunos aspectos constitucionales del arbitraje", Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje, tomo XXIX, 2017, págs 169 y ss. Con razón distingue el orden público procesal del orden público material.

convenio arbitral. ⁽¹⁰¹⁾ Y es en este punto cuando conviene no olvidar la seria advertencia del Prof. DIEZ-PICAZO de que la utilización de la noción de orden público al margen de la ley puede suponer una amenaza para la seguridad jurídica. ⁽¹⁰²⁾

La cuestión ha sido pacífica durante muchos años en los que la actividad judicial de anulación de laudos fue aceptada por la doctrina sin serias críticas. La situación sin embargo cambia con ocasión de las decisiones adoptadas al respecto en los últimos años por los Tribunales Superiores de Justicia y muy especialmente por el de la Comunidad de Madrid. ⁽¹⁰³⁾ Entiende este tribunal que el apartado f) del artículo 41 de la Ley de arbitraje debe tener en cuenta el impacto de la jurisprudencia del

⁽¹⁰¹⁾ Significativa es la sentencia de la Cour d'Appel de París de 21 de febrero 2017, pôle 1, Chambre 1, núm. 15/01650, anulando un laudo arbitral por existir indicios de lavado de dinero. La razón es clara: el laudo "aurait pour effet de faire bénéficier M. BELOKON du produit d'activités délictueuses, viole de manière manifeste et concrète l'ordre public international".

⁽¹⁰²⁾ Luis DIEZ-PICAZO, "Comentarios a las reformas del Código Civil. El nuevo Título Preliminar y la Ley de 2 de mayo de 1975", Tecnos, Madrid 1975, pag. 56.

⁽¹⁰³⁾ La Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid expresa en sentencia núm. 52/2016 de 5 de julio de forma clara que "los motivos de anulación del laudo han de ser tasados y no han de permitir, como regla general, una revisión del fondo de la decisión de los árbitros". Añade, sin embargo, "pero de ahí a afirmar, del modo general y categórico con que a veces se hace, la exclusión de todo análisis del fondo de la controversia va un abismo...Sin ánimo exhaustivo, sí puede el tribunal de anulación fiscalizar, desde la perspectiva del control de orden público, la motivación, en general, y la valoración probatoria, en particular, contenidas en el laudo que pudieran lesionar el art. 24 CE. Como también puede el Tribunal de anulación fiscalizar que la motivación del laudo no vulnera los preceptos sustantivos de la Constitución, ni excede de lo que es arbitrable y disponible para las partes y para el propio árbitro". Esa misma sala, sentencia de 4 de abril de 2017 (núm. 3909/2017), deniega la anulación de un laudo por entender que está motivado, aunque la motivación no sea muy extensa, máxime cuando se trata de un arbitraje de equidad. Igualmente, en sentencia de 23 de mayo 2017, núm. 5178/2017, indicando que no le corresponde revisar la valoración de las pruebas practicadas en un arbitraje en el sentido de declarar más acertada una conclusión que otra. O en sentencia de 25 de mayo 2017 del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, Sala de lo Civil o Penal, num.1254/2017, afirmando que "cómo valore la prueba el árbitro es algo ajeno al Tribunal de anulación, salvo que sea absolutamente irracional".

Tribunal de Justicia de la Unión Europea y de su aplicación por nuestro Tribunal Supremo.

Nos recordaba D. Federico ⁽¹⁰⁴⁾ que "el término orden público económico es reciente en el lenguaje jurídico; lo introdujo George RIPERT⁽¹⁰⁵⁾, quien repetidamente se ocupa de esta nueva figura y quien con su insistencia y autoridad la populariza en Francia... describe cómo la antigua, casi ilimitada libertad contractual, va perdiendo soberanía; ahora se encuentra limitada por el Derecho estatal, sea para proteger ciertas clases de personas (obreros, arrendatarios, compradores), sea sobre todo para organizar la producción, la circulación y la distribución de la riqueza. Distingue además entre el orden público en sentido político (organización del Estado, de la familia, de la profesión reglamentada), y aquel otro que corresponde a la organización económica del Estado, que es tan obligatorio como aquél".

Nos encontramos, pues, ante la tradicional dialéctica en el Derecho entre la libertad contractual ilimitada y el carácter tuitivo de ciertos sectores del Ordenamiento jurídico. El punto de partida de esta renovada discusión jurídica se encuentra en la Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril del año 2004, relativa a los mercados de instrumentos financieros. ⁽¹⁰⁶⁾ El artículo 19 dice textualmente:

“Normas de conducta para la prestación de servicios de inversión a clientes:

1. Los Estados miembros exigirán que cuando preste servicios de inversión o, en su caso servicios auxiliares a clientes, la empresa de inversión actúe con honestidad, imparcialidad y profesionalidad en el mejor interés de sus clientes y observe, en particular, los principios establecidos en los apartados 2 a 8.
2. Toda la información, incluidas las comunicaciones publicitarias, dirigida por la empresa de inversión a los clientes o posibles clientes serán imparciales, claras y no engañosas. Las comunicaciones publicitarias serán claramente identificables como tales”.

⁽¹⁰⁴⁾ Federico DE CASTRO, "Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad", cit. pág. 1047.

⁽¹⁰⁵⁾ George RIPERT, "L'Ordre économique et la liberté contractuelle", en Études GENY II, "Les sources générales des systèmes juridiques actuels", págs. 347-355.

⁽¹⁰⁶⁾ Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, 21 de abril de 2004, relativa a los mercados de instrumentos financieros. DOUE núm. 145, de 30 de abril de 2004, págs. 1 y ss.

Estas previsiones del Derecho comunitario se encontraban trasladadas en nuestro ordenamiento jurídico en el artículo 79 bis de la vigente Ley del Mercado de Valores (Ley 24/1988, de 28 de julio) y en el artículo 60 del Real Decreto 217/2008. La Directiva 2004/39/CE ha sido sustituida, a partir del 3 de enero del 2018, por la Directiva 2014/65/UE, relativa a los mercados de instrumentos financieros. En su artículo 24, 1 indica esta nueva Directiva que "los Estados miembros exigirán que, cuando preste servicios de inversión o, en su caso, servicios auxiliares a clientes la empresa de servicios de inversión actúe con honestidad, imparcialidad y profesionalidad, en el interés de sus clientes, y observe, en particular, los principios establecidos en el presente artículo y en el artículo 25". A su vez, el artículo 25, 1 regula que "los Estados miembros exigirán a las empresas de servicios de inversión que aseguren y demuestren a las autoridades competentes que lo soliciten que las personas físicas que prestan asesoramiento o proporcionan información sobre instrumentos financieros, servicios de inversión o servicios auxiliares a clientes en nombre de la empresa de servicios de inversión disponen de los conocimientos y las competencias necesarios para cumplir sus obligaciones ...".

Es bien conocido que durante años nuestra economía vivió momentos de excesiva alegría, las entidades financieras tenían gran liquidez y luchaban por colocar sus productos a un consumidor no siempre diligente en la lectura y firma del clausulado de los correspondientes productos. Pero llegó la crisis y los incumplimientos de los deudores se amontonaron en nuestros juzgados y tribunales. En el banco de prueba del proceso judicial se cuestionaron los contratos firmados a la luz de la mencionada Directiva europea y de su trasposición en el derecho positivo español. Las dudas fueron remitidas por nuestro Tribunal Supremo al Tribunal de Justicia Europeo quien entendió que muchas de esas cláusulas habían sido firmadas en auténtico abuso del derecho.

Los jueces han tenido que afrontar en una época de terrible crisis económica las preferentes, las cláusulas suelo⁽¹⁰⁷⁾, los gastos hipotecarios, los abusivos intereses

⁽¹⁰⁷⁾ Vid. el número monográfico dedicado al caso de las cláusulas suelo de El Notario del siglo XXI, Revista del Colegio Notarial de Madrid, número 71, enero-febrero 2017. La sentencia reciente de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 24 de noviembre 2017, núm. 4092/2017, reitera la exigencia de transparencia total en las relaciones entre una entidad financiera y su cliente en relación a las cláusulas suelo para que el prestatario conozca "la trascendencia que la cláusula suelo tenía en la economía de un contrato de préstamo que iba a vincularle durante un período muy largo de tiempo".

El Consejo General del Poder Judicial informa en nota distribuida el 12 de diciembre 2017 que estima que el año 2018 serán necesarios más de 100 jueces de refuerzo para hacer frente a las demandas sobre cláusulas suelo presentadas desde el 1 de junio 2017

de demora, las cláusulas de vencimiento anticipado, la inclusión de productos financieros accesorios, el anatocismo en el cálculo de los intereses, avales cruzados y encadenados, responsabilidad universal del deudor hipotecario, créditos en multidivisa o avales abusivos renunciando a los beneficios de orden, excusión y división o, para terminar esta lista de situaciones que en la práctica pudieron ser abusivas, las titulaciones que generen falta de legitimación activa al no quedar acreditado el verdadero acreedor de la deuda. Una jueza de Alcorcón decidió que los impuestos de constitución de una hipoteca deben ser abonados por el banco, a quien entiende como principal beneficiario, y no por el cliente ⁽¹⁰⁸⁾. El análisis jurisprudencial de las conductas de entidades financieras ha llegado incluso a cuestionar en control de transparencia el interés remuneratorio de un contrato de tarjeta de crédito por estar “en un contexto de difícil lectura, dada la letra tan minúscula que emplea para lo que se necesita el uso de una lupa no siendo suficiente las lentes usuales de lectura...” (Auto de la Audiencia Provincial de Castellón en apelación núm. 29972017, de 7 de septiembre).

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea en sentencia del 20 de septiembre 2017 (asunto C-186/16, RUSANDRA PAULA ANDRICIUC y otros c BANCA ROMÂNNEASCA S.A.) abre la puerta a posibles nuevas reclamaciones judiciales al entender que una institución financiera debe facilitar al prestatario información suficiente cuando conceda un préstamo en divisa extranjera; el juez nacional debe evaluar el posible incumplimiento del banco del deber de buena fe y proceder en consecuencia a la correspondiente anulación o no del contrato de préstamo. El Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, en Sentencia núm. 608/2017, de 15 de noviembre, ha zanjado definitivamente la cuestión entre nosotros, entendiendo que el préstamo hipotecario en divisas no es un instrumento financiero regulado por la Ley de Mercado de Valores y que ello no significa que los préstamos multidivisa no sean un producto complejo a efectos del control de transparencia. Aplicando los criterios de

y evitar así el colapso de los juzgados de primera instancia por el aumento de la carga de trabajo en relación a los litigios en esta materia.

⁽¹⁰⁸⁾ Sentencia de 17 de julio 2017 del Juzgado de Primera Instancia de Alcorcón. Entiende la Magistrada que una hipoteca no es un simple préstamo; los gastos de constitución deben ser abonados por el beneficiario, pero ¿quién es el beneficiario?. La protocolización notarial y su eventual inscripción registral son, a juicio de la Magistrada, un paso previo imprescindible para que el banco se quede con la casa si el prestatario no cumple con sus obligaciones contractuales; en consecuencia, decide que considera abusiva la estipulación que imponga al consumidor el pago de tributos en los que el verdadero sujeto pasivo es el banco. Como es lógico la opinión judicial al respecto no es unánime. Existen decisiones con criterio contrario. Por ello, la última palabra estará en manos del Tribunal Supremo.

la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 20 de septiembre 2017 antes mencionada, declara la nulidad parcial del préstamo y elimina las referencias a la denominación en divisas del préstamo, que queda como un préstamo concedido en euros y amortizado en euros. Todo ello por entender que la falta de transparencia de las cláusulas multdivisa ha generado para los prestatarios un grave desequilibrio en contra de la exigencia de la buena fe, puesto que, al ignorar los graves riesgos que entrañaba la contratación del préstamo, no pudieron comparar la oferta del préstamo hipotecario multdivisa con la de otros préstamos y se ha agravado su situación económica y jurídica.

Recordemos también que desde febrero del año 2017 Audiencias Provinciales y Juzgados de Instancia han dictado en cadena acuerdos judiciales de suspensión de procedimientos de ejecución hipotecaria. El motivo es debido a que el Tribunal Supremo, mediante Auto de 8 de febrero 2017⁽¹⁰⁹⁾, elevó una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Solicitaba interpretación sobre si la declaración de nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado de la hipoteca podía dar pie al juez nacional, y a la vista de las circunstancias del caso, para seguir con la ejecución o debía sobreseerla.

El presidente de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo intervino en la Cumbre Española de la Confianza⁽¹¹⁰⁾. Explicó que a los tribunales están llegando casos de entidades financieras que, tras haber exigido un seguro de vida para conceder hipotecas, al producirse el fallecimiento se desentienden del seguro y activan la ejecución hipotecaria para reclamar el inmueble sin esperar que los herederos puedan cobrar el seguro y seguir cumpliendo con los pagos. Añadía que se daban casos en los que se ha contratado el llamado seguro de amortización, que garantiza al banco el cobro de los pagos pendientes en caso del fallecimiento o invalidez del hipotecado; la entidad bancaria no hacía la reclamación a la aseguradora y seguía exigiendo a los herederos las cuotas de la hipoteca y en caso de impago acudía a la ejecución hipotecaria. Concluía tan alto magistrado que situaciones así sólo se pueden explicar por la estrecha relación entre la entidad financiera y la aseguradora. Las XXVII Jornadas Nacionales de jueces decanos concluyeron en Bilbao el 18 de octubre de 2017 indicando que la solución ideada al colapso judicial, especializando un juzgado por provincia para absorber todas las denuncias en materia hipotecaria,

⁽¹⁰⁹⁾ Auto de 8 de febrero 2017, Sala de lo Civil, Pleno, Tribunal Supremo, recurso núm. 1752/2014.

⁽¹¹⁰⁾ Francisco MARIN CASTAN, presidente de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, en EL MUNDO, 9 de octubre de 2017.

hace agua ante la falta de recursos para asumir el aluvión de litigios que desatan los créditos bancarios ⁽¹¹¹⁾

La Sala Primera del Tribunal Supremo en reciente Sentencia (491/2017, de 13 de septiembre 2017) ha sido el colofón de este firme iter jurisprudencial: “la vulneración de la normativa legal sobre el deber de información al cliente sobre el riesgo económico de la adquisición de participaciones preferentes puede causar un error en la prestación del consentimiento o un daño derivado de tal incumplimiento, pero no determina un incumplimiento con eficacia resolutoria”.

La situación llegó a ser de verdadera alarma social: según el Consejo del Poder Judicial, desde el año 2008 se estaban produciendo en España más de 600.000 procedimientos de ejecución hipotecaria, llegándose a la cifra al mismo tiempo de 3.4 millones de viviendas vacías. Todo ello a pesar de que, con arreglo al artículo 47 de la Constitución, “todos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada”; la judicatura española tuvo la valentía de asumir el mandato constitucional cuando a continuación indicaba que “los poderes públicos promoverán las condiciones necesarias... para hacer efectivo este derecho”.

La eficaz labor de marketing de algunos despachos de abogados ha conseguido que los medios de opinión pública machaconamente reiteraran la conveniencia de utilizar sus servicios para reclamar las nulidades y correspondientes indemnizaciones derivadas de esos abusos realizados por las entidades financieras. La labor jurisprudencial de los jueces españoles y europeos a los que se acudió en interpretación de la normativa comunitaria dictada en defensa del consumidor o del inversor minoritario ha protagonizado una verdadera revolución jurídica en nuestro Ordenamiento. El legislador ha debido adaptar a la zaga la normativa vigente a las exigencias de la nueva realidad económica y judicial. La Ley 7/2017, de 2 de noviembre, incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 2013/11/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo. Recoge la gran preocupación de la sociedad española en materia de protección al consumidor en su relación con las entidades financieras. Su Exposición de Motivos así se expresa: “para el sector financiero se establecen algunas especialidades, designándose como autoridades competentes para dicho ámbito al Banco de España, a la Comisión del

⁽¹¹¹⁾ Vid. Cinco Días, jueves 19 de octubre 2017, pág. 27. Según indican los últimos datos oficiales ofrecidos por el Consejo del Poder Judicial revelan que a 8 de septiembre 2017 los 52 juzgados especializados habrían recibido 60.000 demandas hipotecarias. La situación, aducen, “ha desbordado todas las previsiones” de forma que “la inmensa mayoría de juzgados especializados en toda España, están ya saturados de asuntos con números imposibles de ser manejados” por los jueces destinados a las plazas especializadas.

Mercado de Valores y a la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones del Ministerio de Economía, Industria y Competitividad, cada uno de ellos para las entidades que actúen en su respectivo sector de supervisión. Además, en la disposición adicional primera se mandata al Gobierno para remitir a las Cortes Generales un proyecto de ley en la que se regule una entidad única para la resolución de litigios de consumo en dicho sector. No obstante, en la misma disposición adicional se posibilita que las Juntas Arbitrales de Consumo, que dan cobertura a reclamaciones de todos los sectores económicos, puedan seguir conociendo de los litigios de consumo correspondientes al sector financiero, siempre que ambas partes, de forma voluntaria, lo acepten". Hasta el punto que el Gobierno se ha visto en la necesidad de elaborar un proyecto regulando la Ley Hipotecaria. Responde así a las exigencias de la Unión Europea y a la respuesta generalizada de nuestros tribunales. El Consejo de Ministros del día 3 de noviembre 2017 ha remitido a las Cortes el Proyecto de Ley de Crédito Inmobiliario, cuyo objetivo es reforzar la transparencia de los contratos hipotecarios y trasponer la Directiva europea en materia hipotecaria al ordenamiento jurídico español. El caballo de batalla continuará siendo, sin embargo, el tratamiento del posible abuso de las entidades financieras y las cláusulas abusivas. Se coloca a los fedatarios públicos y registradores en la línea de control directo. Los jueces tendrán en su momento la última palabra en aplicación de la nueva normativa.

En los años de bonanza económica nuestro legislador se ha mercantilizado en exceso. Hoy están cuestionados los viejos criterios de nuestros Código Civil y Mercantil decimonónicos. La tutela judicial efectiva de nuestros tribunales ha cuestionado el "favor creditoris" en consideración a las situaciones creadas por los abusos contractuales y la crisis social provocada. Ahí es donde entra la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de Madrid cuando recuerda el criterio iniciado ya por el Tribunal Europeo de Justicia en el caso *Eco Swiss China Time Ltd. c Benetton International N.V.* ⁽¹¹²⁾ Los árbitros deben aplicar la legislación europea en materia de protección de la competencia. Los árbitros están, también, obligados a respetar lo que con cierta imprecisión ha venido en llamarse el nuevo orden público económico. Y por ello se producen reiteradas anulaciones de laudos arbitrales que, quizá, estuvieran conformes a la anterior regulación financiera contraria a los nuevos rumbos que la legislación y sobre todo la jurisprudencia habían introducido. Frente al criterio tradicional del mundo del arbitraje internacional de limitar en buena medida el concepto de orden público al

⁽¹¹²⁾ Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 1 de junio de 1999: "un órgano jurisdiccional nacional al que se ha presentado un recurso de anulación de un laudo arbitral debe estimarlo cuando considere que el laudo es efectivamente contrario al art. 81 CE (ex art. 85), si conforme a las normas procesales internas debe estimar un recurso de anulación basado en el incumplimiento de normas nacionales de orden público".

orden público procesal, los tribunales españoles no tienen inconveniente en aplicar en la anulación de los laudos un orden público material; ahora bien, son conscientes que en su actividad de anulación no pueden convertirse en tribunales de apelación abriendo de par en par la puerta del orden público; sólo en caso de gravedad pueden proceder a la anulación. Su misión judicial consiste en graduar la infracción cometida por los árbitros, en eso consiste su "judicial review".⁽¹¹³⁾

El Tribunal Superior de Justicia de Madrid ha resaltado la inclusión del abuso de derecho como pieza esencial del orden público. Quizá convenga recordar lo indicado por su Sala de lo Civil y Penal en sentencia reciente⁽¹¹⁴⁾: "No cabe la menor duda de que la interdicción del enriquecimiento injusto, que a su vez es concreción de la prohibición del abuso de derecho, tiene el valor de un auténtico principio general de nuestro Ordenamiento Jurídico, justamente por ello su infracción puede constituirse en causa de anulación del laudo por infracción del orden público". Con anterioridad la misma Sala⁽¹¹⁵⁾ había indicado que "...dentro del orden público material se incluye, sin la menor duda, la contravención de principios jurídicos, públicos o privados, políticos, morales y económicos tenidos por esenciales para la conservación de una sociedad en un pueblo y una época determinados. En palabras del Tribunal Constitucional, sigue diciendo la sentencia, por orden público ha de estimarse aquel conjunto de principios, normas rectoras generales y derechos fundamentales constitucionalizados en el Ordenamiento Jurídico español, siendo sus normas

⁽¹¹³⁾ El Tribunal Superior de Madrid da enorme importancia al control de orden público de los laudos llegando a rechazar la disponibilidad de las partes para retirar una acción de anulación. Auto de la Sala de lo Civil y Penal de 3 de mayo de 2017 (162/2017): "existe un interés general prevalente, 'in casu' la preservación del orden público, que hace que esos acuerdos no puedan ser utilizados-sin perjuicio de la eficacia que puedan tener inter partes- como cobertura fraudulenta-en fraude de ley- para evitar que un tribunal cumpla con el deber indeclinable que le asiste, 'ope legis', de verificar si el objeto indisponible que ante él está sometido, la vulneración del orden público como causa de anulación, debe entenderse existente o no; máxime, insistimos, cuando la Ley de Arbitraje patria (art. 41,2) y la normativa internacional le imponen incluso el deber de apreciar de oficio la concurrencia de tal motivo de nulidad". En el mismo sentido, sentencias de la misma Sala de 4 de abril de 2017 y la de 26 de abril de 2017 (num.4907): "no entenderlo así, insistimos, sería tanto como vaciar de contenido la prescripción terminante del art. 41,2 LA, que no es dable dejar al albur de la voluntad de las partes".

⁽¹¹⁴⁾ Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Civil y Penal, sentencia núm. 17/2017, de 7 de marzo. JUR/2017/101324.

⁽¹¹⁵⁾ Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Civil y Penal, sentencia num.52/2016, de 5 de julio. JUR/2016/2034182.

jurídicas básicas e inderogables por la voluntad de las partes, tanto en lo social como en lo económico"⁽¹¹⁶⁾.

Los Tribunales Superiores de Justicia han llamado también la atención cuando han aceptado la anulación de los laudos arbitrales sobre el hecho de que las entidades financieras reiteraran el nombramiento de los mismos árbitros, situación que cuestionaba su neutralidad. Ha llegado a cuestionarse incluso la independencia de los centros de arbitraje por el hecho de que las entidades financieras en su reiteración del uso de sus servicios son los clientes más rentables y estables de su actividad arbitral.⁽¹¹⁷⁾

Llegados a este punto no se pueden olvidar las feroces críticas que contra el arbitraje de consumo se han producido especialmente en Estados Unidos. El conocido periódico The New York Times ha publicado a doble página severos artículos a la institución arbitral. La situación sin embargo es muy concreta y localizada en el sistema judicial norteamericano. El uso de la "class action" en el arbitraje de consumo y en el arbitraje de disputas laborales puede dar lugar a una verdadera indefensión de quienes no habiendo suscrito cláusula arbitral alguna se ven obligados a estar y pasar por un arbitraje colectivo; la obligatoriedad de sometimiento a la "class action" en vía judicial es explicable, por el contrario, dadas las facultades soberanas e imperativas del juez, pero tienen difícil justificación en el caso del arbitraje comercial o laboral en el que el convenio arbitral se constituye en pieza básica e indispensable.

Al hilo de la confusión del arbitraje comercial con el de consumo bueno es recordar la frecuencia con la que la Administración española recurre al arbitraje como solución a los problemas planteados en diferentes colectivos afectados por las reclamaciones frente a entidades financieras. Se abusa de la institución arbitral

⁽¹¹⁶⁾ Sentencia del Tribunal Constitucional, Sala 2, núm. 54/1989, de 23 de febrero. RTC 1989, 54.

⁽¹¹⁷⁾ La Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid ha entendido que, pese a que la Ley de Arbitraje no prevea trámite de audiencia, el Tribunal puede ordenarla de oficio si así lo considera justificado cuando estén implicados intereses generales. En Auto de 31 de enero 2017, núm. 171/2017, acuerda el examen de oficio cuando existan "motivos que trascienden la simple voluntad de las partes y su poder de disposición, por estar implicados intereses generales que han de ser preservados"... "el Tribunal ha de estar habilitado por elemental coherencia con el deber que la Ley le impone para decretar de oficio cuanta prueba estime pertinente".

En Auto posterior de 22 de marzo, núm. 161/2017, esa misma Sala entiende que es pertinente la iniciativa probatoria del propio tribunal, de oficio, como consecuencia natural del tenor del artículo 41,2 de la Ley de Arbitraje.

como si fuera una fórmula mágica para calmar reclamaciones colectivas derivadas de prácticas reprobables y puestas de manifiesto por una valiente actividad de nuestros tribunales. La experiencia no ha sido buena y siempre en detrimento de la imagen de la institución arbitral.

Nuestro legislador de arbitraje ha presumido con dudoso acierto en la elaboración de la Ley del año 2003 de que nuestro sistema arbitral era monista.⁽¹¹⁸⁾ Es decir, no se quería hacer una regulación diferenciada al arbitraje doméstico respecto del arbitraje internacional. La consecuencia es bien clara: las sentencias que dicten los Tribunales Superiores de Justicia en materia de anulación de laudos arbitrales crean por su reiteración doctrina legal tanto para los arbitrajes comerciales como para los de consumo, sean nacionales o internacionales. El artículo 1, 3 de la vigente Ley de Arbitraje establece que "esta Ley será de aplicación supletoria a los arbitrajes previstos en otras leyes". Sólo excluye de su ámbito de aplicación los arbitrajes laborales (art. 1, 4), por lo que los llamados arbitrajes de consumo están regulados, unos directamente y todos al menos supletoriamente, por la Ley de Arbitraje. Todo ello con unos muy discutibles efectos pues si efectivamente el sistema monista obliga a la unificación, de hecho, las circunstancias del arbitraje comercial son bien distintas de las que se enfrenta el arbitraje del pequeño consumidor.

⁽¹¹⁸⁾ Así se expresa claramente en el preámbulo de la vigente Ley de Arbitraje en España, alejándose así de otras soluciones legislativas en sistemas jurídicos de nuestro entorno: "en lo que respecta a la contraposición entre arbitraje interno y arbitraje internacional, esta ley opta claramente por una regulación unitaria de ambos. Dentro de lo que se ha venido en llamar la alternativa entre dualismo (que el arbitraje internacional sea regulado totalmente o en gran medida por preceptos distintos que el arbitraje interno) y monismo (que, salvo contadas excepciones, los mismos preceptos se apliquen por igual al arbitraje interno e internacional), la ley sigue el sistema monista".

La confirmación del Tribunal Supremo

La labor de la Sala de lo Civil y Penal de los diferentes Tribunales Superiores de Justicia en las comunidades autónomas ha sido confirmada por el Tribunal Supremo cuando ha tenido ocasión de hacerlo. Frente a la sentencia que se dicte en el procedimiento de anulación de laudo no cabrá recurso alguno (artículo 42, párrafo segundo, de la Ley de Arbitraje). Por ello resulta de enorme interés la Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 27 de junio de 2017, número 409/2017. Resuelve un recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por un banco contra una sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia dictada en apelación como consecuencia de la denegación en primera instancia de una declinatoria por sumisión a arbitraje.

Aprovecha el Tribunal Supremo la ocasión para abordar la amplitud del conocimiento del juez para enjuiciar la validez e interpretación del convenio arbitral al decidir una declinatoria; igualmente, interpreta el convenio arbitral contenido en un contrato de adhesión concertado entre empresarios.

El convenio arbitral “impide a los tribunales conocer de las controversias sometidas a arbitraje, siempre que la parte a quien interese lo invoque mediante declinatoria”. (Artículo 11,1, Ley de Arbitraje).⁽¹¹⁹⁾ La sentencia se plantea si el juez, al estudiar la declinatoria, “debería limitarse a realizar un análisis superficial, que comprobara la existencia del convenio arbitral y que, en caso de existir tal convenio, estimara la declinatoria, para que los árbitros decidieran sobre su propia competencia”. Por el contrario, entiende el Tribunal Supremo que “el órgano judicial ante el que se plantea la declinatoria de jurisdicción por sumisión a arbitraje ha de realizar un enjuiciamiento completo sobre la validez, eficacia y aplicabilidad del convenio arbitral. De este modo, si el juez considera que el convenio arbitral no es válido, no es eficaz o no es aplicable a las cuestiones objeto de la demanda, rechazará la declinatoria y continuará conociendo del litigio”. Para ello recuerda el artículo 2,3, del convenio de Nueva York de 10 de junio de 1958, sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras: “el tribunal de uno de los estados contratantes al que se someta un litigio respecto del cual las partes hayan concluido

⁽¹¹⁹⁾ Vid. Juan Damián MORENO, "La declinatoria de arbitraje", La reforma de la Ley de Arbitraje de 2011, La Ley Temas, Madrid 2011. El auto de la Audiencia Provincial de Zaragoza, sección segunda, de 6 de junio 2017, reitera que "la cláusula de sumisión a arbitraje no produce efectos si no se opone como excepción en el proceso, para lo cual está legitimado únicamente el demandado que, por si o, por las personas en las que trae causa, la ha aceptado expresamente frente al demandante con respecto a las relaciones o cuestiones planteadas en el proceso".

un acuerdo en el sentido del presente artículo remitirá a las partes al arbitraje, a instancia de una de ellas, a menos que compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o inaplicable”. Concluye la sentencia indicando que “si se ha iniciado un litigio judicial en el que se ha planteado, por medio de declinatoria, la falta de jurisdicción por existir un convenio arbitral, el enjuiciamiento que ha de realizar el órgano judicial sobre la validez y eficacia del convenio arbitral y sobre la inclusión de las cuestiones objeto de la demanda en el ámbito de la materia arbitrable, no estará sometido a restricciones y no debe limitarse a una comprobación superficial de la existencia del convenio arbitral para, en caso de que exista, declinar su jurisdicción sin examinar si el convenio es válido, eficaz y aplicable a la materia objeto del litigio”.

La Sala es consciente de lo indicado en el artículo 22, párrafo primero, de la Ley de Arbitraje: “los árbitros estarán facultados para decidir sobre su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del convenio arbitral o cualesquiera otras cuya estimación impida entrar en el fondo de la controversia”. Dicho precepto recoge el principio denominado por la doctrina arbitral como “kompetenz-kompetenz”, es decir principio de competencia del árbitro para decidir sobre su propia competencia. Entiende el Tribunal Supremo que el hecho de que el juez al analizar la declinatoria si se hubiera iniciado un litigio judicial no se limite a la existencia “prima facie” de un convenio arbitral no es incompatible con lo dispuesto en el artículo 22 citado de la Ley de Arbitraje. “Lo expuesto, continua diciendo la sentencia, es compatible con el hecho de que si se ha iniciado un procedimiento arbitral, incluso en la fase previa de formalización del arbitraje, los árbitros, conforme a lo previsto en el artículo 22 de la Ley de Arbitraje son competentes para pronunciarse sobre su propia competencia, y su decisión sobre este punto sólo puede ser revisado mediante la acción de anulación del laudo” con arreglo a los estrictos motivos de impugnación previstos en el artículo 41.1 de la Ley de Arbitraje.

En resumen, si se ha iniciado un procedimiento judicial, el juez puede y debe conocer el convenio arbitral y enjuiciar su eventual ineficacia o si resulta inaplicable. Si, por el contrario, se hubiera comenzado un procedimiento arbitral, corresponde a los árbitros el decidir sobre su propia competencia enjuiciando las circunstancias que rodean al convenio arbitral.

Nuestro Tribunal Supremo aprovecha también la ocasión para interpretar el convenio arbitral contenido en un contrato de adhesión. En efecto, el convenio arbitral objeto del litigio se encontraba en un contrato marco de operaciones financieras (CMOF). Parte de la idea de que la fuerza decisoria de los árbitros tiene su fundamento, no en el poder del Estado, sino en la voluntad de las partes contratantes, aunque el ordenamiento jurídico estatal reconoce y regula esa fuerza decisoria. Invoca la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional. “La Sentencia del Tribunal Constitucional 136/2010, de 2 de diciembre, ha precisado

que la renuncia al ejercicio de las acciones ante los tribunales mediante una sumisión al arbitraje debe ser explícita, clara, terminante e inequívoca”. Entiende que la referencia al arbitraje en el contrato marco de operaciones financieras (CMOF) no es base jurídica válida para un convenio arbitral por mediar nulidad de pleno derecho al ser abusiva. Al tratarse de un convenio arbitral contenido en un contrato de adhesión, entiende nuestro Tribunal Supremo que es correcta la interpretación “contra proferentem” realizada por la Audiencia Provincial por entender que el convenio arbitral objeto del litigio está contenido en un contrato de adhesión impuesto por el banco firmante de los acuerdos.

La fatigosa labor realizada por los diferentes Tribunales Superiores de Justicia en nuestras comunidades autónomas controlando los laudos arbitrales ha sido confirmada por el Tribunal Supremo. En esta sentencia se fija de forma clara el control de los jueces y tribunales españoles sobre el convenio arbitral. Lejos de una posible fuga del derecho, al resolver la declinatoria en un litigio judicial iniciado, no se limitan a comprobar la pura existencia “prima facie” del convenio arbitral, sino que pueden y deben enjuiciar las circunstancias del caso para ver si pudiera ser nulo, ineficaz o inaplicable; es decir, si la sumisión al arbitraje es explícita, clara, terminante e inequívoca como exigió nuestro Tribunal Constitucional.

Además, toma partido en torno al carácter vinculante que el nuevo orden público económico tiene para los árbitros en su labor decisoria. Por desgracia, la fuerte crisis económica que hemos padecido nos ha hecho poner en cuarentena la maraña legislativa imbuida en exceso por el principio de protección al acreedor. La figura emergente del consumidor ha puesto en cuarentena no pocos puntos sensibles en nuestro ordenamiento jurídico.

¿Cabén medidas cautelares una vez ejercitada la acción de nulidad de un laudo?

El Tribunal Superior de Justicia de Madrid se ha pronunciado con ocasión de un laudo dictado disolviendo y liquidando una sociedad limitada de carácter familiar ⁽¹²⁰⁾. Comunicada la sentencia arbitral a las partes, la condenada notifica al Tribunal su intención de interponer la acción de nulidad y para paralizar la labor del liquidador solicita ex parte medidas cautelares; son denegadas por entender este Alto Tribunal, que según lo establecido en el artículo 8 de la vigente Ley de Arbitraje, la competencia en materia de medidas cautelares corresponde a los juzgados de primera instancia funcional y territorialmente competentes. La duda sobre si acudir al juzgado civil o de lo mercantil es resuelta por la parte solicitando las medidas cautelares al juzgado de primera instancia de Madrid competente en materia de arbitraje; al demandar un híbrido entre la suspensión prevista en el artículo 45 de la Ley de Arbitraje y cautelares, el juez le remite de nuevo al Tribunal Superior de Justicia de Madrid. Finalmente, se formula demanda ejercitando la acción de nulidad del laudo ante el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, acompañada de petición ex parte de medidas cautelares. Se admite a trámite la acción y, denegando la condición ex parte, se convoca a las partes para vista de las cautelares.

El Tribunal Superior de Justicia de Madrid entiende que el laudo arbitral tiene fuerza de cosa juzgada, por el artículo 43 de la Ley ⁽¹²¹⁾. El arbitraje, como ha indicado el Tribunal Constitucional, es un equivalente jurisdiccional y, en consecuencia, la decisión arbitral es firme y sólo cabe la acción de nulidad o en su caso la acción de revisión, en ambos casos ante el Tribunal Superior de Justicia de la comunidad autónoma correspondiente. Las sentencias firmes deben ser ejecutadas y no cauteladas. Por eso se deniegan las cautelares solicitadas, aunque el tribunal de oficio y sin solicitud previa de parte permite que se pueda solicitar anotación preventiva en el registro mercantil de la acción de nulidad. "Lo que pretende la demandante es la ineficacia absoluta del laudo, medida que no se encuentra justificada ni es proporcionada, no siendo procedente su adopción, ya que el

⁽¹²⁰⁾ Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Civil y Penal, auto del 14 de septiembre de 2017, núm. 52/2017, procedimiento de anulación de laudo arbitral.

⁽¹²¹⁾ Art. 43 de la vigente Ley de Arbitraje: "el laudo produce efectos de cosa juzgada y frente a él sólo cabrá ejercitar la acción de anulación y, en su caso, solicitar la revisión conforme a lo establecido en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil". Tanto la acción de anulación (art. 8.5 de la Ley de Arbitraje) como la solicitud de revisión (art. 509 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) debe efectuarse ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de la correspondiente comunidad autónoma.

pronunciamiento de la resolución arbitral es firme, y el laudo no implica, por sí mismo, peligro inminente alguno". Tampoco concurre, continúa indicando el mencionado auto, "apariencia de buen derecho, o expectativas de admisión de la demanda que se postula por la demandante, sin prejuzgar el fondo de la cuestión planteada, dada la complejidad de las cuestiones que se suscitan en la demanda, ya que como hemos indicado el Tribunal Constitucional tiene declarado que no cabe prejuzgar el fondo del asunto".

El artículo 45 de la Ley de Arbitraje establece la suspensión de la ejecución del laudo, pero dicho precepto se encuentra en el título de la Ley dedicado a la ejecución forzosa⁽¹²²⁾. El tribunal entiende que no cabe una suspensión genérica de la eficacia del laudo. Sólo permite en su caso y ante el juzgado encargado de una concreta ejecución judicial la suspensión del procedimiento ejecutivo. Con razón, establece el paralelismo entre la acción de nulidad y la de revisión, previstas ambas en el mismo artículo 43 de la Ley. El Tribunal Supremo ha dejado bien claro que no caben cautelares en conexión a la acción de revisión⁽¹²³⁾. Por el mismo motivo declara el Tribunal Superior de Justicia de Madrid que no procede la solicitud de cautelares con ocasión de la acción de nulidad.

⁽¹²²⁾ Dentro del título VIII de la Ley de Arbitraje, "de la ejecución forzosa del laudo", el art. 45, señala que "el laudo es ejecutable aun cuando contra él se haya ejercitado acción de anulación. No obstante en ese caso el ejecutado podrá pedir al Tribunal competente la suspensión de la ejecución, siempre que ofrezca caución por el valor de la condena más los daños y perjuicios que pudieren derivarse de la demora en la ejecución del laudo".

⁽¹²³⁾ Auto de 20 de abril 2017 de la Sala Primera del Tribunal Supremo (núm. 10/2016): "sólo procede otorgar la tutela cautelar si la petición obedece de forma exclusiva a la finalidad de garantizar la efectividad de una eventual sentencia estimatoria de la demanda... En consonancia con lo expuesto, la Sala ha declarado que del art. 723 LEC se desprende la improcedencia de medidas cautelares en revisión de sentencias firmes... Las medidas cautelares tienen por finalidad la efectividad de la sentencia estimatoria y no la de una eventual rescisión de una sentencia firme cuya eficacia no exige ser garantizada por su propia naturaleza".

La responsabilidad de los árbitros

Los árbitros ejercen funciones jurisdiccionales, pero su actividad deriva del contrato por el que las partes se han sometido a su decisión. A la luz de esta doble situación es como hay que analizar el artículo 21 de la Ley de arbitraje regulando la responsabilidad de los árbitros y de las instituciones arbitrales.⁽¹²⁴⁾ Ahí se indica que “la aceptación obliga a los árbitros y, en su caso, a la institución arbitral a cumplir fielmente el encargo, incurriendo, si no lo hicieran, en responsabilidad por los daños y perjuicios que causaren por mala fe, temeridad o dolo”.

Se ha discutido mucho en congresos y reuniones sobre la inmunidad de los árbitros. Se entiende que si forman parte de un “equivalente jurisdiccional” deben tener una cierta protección para evitar la coacción de las partes o de terceros⁽¹²⁵⁾. Con razón se ha dicho que la invocación de los abogados de las partes al “due process” puede llegar a constituir una verdadera amenaza a los árbitros, indicándoles que si no acceden a la petición procesal formulada por ese letrado puede el tribunal correr el riesgo de que su laudo sea posteriormente anulado. Los árbitros son al mismo tiempo verdaderos gestores del procedimiento arbitral y no pueden permitir injustificadas dilaciones por verdaderas actuaciones obstruccionistas de las partes. De ahí que los tribunales domésticos están reforzando la autoridad de los árbitros en el ejercicio de su función. Sin embargo, no puede olvidarse que los árbitros lo son porque han suscrito un convenio de arbitraje con las partes y en consecuencia están

⁽¹²⁴⁾ Vid. Jaime MAIRATA LAVIÑA, "La imprescindible imparcialidad de las instituciones arbitrales", Foro de Opinión, OTROSI, 2017, núm. 14, pag. 57 y ss. Comentando la sentencia dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 31 de enero de 2017: " el Tribunal resalta una vez más la necesidad de que los árbitros y las instituciones arbitrales que administran el arbitraje sean independientes e imparciales, designen a los árbitros a través de un procedimiento reglado, neutral y transparente y doten a todo el proceso de un clima de confianza ética y profesional que desemboque en decisiones revestidas de imparcialidad y que como tales sean apreciadas por los intervinientes en el procedimiento" (pag. 57). La sentencia anula un laudo arbitral "porque el árbitro ha dictado el laudo con imprudente premura" entendiéndose que se ha violado el orden público al revelar "una radical desconsideración hacia el derecho de defensa" (pag. 59).

⁽¹²⁵⁾ Vid. Bernardo M CREMADES, "The use and abuse of due process in international arbitration", Arbitration (The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management), The Chartered Institute of Arbitrators, Sweet & Maxwell, vol. 83, nº 2, Mayo 2017, págs 203 y ss.

sometidos a una eventual responsabilidad contractual.⁽¹²⁶⁾ Si por ejemplo un árbitro acepta su nominación como tal y no descubre a las partes posibles conflictos de interés está incumpliendo una obligación contractual obvia; si el laudo que posteriormente se dicte es anulado precisamente porque se descubre y se alega en nulidad un conflicto de interés del árbitro no revelado por éste, difícilmente puede el árbitro escapar a la correspondiente responsabilidad contractual.⁽¹²⁷⁾

Una reciente sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 15 de febrero del año 2017⁽¹²⁸⁾, sienta doctrina en materia de responsabilidad de los árbitros, hoy comentada y alabada por la doctrina del derecho comparado. Un tribunal de arbitraje compuesto por tres distinguidos juristas españoles dicta un laudo arbitral pero la decisión fue tomada por dos árbitros y sin contar con el tercero; al decir de los hechos analizados por el Alto Tribunal, aprovecharon conscientemente la

⁽¹²⁶⁾ " The arbitrator has sometimes been viewed as having a contract for services with the parties. As with other professionals, if the arbitrator does not perform as agreed, he will have liability" (Margaret L. MOSES, The Principles cit. pág. 155).

⁽¹²⁷⁾ El simple hecho de que el laudo sea anulado no implica responsabilidad del árbitro, salvo que en su redacción haya mediado una actitud de desidia o ignorancia o una conducta buscada de propósito con fines espurios. Así lo entiende la sentencia de la Audiencia Provincial de Santander, sección segunda, de 18 de enero de 2017: "aunque el Tribunal Superior de Justicia estimara que el laudo fue incongruente, es patente que ello obedece no a un defecto burdo o grosero del mismo fruto de una actitud de desidia o ignorancia propias de la temeridad, ni desde luego una conducta deliberada y buscada de propósito con fines espurios, como requiere el dolo o la mala fe, sino a una conducta de valoración del caso que puede admitir otras y que se revela, como tantas veces en el mundo del derecho, como opinable y defendible a la vista del contenido del arbitraje y las posiciones mantenidas por las partes. Y siendo esto así, es claro que no puede considerarse que el letrado-árbitro incurriera en responsabilidad por el dictado del laudo en la forma en que lo hizo ni que pierda, por ello, el derecho al cobro de sus honorarios profesionales".

⁽¹²⁸⁾ Sentencia núm. 102/2017 de la Sala Civil del Tribunal Supremo de 15 de febrero de 2017 y auto de aclaración del 22 de febrero de 2017, Casación e Infracción Procesal 3252/2014. En la misma línea jurisprudencial, la sentencia de 18 de abril de 2017 del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, Sala de lo Civil y Penal, anulando un laudo arbitral por violación del principio de colegialidad: "infracción que alcanza al orden público, en los términos expresados, en tanto que supone una grave alteración del procedimiento arbitral que no permite descartar la posible infracción de los principios de contradicción e igualdad, tratándose, como ocurre en el presente caso, de la preterición del árbitro que fue precisamente designado por la parte demandante".

ausencia por viaje de este tercer árbitro para decidir y dictar el laudo. La sentencia indica que tal comportamiento supone una violación del deber de colegialidad que en su momento fue causa de la anulación del laudo. El Tribunal Supremo es llamado a conocer de la responsabilidad de esos dos árbitros como consecuencia de los daños y perjuicios ocasionados a la parte que nombró al árbitro ausente. Analiza el artículo 21 de la Ley de arbitraje para delimitar la posible responsabilidad por mala fe, temeridad o dolo en los siguientes términos:

“la temeridad no se identifica con la intención de perjudicar, o con lo que la Sentencia de 26 de abril de 1999 califica de “antijuridicidad dañina intencional” en el marco de una responsabilidad basada exclusivamente en el dolo y la culpa, en el que la temeridad no tiene que ser intencional, especialmente tras la Sentencia de 22 de junio del año 2009. La temeridad se identifica con una negligencia inexcusable, con un error manifiesto y grave, carente de justificación, que no se anuda a la anulación del laudo sino a una acción arriesgada por parte de quienes conocen su oficio y debieron aplicarlo en interés de quienes les encomendaron llevar a buen fin el arbitraje. A una conducta de quien ignora con arreglo a una mínima pauta de razonabilidad los derechos de quienes encargaron el arbitraje y las atribuciones propias de los árbitros, desnaturalizando en suma el curso arbitral sin posibilidad de que pudiera salir adelante el laudo correctamente emitido, como así fue, con el consiguiente daño. A una conducta, en definitiva, insólita o insospechada que está al margen del buen juicio de cualquiera”.

Manifiesta dicha sentencia que es un hecho probado que el tercer árbitro no mantuvo una conducta obstruccionista o dilatoria en la tramitación, intentando persuadir a los demás sobre su postura, ni intervino en el debate decisorio final donde se dictó el laudo definitivo, teniendo en cuenta que no había finalizado el periodo de deliberación entre los árbitros y que no existía premura para dictar el laudo. El Tribunal Supremo entra, además, a rechazar la posibilidad de que los árbitros hubieran actuado a modo de lo que se conoce en la doctrina como “tribunales truncados” ⁽¹²⁹⁾. La práctica arbitral internacional habla de tribunales truncados cuando muy avanzado el procedimiento fallece uno de los árbitros o le resulta imposible participar en la deliberación final. En este caso, el Tribunal Supremo entiende que no se dan tales circunstancias y por lo tanto procede a confirmar la indemnización de daños y perjuicios señalados por la sentencia recurrida en casación y consistente en la devolución de los honorarios abonados por la parte recurrida en casación a los dos árbitros causantes de la anulación del laudo.

⁽¹²⁹⁾ Vid. Antonio SÁNCHEZ-PEDREÑO, "[Tribunales truncados en España ¿sí o no?](#)", LinkedIn, publicado el 18 de mayo 2017. Véase también Jennifer SÁNCHEZ-CANO y Jordi SELLARES, "[Opinión: ¿Es nulo el laudo si el tribunal arbitral excluye a uno de los árbitros de la deliberación?](#)", Associació pel foment de l'arbitratge, 3 de septiembre 2014.

Por lo anteriormente indicado, y muy especialmente en relación a lo relativo a la anulación del laudo y al establecimiento de eventuales responsabilidades contractuales de los árbitros, se puede muy bien contestar a las dudas sobre si el arbitraje supone una puerta abierta a la fuga del derecho. Frente a las quejas de quienes analizan con virulencia la labor de anulación en determinados casos de laudos arbitrales por los Tribunales Superiores de Justicia de las comunidades autónomas, hay que resaltar el buen funcionamiento de las instituciones. La sentencia del Tribunal Supremo de 15 de febrero del año 2017 ha sido recibida por algunos sectores aislados como decisión peligrosa para el futuro del arbitraje en España. No ha faltado quien haya comparado dicha decisión del Tribunal Supremo con la situación en que se encuentra el derecho arbitral en los Emiratos Árabes⁽¹³⁰⁾, donde una reciente modificación del Código Penal introduce como actividad criminalmente sancionable las decisiones de los árbitros difícilmente justificables; por violar el deber de honestidad e imparcialidad (duty of fairness and impartiality); dicha modificación legislativa ha sido criticada unánimemente en el derecho comparado por suponer un verdadero cauce para la coacción de los árbitros con una posible amenaza de querrela criminal y penas previstas de privación temporal de libertad (Art. 257). Esta no es la situación de nuestro ordenamiento jurídico, donde las decisiones judiciales ponen de manifiesto la buena cooperación entre los jueces y los árbitros en su respectiva actividad decisoria.⁽¹³¹⁾

⁽¹³⁰⁾ Reforma del Código Penal de la Unión de Emiratos Árabes que tipifica como delito a los "arbitrators who violate their duty of fairness and impartiality (art. 257).

⁽¹³¹⁾ Resulta interesante los intentos de la República del Perú de considerar a los árbitros como funcionarios o servidores públicos siempre y cuando entidades u organismos del Estado, incluidas las empresas del Estado o Sociedades de Economía Mixta comprendidas en la actividad empresarial del Estado, formen parte de la controversia arbitral. Se inicia el trámite parlamentario para modificar el Código Penal al respecto, introduciendo un nuevo inciso en el artículo 425. En Perú el arbitraje con las administraciones públicas ha tenido un desarrollo espectacular, en aplicación de la ley peruana de Contrataciones con el Estado (Ley núm. 30225) y su reglamento. La lucha contra la corrupción, especialmente a raíz de algún caso sonado, ha llevado a esta modificación legal, para así estar en línea con lo indicado en el artículo IV de la Convención Interamericana contra la Corrupción, que define como actos de corrupción "la realización por parte de un funcionario público o una persona que ejerza funciones públicas de cualquier acto u omisión en el ejercicio de sus funciones, con el fin de obtener ilícitamente beneficios para sí mismo o para un tercero...".

El litigio como activo financiero

No hace muchos años, cuando empecé mis andanzas por el mundo arbitral, éste era obra de carácter artesanal en algunos centros como París, en torno a la Cámara de Comercio Internacional, Londres o Nueva York o en ciertas ciudades de Suiza, Holanda o Estocolmo. Estaba protagonizado por renombrados juristas, muchos de ellos reconocidos profesores de facultades de Derecho. La llegada de los conflictos derivados de la financiación con los llamados petrodólares y, sobre todo, el establecimiento en La Haya del tribunal para resolver los conflictos entre Irán y los Estados Unidos de América por los acuerdos de Argel de 19 de enero de 1981 abrieron un amplio campo para el arbitraje internacional. En La Haya los grandes despachos anglosajones comprendieron que el arbitraje podía ser un campo muy fértil y remuneratorio para su actividad profesional. A partir de entonces se puede decir que el arbitraje internacional deja de ser una simple actividad artesanal para convertirse en una gran industria ⁽¹³²⁾.

Además, comienza lo que ha venido en llamarse la americanización del arbitraje internacional. ⁽¹³³⁾ Los grandes despachos americanos se aproximan a esta forma de solución de litigios con criterios propios y con la mentalidad del litigante en una sociedad altamente conflictiva como es la norteamericana ⁽¹³⁴⁾. Los importantes arbitrajes se eternizan, intervienen docenas de abogados por cada parte, los testigos y los peritos técnicos o legales se multiplican, las audiencias son muy largas, ... Alrededor del arbitraje florecen no sólo los despachos de abogados, sino las empresas de servicios anexos como pueden ser las tecnológicas en el manejo de voluminosa documentación, traductores, encargados de las transcripciones, los

⁽¹³²⁾ Vid. Stravos L. BREKOULAKIS, The Evolution and Future of International Arbitration, International Law Library, vol. 37, KLUWER Law International 2016, págs 1-20: observa que desde 1985 “the field of international arbitration has evolved- possibly beyond anyone’s expectations in great scale and in a variety of ways”.

⁽¹³³⁾ Bernardo M. CREMADES ROMÁN ¿Americanización de la fase escrita del arbitraje internacional?, Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones, VI (1), 2013, pág. 27 y ss.

⁽¹³⁴⁾ Muy propio del litigante norteamericano es la preparación en cierta forma teatral de los testigos antes de la audiencia, hoy muy extendida en la práctica del arbitraje internacional. Vid. D. P. RONEY, Effective Wittness Preparation for Commercial Arbitration, International Arbitration, vol. 20, num. 5, págs. 429-435.

arrendadores de los locales técnicamente equipados o incluso la misma industria hotelera para albergar a tantas personas obligadas a desplazarse ⁽¹³⁵⁾.

Las cuantías en discusión adquieren en ocasiones cifras billonarias, los honorarios de los despachos de abogados pueden alcanzar decenas de millones, los peritos presentan igualmente abultadas facturas. Los costes del arbitraje internacional se disparan. Y, en esas circunstancias, ciertos abogados directores de departamentos contenciosos de grandes despachos emprenden en colaboración con entidades financieras el lanzamiento de fondos para la financiación de litigios arbitrales y judiciales. Algunos de estos fondos cotizan en bolsas de valores, otros permanecen en dimensiones más reducidas. El negocio resulta muy rentable.

La financiación se monta sobre la figura del contrato de préstamo o de seguro. El financiador abona los gastos del proceso con el riesgo de no cobrar nada si el laudo final es desfavorable a cambio de pactar un alto porcentaje sobre la cuantía de la condena deseable. El negocio puede además recibir múltiples modalidades. En ocasiones se cede el derecho a la reclamación. Otras veces se transfiere la empresa legitimada a la reclamación. Los laudos se venden y el adquirente se encarga de su ejecución. En definitiva, el litigio se ha convertido en un simple activo financiero para escándalo de abogados con mentalidad tradicional de servicio al cliente ⁽¹³⁶⁾. El

⁽¹³⁵⁾ La excesiva complejidad que ha adquirido el procedimiento arbitral lleva a preguntarse si no puede provocar una verdadera denegación de justicia. Vid. G.J. HORVATH, The Judicialization of International Arbitration: Does the Increasing Introduction of Litigation-Style Practices, Regulations, Norms and Structures into International Arbitration Risk a Denial of Justice in International Business Disputes, en el trabajo colectivo editado por S.M. KRÖLL, L.A. MISTELIS et al., *International Arbitration and International Commercial Law: Synergy, Convergence and Evolution*, KLUWER Law International, 2011, págs. 251-271.

En referencia a Gabrielle KAUFMANN-KOHLER, hace mención al hecho de que los “legal anthropologists who study the history of dispute settlement throughout the world observe a constant alternation between formal and informal dispute resolution methods. Although the method of dispute resolution always starts off informal, ‘the human search for predictability’ generates more and more rules, with the result that it becomes too slow and cumbersome. Users then turn to other methods of dispute resolution that are less formal and the cycle begins again”. Gabrielle KAUFMANN-KOHLER, When Arbitrators Facilitate Settlement: Towards a Transnational Standard, *Arbitration International*, 25, núm 2, 2009, pág. 203.

⁽¹³⁶⁾ Vid. Third-Party-Funding in International Commercial Arbitration, editado por Bernardo M. CREMADES y Antonias C. DIMOLITSAS, INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE, París 2003.

financiadore debe evaluar la viabilidad de la reclamación y para ello descansa en un equipo de abogados interno y externo. Valorará el riesgo asumido en función de las cuantías requeridas.

Esta actividad era impensable hace pocos años cuando la deontología profesional prohibía al profesional cifrar sus honorarios en función del resultado del proceso ⁽¹³⁷⁾; el llamado pacto de “quota litis” estaba castigado por entender que el profesional del derecho debía ser retribuido por sus servicios con objetividad y sin implicarse en la actividad empresarial del cliente. Lo mismo sucedía en el mundo anglosajón donde los juristas tenían igualmente la misma prohibición por la champerty o la maintenance. En tiempos recientes estas prohibiciones han ido desapareciendo y hoy es muy frecuente que las firmas de abogados con cierto músculo financiero calculen sus honorarios en todo o en parte según los resultados del proceso. Se convierten así en financiadores de sus clientes, bien directamente o acudiendo a financiación de terceros, conocida con su denominación anglosajona como Third-Party-Funding.

Es lógico que esta práctica plantee serios problemas. Sus defensores invocan el derecho al acceso a la justicia arbitral, excluida en casos frecuentes por el costo del procedimiento. Sus detractores afirman que por esta vía se incrementa la litigiosidad, se posibilita la frivolidad de los profesionales a la hora de iniciar procedimientos de reclamación. En la práctica surgen cuestiones deontológicas: ¿quién es el verdadero cliente del abogado?, ¿el poderdante o su financiador?, ¿a quién debe obedecer el abogado, a su cliente formal o a quien le abona sus minutas? Los límites del secreto profesional quedan verdaderamente difuminados.

En el arbitraje de protección de inversiones la financiación de terceros da lugar a problemas en la misma jurisdicción del tribunal de arbitraje. Este actúa porque el convenio arbitral se ha celebrado por la conjunción de la oferta de sometimiento a arbitraje de un Estado frente a las posibles reclamaciones de inversores del otro estado firmante del tratado y la aceptación del inversor al formular su demanda arbitral. ¿Puede el inversor interponer demanda arbitral sin revelar la existencia de un tercero financiador? Cabe muy bien argumentar que la oferta del Estado es al inversor y no a su eventual financiador. De hecho, Argentina acaba de iniciar el procedimiento de la anulación de un lado en el CIADI contra una empresa española

⁽¹³⁷⁾ Sobre la mercantilización del árbitro, vid. Philippe LEBOULANGER, L'arbitre et le marché, en el libro homenaje a Ahmed Sadek EL-KOSHERI, editado por Nassib G. Ziadé, KLUWER Law International, 2015, págs. 65-72. Igualmente, P.J. REES, Does Arbitration Deliver?, Austrian Yearbook on International Arbitration, 2016, págs. 49-59.

en base a la participación y comportamiento de un financiador al que califica de “fondo buitre”⁽¹³⁸⁾.

España está viviendo una avalancha de reclamaciones arbitrales por una oscilante política energética, en concreto en materia de energías renovables. El tiempo nos dirá qué consecuencias tiene la sin duda participación activa de fondos internacionales en la financiación de estos arbitrajes.

⁽¹³⁸⁾ Vid. GLOBAL ARBITRATION REVIEW, 24 de noviembre 2017. La República Argentina solicita la anulación de un laudo CIADI en favor de MARSANS de 320 millones de dólares. Al parecer el fondo financiador invirtió 13 millones de dólares para gastos del arbitraje y obtuvo el derecho a una compensación final de 140 millones. La República Argentina entiende que nos encontramos ante un verdadero abuso del sistema CIADI susceptible de anulación.

Las incertidumbres de la globalización

El final de la Segunda Guerra Mundial introdujo la sensatez en el diálogo entre vencedores y vencidos. Frente a la bilateralidad de las relaciones internacionales con anterioridad a la contienda, los reunidos en Bretton Woods diseñan un esquema multilateral de convivencia mundial. En lo económico, se constituyen dos instituciones que van a pilotar el extraordinario desarrollo económico mundial, el Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional.

Con la llegada del nuevo siglo, comienzan a resquebrajarse los cimientos de la globalización. En la América latina surgen los movimientos regionales. Así, frente a la globalización se puede hablar de la regionalización. Aparecen entidades como UNASUR⁽¹³⁹⁾, ALBA⁽¹⁴⁰⁾ o CELAC⁽¹⁴¹⁾, caracterizadas por su aversión a la influencia de Estados Unidos con sus vecinos del sur. A partir del año 2004 aparecen modelos económicos que pretenden ser alternativas regionales a la globalización protagonizada por ciertos países y muy especialmente por los Estados Unidos de América. Sus objetivos no son tanto económicos como principalmente los de defensa de sus intereses particulares. Existe un gran personalismo de los líderes

⁽¹³⁹⁾ UNIÓN DE NACIONES SURAMERICANAS (UNASUR) es un organismo de ámbito internacional que tiene como objetivos construir una identidad y ciudadanía suramericana, al igual que desarrollar un espacio regional integrado. Su constitución tuvo lugar el 8 de diciembre 2004, la Secretaría General está en Quito (Ecuador). Sus miembros son Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, Guyana, Paraguay, Perú, Surinam, Uruguay y Venezuela.

⁽¹⁴⁰⁾ ALIANZA BOLIVARIANA PARA LOS PUEBLOS DE NUESTRA AMÉRICA (ALBA) es una organización internacional proyectada para los países que se hallan en América latina y el Caribe con el fin de combatir la pobreza y la separación social. Se constituyó el 14 de diciembre 2004. Actualmente está integrada por Venezuela, Bolivia, Cuba, Antigua y Barbuda, S. Vicente y Granadinas, Ecuador, Dominica y Nicaragua; como invitados, Surinam y Santa Lucía; observadores, Haití, Irán y Siria.

⁽¹⁴¹⁾ COMUNIDAD DE ESTADOS LATINOAMERICANOS Y CARIBEÑOS (CELAC) es un organismo intergubernamental de ámbito regional que promueve la integración y desarrollo de los países latinoamericanos y caribeños. Creada el 23 de febrero de 2010. Tiene 33 miembros: Antigua y Barbuda, Argentina, Bahamas, Barbados, Belice, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Cuba, República Dominicana, Dominica, Ecuador, El Salvador, Granada, Guatemala, Guyana, Haití, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Paraguay, Panamá, Perú, Santa Lucía, San Cristóbal y Nieves, San Vicente y las Granadinas, Surinam, Trinidad y Tobago, Uruguay y Venezuela.

latinoamericanos, caracterizado con acierto como la llamada diplomacia de las cumbres.

El gigante chino cuestiona igualmente el protagonismo norteamericano en la globalización. Reaparece lo que se ha venido en llamar la ruta de la seda ⁽¹⁴²⁾, con una diplomacia exterior en favor de la globalización, pero entendida con otros criterios y gobernanza. Frente al Banco Mundial, el Banco Asiático de Inversión en Infraestructuras (AIIBA) ⁽¹⁴³⁾ que, en un principio, recibe el boicot de los países en la órbita norteamericana, pero que tras el ingreso del Reino Unido provoca la masiva incorporación de interesados en la bonanza económica del mundo asiático.

Los movimientos antiglobalización han tenido un importante protagonismo en la creación de incertidumbres en torno a la globalización. Desde el punto de vista teórico, Jeff RUBIN publica un libro cuyo título es muy significativo de lo que van a representar los llamados antisistema: "Por qué su mundo está a punto de volverse extraordinariamente más pequeño (El petróleo y el fin de la globalización)" ⁽¹⁴⁴⁾. Me permito copiar uno de sus párrafos en los que se condensa el mensaje: "Prepárate para un mundo más pequeño. Pronto, tu alimentación vendrá de un campo más cercano a tu casa, las cosas que compras probablemente vendrán de una industria en tu propia calle en lugar de venir del otro lado del mundo. Estoy seguro que vas a conducir menos y andar más, lo cual indica que vas a trabajar y comprar mucho más cerca de tu casa. Tus vecinos y tu vecindad están a punto de ser mucho más importantes en el mundo más pequeño en un futuro próximo" ⁽¹⁴⁵⁾. Richard HEINBERG, otro de los pensadores que han servido como punto de partida ideológico a los movimientos antiglobalización, escribía otro libro también con un título llamativo: "El fin del crecimiento, la necesidad de adaptarse a nuestra nueva realidad económica" ⁽¹⁴⁶⁾. La antiglobalización se hace muy presente en nuestra

⁽¹⁴²⁾ Término creado por el geógrafo alemán Ferdinand Freiherr von RICHTHOFEN en su obra "Viejas y nuevas aproximaciones a la Ruta de la Seda", 1877. Hoy utilizado para designar la expansión mundial de la política exterior china.

⁽¹⁴³⁾ EL BANCO ASIÁTICO DE INVERSIÓN EN INFRAESTRUCTURAS (AIIB) se constituye el 24 de octubre 2014 en Pekín, institución con la que el gigante asiático pretende ganar más influencia en la región. El 28 de mayo 2015 España se incorpora entre los socios fundadores siguiendo en su decisión a algunos de sus homólogos europeos.

⁽¹⁴⁴⁾ "Why our world is about to get a whole lot smaller. Oil and the end of globalization", Random House, New York, 2009.

⁽¹⁴⁵⁾ Jeff RUBIN, "Why your world..." cit., pág. 23.

⁽¹⁴⁶⁾ Richard HEINBERG, "The End of Growth. Adapting to Our New Economic Reality", New Society Publishers, 2011. Indica en su página primera que "the central assertion of

sociedad, especialmente utilizando las nuevas tecnologías y las redes sociales como cauce de convocatoria de grandes manifestaciones de protesta frente a los eventos organizados por las instituciones globalizadoras. El movimiento acusa al proceso de globalización de beneficiar a las grandes multinacionales y a los países ricos, acentuando la precarización del trabajo y consolidando un modelo de desarrollo injusto e insostenible.

La caída de grandes instituciones norteamericanas, especialmente de Lehman Brothers en el año 2008, introduce la crisis como elefante amenazador de la globalización. Sus efectos y la política de recortes generan un malestar social generalizado, que afecta a la credibilidad de nuestros dirigentes. El consumidor aparece como protagonista frente a la excesiva mercantilización de nuestros ordenamientos jurídicos. El profesor OLIVENCIA nos recordaba en esta misma tribuna invocando al maestro Vivante que “el consumidor se alza frente a un código de clase, redactado por los comerciantes y protector de sus intereses, y se dota de un derecho imperativo que lo ampara frente a su contraparte en el mercado”⁽¹⁴⁷⁾. Nuestros jueces y tribunales, ayudados por la legislación y tribunales europeos han ido diseñando lo que se ha venido en llamar un nuevo orden público económico que no es otra cosa sino el freno a los excesos de nuestra legislación mercantil más protectora de los grandes intereses económicos y empresariales que los del ciudadano-consumidor.

La crisis económica que tan duramente afectó a los países de nuestro entorno estuvo ausente de los países latinoamericanos, especialmente por las posibilidades presupuestarias que permitían los altos precios de las materias primas. La situación cambia a partir del año 2013 cuando la caída de los precios del petróleo provoca desastrosas consecuencias en los países hermanos de la América latina.

La llegada de la nueva administración norteamericana plantea de forma directa el proteccionismo frente a la globalización. La retirada de Estados Unidos del Tratado Comercial con el Pacífico y el alejamiento norteamericano de la Alianza del Pacífico

this book is both simple and startling: Economic growth as we have known it is over and done with".

⁽¹⁴⁷⁾ REAL ACADEMIA DE JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN, contestación al discurso leído por Alberto BERCOVITZ, "El cambio del derecho patrimonial privado", Madrid 2017, pág. 66. Añade el Prof. OLIVENCIA: "Pero esa bilateralidad del Derecho del consumidor no sólo significa su protagonismo central, sino la configuración de la parte contraria, que ya no es sólo el empresario mercantil, ni siquiera el empresario sin calificativo, sino un 'profesional', un 'operador del mercado' o 'económico' que contrata con el consumidor bienes o servicios. Se amplía así el ámbito del Derecho mercantil tanto el subjetivo como el objetivo de los actos y contratos celebrados en el mercado".

⁽¹⁴⁸⁾ ha servido para que China se incorpore a la misma protagonizando su influencia en el área, extendiendo así en el Pacífico la ruta de la seda; es decir, reforzando una globalización, pero paralela a las instituciones que en su día se pusieran en marcha en Bretton Woods. La nueva política exterior en cumplimiento de las promesas electorales con el conocido “América, first” está suponiendo un verdadero terremoto en el orden económico internacional. De forma clara así se ha visto en la reunión de la cumbre de la APEC (Cooperación Económica de Asia y Pacífico), que aglutina a 21 países cuyas economías sumadas equivalen al 60% del PIB del planeta, celebrada en Danang (Vietnam) el día 10 de noviembre 2017, como recogen los medios de opinión pública. El presidente TRUMP insistía en su visión proteccionista de la economía global, manifestándose sólo dispuesto a colaborar con la APEC si acepta “acuerdos comerciales justos y recíprocos, criticando con acidez a la Organización Mundial del Comercio (OMC) por permitir a su juicio la deslocalización de fábricas americanas hacia países con mano de obra barata al tiempo que se reducían o eliminaban en Estados Unidos los aranceles; resaltó, además, “el audaz robo de propiedad intelectual” y las a su juicio prácticas destructivas de forzar a los empresarios a ceder su tecnología al Estado o de imponerles un socio local en joint-ventures a cambio de acceder al mercado. Por el contrario, el presidente chino, XI JINPING, afirmaba que la globalización “es una tendencia histórica irreversible” y por ello “tenemos que apoyar el sistema multilateral de comercio y practicar un regionalismo abierto para permitir que los países en desarrollo se beneficien del comercio y de las inversiones internacionales”. No cabe duda de que, si volvemos a tener presente a Arnold TOYNBEE ⁽¹⁴⁹⁾, la nueva economía sigue lanzando al derecho el reto de la globalización y hoy en día también el de la antiglobalización.

El arbitraje internacional, hoy más que nunca, goza de muy buena salud, aunque esté sometido al fuego cruzado de las críticas procedentes de diferentes sectores sociales, económicos y políticos. El arbitraje internacional ha sabido siempre navegar en aguas turbulentas. En plena época de la guerra fría el International Council for Commercial Arbitration (el famoso ICCA) supo integrar a los más reconocidos profesionales representantes de países occidentales y también en pie de igualdad con los países del bloque soviético y China. Algunos centros de arbitraje se especializaron en la solución de conflictos comerciales entre el este y el oeste como por ejemplo el de la Cámara de Comercio de Estocolmo.

⁽¹⁴⁸⁾ ALIANZA DEL PACÍFICO es una iniciativa de integración regional, propuesta en Lima el 28 de abril 2011 y entrada en vigor el 20 de julio 2015. Sus países fundadores fueron Chile, Colombia, México y Perú, siendo hoy 52 los países admitidos como observadores. El 30 de junio 2017 los países fundadores admitieron como miembros asociados a Australia, Canadá, Nueva Zelanda y Singapur.

⁽¹⁴⁹⁾ Arnold J. TOYNBEE, "Estudio de la Historia", cit.

El arbitraje internacional en la encrucijada política

Desde hace algunos años se oyen críticas fuertes al arbitraje internacional. ⁽¹⁵⁰⁾ Empezaron los países latinoamericanos del ALBA (Alianza Bolivariana para los Pueblos de Nuestra América), quienes cuestionaron el arbitraje de protección de inversiones y muy especialmente el que tiene lugar en el marco del Banco Mundial. Tras los acuerdos de Bretton Woods ⁽¹⁵¹⁾, se constituye el Banco Mundial y en su seno empieza a funcionar un centro denominado en siglas españolas CIADI. En la confrontación tradicional entre los países del sur y los del norte en las Américas no

⁽¹⁵⁰⁾ Vid. el interesante VANGUARDIA DOSSIER, núm. 65, septiembre 2017, dedicado al "Juicio a la globalización". Alex RODRÍGUEZ en pag. 3 indica que la globalización "ho está en el banquillo de los acusados como responsable de todos los males que aquejan al mundo". Pankaj GHEMAWAT sentencia en la página 8 que "parece como si hubiera una globalización (o al menos una occidentalización) de la furia contra la globalización". Daniel GROS opina en página 43 que "la liberalización del comercio se ha vuelto impopular en las economías avanzadas en los últimos años. Sin embargo, eso no supone un apoyo amplio en favor del regreso al proteccionismo ... Es probable que la próxima fase consista en una gran dosis de retórica antiglobalización, pero con poca acción. El actual sistema de comercio mundial es más resistente de lo que parece a primera vista". En este momento no conviene olvidar las acertadas observaciones de Carlos FUENTES ("En esto creo", citado): "la globalización no debe ser, sin más, satanizada, sino transformada en arma de beneficio público, de bienestar creciente"; todo ello porque "los méritos de la globalización serán urnas vacías si no se llenan con los líquidos de la gobernanza local: las políticas de desarrollo, bienestar, trabajo, infraestructura, educación, salud y alimentación que se inician localmente a fin de crear el círculo vicioso de un mercado interno sano como condición para contribuir a un mercado global vigoroso pero más justo".

⁽¹⁵¹⁾ Podría hacerse con afán retórico una historia remota de la regulación de protección de inversiones. Pero ésta en su configuración actual, surge realmente a raíz de las discusiones mantenidas en Bretton Woods para diseñar la reconstrucción necesaria a continuación de la segunda guerra mundial. Bajo la presidencia del economista KEYNES se fijan las líneas maestras para la constitución del Banco Mundial. Vid. Robert SKIDELSKY, John Maynard KEYNES, RBA, Barcelona, 2013, págs. 1030 y ss. Constituido ya el Banco Mundial, en 1965 y bajo la presidencia de Aron BROCHES, se aprueba la convención de Washington por la que se constituye el Centro de Arbitraje tan vituperado hoy por los llamados países del ALBA.

se admite un centro de arbitraje ubicado en Washington. Venezuela ⁽¹⁵²⁾, y Bolivia ⁽¹⁵³⁾ comunicaron formalmente la denuncia de su participación en la Convención de 1965, retirándose en consecuencia del centro de arbitraje. Ecuador, incluso, ha denunciado como final de la administración del presidente CORREA todos los tratados de protección de inversiones que había ratificado. ⁽¹⁵⁴⁾

Sólo han pasado algunos meses desde esta decisión cuando la nueva administración ecuatoriana se ha dado cuenta de la importancia de la seguridad jurídica para captar inversiones extranjeras, de las que tan requerido está el país para abordar grandes proyectos de infraestructura; hablan de la necesidad de establecer acuerdos de inversión individualizados, en los que se incluyan cláusulas de arbitraje, con lo cual volvemos al punto de partida de la historia. Así comenzó el arbitraje de protección de inversiones. La experiencia ha demostrado que el país receptor de la inversión queda mejor protegido por tratados negociados entre Estados soberanos para la protección de sus nacionales, sin la presión individual e interesada de las empresas multinacionales. Se anuncia ya el comienzo de negociaciones de nuevos tratados, con la idea de matizar los criterios de protección del inversor; situación realmente muy deseada también por los árbitros que desarrollarán su labor con mayor precisión, al quedar más delimitados los conceptos jurídicos indeterminados; el margen de discrecionalidad en su decisión debe restringirse con la ya dilatada experiencia de los numerosos laudos que se han dictado en las últimas décadas.

⁽¹⁵²⁾ El 12 de enero 2012 Venezuela abandona el CIADI. Según el Ministro de Petróleo, las demandas billonarias frente a las expropiaciones petroleras del Gobierno del Presidente Chaves interpuestas contra el país por EXXON MOBIL y CONOCO-PHILLIPS así lo aconsejan por ser "las típicas empresas del imperialismo norteamericano, arrogantes y soberbias"(declaraciones a la agencia EFE).

⁽¹⁵³⁾ Bolivia denunció la Convención de Washington el 1 de mayo de 2007, con lo cual fue el primer país en dejar de formar parte del CIADI.

⁽¹⁵⁴⁾ El 17 de mayo de 2017 el Gobierno de Ecuador denuncia y pone fin a 16 tratados bilaterales de protección de inversiones. El Presidente CORREA entiende que son incompatibles con la Carta Magna nacional y que además así habían sido declarados ilegales por la Corte Constitucional. Ya en 2013 se había creado la Comisión para la Auditoría de los Tratados de Protección de Inversiones (CAITISA); dicha Comisión entregó al Presidente de la República un informe en el que concluyó que hubo ligereza en la firma de estos tratados y que no se había tenido en cuenta en su día la magnitud del riesgo que asumía el país. Ya en junio de 2009 el Congreso de Ecuador había aprobado la denuncia de la Convención de Washington y la correspondiente salida del CIADI.

En las conferencias y congresos de arbitraje reinaba el pesimismo en una situación desconocida. Los medios de opinión pública se hacían eco de críticas feroces, como si el mal de la economía internacional tuviera su origen en la labor de los árbitros, especialmente en materia de protección de inversiones. Nuestras reuniones parecían funerales de un sistema arbitral con plazo de caducidad. Recordaban a nuestro gran premio Nobel de literatura en una de sus novelas: "Crónica de una muerte anunciada"⁽¹⁵⁵⁾. Los hermanos Vicario anuncian la muerte de Santiago, que inevitablemente sucedería en defensa del honor familiar mancillado. Pareciera en aquel entonces como si, en defensa de la soberanía de los pueblos, debiera sacrificarse al arbitraje internacional restableciendo así el orden público internacional agraviado por esta forma de solución de los conflictos internacionales.

Creo que la situación actual del arbitraje internacional necesita de una profunda reflexión, especialmente en los países de la comunidad hispánica. Hemos logrado un alto grado de sofisticación y hemos protagonizado la consolidación del nuevo derecho internacional económico. Pero nos encontramos con situaciones difícilmente explicables. Nuestros Estados y nuestras empresas negocian con fuerza económica, pero con excesiva debilidad jurídica. Muchos de los contratos se redactan en inglés, aunque el derecho aplicable sea el de nuestros respectivos países. Consecuencia clara: cuando surge el conflicto, los Estados o las empresas acuden al asesoramiento y representación de firmas mayormente anglosajonas; parece como si los ejecutivos pretendieran cubrirse las espaldas frente a sus órganos corporativos o estatales de control; si algo se tuerce, se justifican por haber buscado el asesoramiento que por ser extranjero pareciera merece mayor confianza. Consecuencia de todo ello es que cuando surge el conflicto este se resolverá con criterios ajenos a la formación jurídica del Derecho nacional aplicable; los asesores legales se cuidarán muy mucho de que el correspondiente arbitraje se desarrolle en inglés y en muchas ocasiones con árbitros desconocedores de nuestro idioma y, sobre todo, tan alejados de nuestra cultura jurídica. ¿Cómo explicarles algo tan obvio para nosotros, pero tan lejano para ellos como la buena fe? Pero insisto, la culpa la tenemos nosotros, nuestros empresarios y políticos que con fuerza negociadora pueden insistir en el comienzo de las relaciones económicas en una lengua como la nuestra. Resulta sangrante ver intereses puramente hispánicos discutidos en un foro arbitral lejano y con protagonistas que no conocen el entorno de la disputa. Este es un tema de profunda reflexión, ya que incluso esos países que protagonizan la rebeldía frente a organismos arbitrales internacionales son los que a la hora de negociar y de resolver sus conflictos se ponen en manos de despachos anglosajones sin ningún tipo de reservas.

⁽¹⁵⁵⁾ Gabriel GARCÍA MARQUEZ, "Crónica de una muerte anunciada", editorial La oveja negra, Bogotá 1981.

El tratado de Lisboa estableció como competencia de la Unión Europea la negociación de los acuerdos de inversión, decidió que la regulación de las inversiones directas debía pasar de la competencia de los Estados a la Unión Europea, centralizando así todo el tema de la protección de inversiones. Tengo muy serias dudas de que en Lisboa los negociadores, primero, y después los dignatarios firmantes del tratado supieran exactamente de qué estaban hablando y cuáles eran las consecuencias.⁽¹⁵⁶⁾ Con el tiempo, la Comisión Europea ha intentado poco a poco introducirse en el mundo de la protección de las inversiones con el efecto correspondiente de politizarlo al convertirlo en tema de discusión en el Parlamento Europeo.⁽¹⁵⁷⁾

⁽¹⁵⁶⁾ La reacción de la Comisión ha sido el intento de constituir un tribunal permanente que conozca de las reclamaciones de los inversores. Más funcionarios y más burocracia. La Dirección General de Comercio de la Comisión publicó una nota el día 21 de diciembre 2016 en la que recoge hacia donde se encaminan las reformas que quieren protagonizar para la creación de un tribunal multilateral que "have a first instance tribunal; have an appeal tribunal; have tenured highly qualify judges, obliged to adhere to the strictest ethical standars and a dedicated secretariat; be a permanent body; work transparently; rule on disputes arising under future and existing investment treaties; only apply where an investment treaty already explicit allows an investor to bring a dispute against a State; would not create new possibilities for an investor to bring a dispute against a state; prevent disputing parties from choosing which judges ruled on their case; provide for effective enforcement of its decisions; be open to all interested countries to join". Parece que el cambio de administración en los Estados Unidos ha parado la urgencia de la negociación de un tratado sobre la materia entre la UE y los Estados Unidos, con lo cual la discusión política se ha calmado.

Vid. El informe muy crítico elaborado por EFILA (European Federation for Investment Law and Arbitration, Task Force Paper regarding the proposed International Court System (ICS), fechado el 1 de febrero de 2016. En igual sentido la VIII Conferencia Hugo GROCCIO pronunciada en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación por Charles N. BROWER, Are Fear, Disinformation, Politics and the European Commission becoming the Four Horsemen of the Apocalypse for International Investment Dispute Arbitration?", editor por CEU Ediciones, Madrid 2015.

⁽¹⁵⁷⁾ El protagonismo de la Comisión en materia de protección de inversiones ha recibido un fuerte frenazo con la sentencia del Tribunal de Justicia Europeo de 16 de mayo del 2017. En efecto, analizando la competencia de la Unión Europea para firmar acuerdos bilaterales, y en concreto el acuerdo comercial y de inversiones con Singapur, indica que no tiene competencia exclusiva sino compartida. Tales acuerdos deben ser ratificados a nivel nacional. Al ser su competencia compartida, su entrada en vigor quedará supeditada al acuerdo de hasta 38 parlamentos nacionales y regionales. Ello hace prever la dificultad de, en la práctica, negociar y ratificar tales tratados. Más, si se tiene en

Ya los movimientos antisistema hicieron de la protesta contra el arbitraje de protección de inversiones una bandera política con ocasión de las diferentes reuniones de la asamblea anual del Banco Mundial. Así se ha visto en Hamburgo paralelamente con la reunión del llamado G20 los días 7 y 8 de julio de 2017, con graves incidentes de orden público. En Europa, el movimiento contestatario se fortalece con la moratoria nuclear dictada por el gobierno de la canciller Merkel ⁽¹⁵⁸⁾ a raíz del grave incidente nuclear en Japón en el año 2011 en la costa de Fukushima.⁽¹⁵⁹⁾ La compañía de energía eléctrica estatal sueca Vattenfall inició un procedimiento de arbitraje de protección de su inversión en Alemania en base a la Carta Europea de la Energía.⁽¹⁶⁰⁾ Fue la verdadera espoleta que provocó la explosión de manifestaciones populares en relación a un tema tan sensible como es todo lo relacionado con la energía nuclear.⁽¹⁶¹⁾

En esos momentos se encontraba la Comisión Europea, en ejercicio de las competencias adquiridas en el tratado de Lisboa, negociando tratados con Vietnam, Canadá, Japón y Estados Unidos de América. Como es lógico los diferentes pasos de

cuenta la politización que el Tratado de Lisboa ha permitido a la Comisión y Parlamento europeos realizar del arbitraje de protección de inversiones.

⁽¹⁵⁸⁾ El 30 de mayo del 2011 Alemania anunció formalmente su decisión de abandonar totalmente la energía nuclear en un plazo de 11 años. El plan incluía el cierre inmediato de seis centrales cerradas temporalmente y de dos más apagadas por problemas técnicos. Las nueve centrales restantes en funcionamiento serán definitivamente clausuradas antes del año 2022.

⁽¹⁵⁹⁾ El accidente nuclear de la central de Fukushima tuvo lugar el 11 de marzo de 2011. Comprendía una serie de incidentes, tales como las explosiones en los edificios que albergaban los reactores nucleares, fallos en los sistemas de refrigeración, triple fusión del núcleo y liberación de radiación al exterior, registrados como consecuencia de los desperfectos ocasionados por un terremoto y tsunami en el Japón oriental.

⁽¹⁶⁰⁾ El Tratado sobre la Carta de la Energía, hecho el 17 de diciembre de 1994 y publicado su instrumento de ratificación en el BOE del 17 de mayo de 1995.

⁽¹⁶¹⁾ Frente a la decisión del gobierno alemán, tres compañías energéticas alemanas (E.ON, RWE, EnBW) entendieron que se trataba de una verdadera expropiación de sus propiedades por el apagón nuclear decretado. En consecuencia, reclamaron indemnizaciones multimillonarias. La compañía sueca Vattenfall que formaba parte del Consorcio lo hizo también pero en su condición de inversora extranjera en Alemania, y fundamentó su arbitraje en la Carta de la Energía.

la negociación tuvieron su discusión parlamentaria con muy fuertes confrontaciones entre los diferentes partidos con representación en el Parlamento Europeo. En España hemos visto de cerca esta polémica con ocasión de la ratificación en nuestras Cortes del Tratado de la Unión Europea y Canadá, el conocido CETA por sus siglas en inglés ⁽¹⁶²⁾. En Estados Unidos no faltaron voces, especialmente en el partido demócrata, contrarios a la negociación del tratado con la Unión Europea. ⁽¹⁶³⁾

Pero las críticas más contundentes tuvieron lugar como hemos indicado ya en las páginas del New York Times por entender que la utilización de la “class action” en sede arbitral y en temas de consumo o laborales suponía una privación de los derechos de defensa de los consumidores y de los trabajadores. Creo que las instituciones americanas de administración del arbitraje se equivocaron al promover en el ámbito arbitral la “class action” que tiene su lugar adecuado en vía judicial dada la autoridad del juez encargado de tramitarlas; vieron la posibilidad de un buen negocio pensando más bien en los honorarios de los muchos participantes en el arbitraje colectivo que en los intereses de la seguridad jurídica y en la imagen de la propia institución del arbitraje.

En Francia estalla el escándalo Bernard TAPIE. ⁽¹⁶⁴⁾ La entonces ministra de economía y hoy directora del Fondo Monetario Internacional consintió un arbitraje

⁽¹⁶²⁾ A juicio del Ministro de Economía, Luis DE GUINDOS, "oponerse al CETA con actitudes excéntricas sólo se explica desde el populismo más ramplón", artículo de opinión "Los beneficios del libre comercio" publicado en el diario El País el 30 de junio 2017, pag. 15. Ante la abstención del PSOE en la votación las Cortes españolas para ratificar el CETA el socialista francés y Comisario Europeo de Asuntos Económicos y Financieros Piere MOSCOVICI, vino a España indicando que "ser de izquierdas no es estar contra la globalización" (Diario El País, 22 de junio de 2017). Ello da idea de la politización del arbitraje internacional, pues el punto más candente de la discusión se centraba en torno a la solución de los litigios de los inversores.

⁽¹⁶³⁾ Vid. el artículo publicado en el Washington Post por la senadora del partido demócrata Elizabeth WARREN, The Trans-Pacific Partnership clause everyone should oppose, 25 de febrero 2015, en la idea de que el ISDS (Investor-State Dispute Settlement) "would shift power from American courts, whose authority is derived from our Constitution, to unaccountable international tribunals". Ver con anterioridad el artículo publicado por Anthony De PALMA en el New York Times, "Nafta's Powerful Little Secret; Obscure Tribunals Settle disputes, but go Too Far, Critics Say", 11 de marzo del 2001.

⁽¹⁶⁴⁾ Vid. KENNETH B. REISENFELD & JOSHUA M. ROBBINS, Will the Decision Be a Blow to Finality in Investor-State Arbitration?, Alternatives to the high cost of litigation, vol.35

para dilucidar las indemnizaciones que reclamaba el empresario muy vinculado a la persona del Presidente de la República. El laudo arbitral que le concedió una suculenta indemnización fue posteriormente anulado ⁽¹⁶⁵⁾ y además objeto de un procedimiento penal por entender que por el arbitraje se había llegado a una concertación fraudulenta en perjuicio del Tesoro Público francés. El escándalo en la actuación de la antigua ministra de finanzas se centró principalmente en la negligencia de su actividad ministerial, pues ni siquiera ordenó se solicitara la anulación de dicho laudo que sólo se produjo cuando posteriormente aparecieron hechos de corrupción en el procedimiento arbitral.

Todos estos elementos componen la base sobre la que se ha montado la polémica en torno al arbitraje internacional. Dirigentes de la Internacional Socialista, reunidos en Madrid, suscribieron una declaración conjunta cuestionando el arbitraje internacional; criticando el arbitraje de protección de inversiones, pero también el comercial, pues el arbitraje TAPIE se había convertido en arma arrojadiza del Presidente HOLLANDE contra sus adversarios conservadores. ⁽¹⁶⁶⁾

Los profesionales del derecho que intervienen en el arbitraje internacional contemplan con enorme sorpresa la discusión en foros políticos y en los medios de opinión pública sobre su diaria actividad, que nada tiene que ver con las elocuentes discusiones en tertulias radiofónicas o televisivas.

num.2, february 2017, pág. 23: " In 2008, a three member arbitral tribunal ruled in favor of Tapie, awarding him nearly 300 million. The government, including LAGARDE, chose not to pursue an appeal or annulment of the award in the French courts".

⁽¹⁶⁵⁾ El Tribunal de Casación francés confirmó en sentencia del 30 de junio de 2016 la anulación del arbitraje que en 2008 concedió al empresario Bernard TAPIE 403 millones de euros por la venta de la empresa de equipamiento ADIDAS, que le había sido expropiada. El Tribunal de Apelación de París se había pronunciado en ese mismo sentido en febrero de 2015, al sospechar que el arbitraje fue un "simulacro" fraudulento en favor del controvertido empresario, a quien se le obligó a devolver la cantidad recibida.

⁽¹⁶⁶⁾ LE MONDE, 23 de febrero 2015, La gauche européenne unie pour réformer les tribunaux d'arbitrage internationaux, " La quarantaine de responsables du Parti socialiste européenne PSE) réunis en sommet à Madrid pour...prendre en fin position sur l'ISDS, vilipendé par les parlementaires sociaux-démocrates et défendu tacitement par les chefs de gouvernement de gauche. 'Nous avons enfin réussi à créer un consensus dans notre famille sur ce combat', c'est félicité une source européenne à l'issue de ce sommet".

La Comisión Europea, siguiendo recomendaciones del Parlamento, está intentando reconducir especialmente el arbitraje de protección de inversiones, considerando la posibilidad de promover tribunales permanentes en lugar de arbitrajes individualizados para cada reclamación. Sin embargo, dan la impresión de que no saben exactamente a dónde se encaminan. Mencionan la conveniencia de un tribunal mundial, aunque en principio se limitan a la posibilidad de poner en marcha un tribunal en el marco de la Unión Europea. En principio, las declaraciones públicas de la comisaria encargada del tema hablan de un tribunal permanente que pueda actuar en primera y segunda instancia. El 12 de septiembre de 2017 la Comisión ha dado luz verde para la apertura de negociaciones para el establecimiento de una Corte Multilateral a quien se encomendará la solución de las disputas de inversión. Como siempre, la burocracia se impone, pero el tiempo dirá si los empresarios depositarán su confianza en estas nuevas instituciones que se proponen o por el contrario continuarán su camino en el marco de la iniciativa privada para la solución de los litigios que, con tanto acierto, se ha conseguido en los últimos años.⁽¹⁶⁷⁾

El empeño de la Comisión Europea por burocratizar la protección de las inversiones ha producido fuerte controversia y, lo que es más grave, fraccionamiento de instituciones tan acreditadas como UNCITRAL⁽¹⁶⁸⁾. En las reuniones de su sección tercera celebradas en Viena los días 27 de noviembre a 1 de diciembre 2017 se produjo un enfrentamiento radical entre los representantes de los Estados miembros de la Unión Europea y los no alineados. Esta institución que goza de un extraordinario predicamento en el mundo del arbitraje siempre ha tomado en sus 50 años de existencia decisiones por consenso unánime. Así se entiende la alta calidad de sus textos. Cuando se quiso forzar la discusión sobre la introducción de tribunales permanentes fue necesario someter a votación de los asistentes incluso el nombramiento del presidente de la reunión que ha de conducir los debates. La solución de los problemas relativos a la protección de inversiones se ha politizado.

El arbitraje ha tenido y está teniendo un desarrollo espectacular como método de solución de litigios. Se encuentra, sin embargo, en la encrucijada de una severa crítica. En el plano nacional entre nosotros no acaba de conseguir la confianza social, base para su admisión generalizada; el "amiguismo" en la designación y funcionamiento de los tribunales arbitrales ha hecho mucho daño a su imagen; bien

⁽¹⁶⁷⁾ Vid. el acertado análisis de Manuel MEDINA ORTEGA, "La solución de controversias en la asociación transatlántica sobre comercio e inversiones", Anuario español de derecho internacional privado, 2014-2015, págs. 477 y ss.

⁽¹⁶⁸⁾ Vid. UNCITRAL, Posible reforma del sistema de solución de controversias entre inversionistas y Estados. Nota de la Secretaría, Viena A/CN. 9/ WG.III/WP. 142. Sobre el desarrollo de las reuniones de UNCITRAL en Viena, vid. Alison ROS, UNCITRAL celebrates 50th after tense talks on ISDS reform, Global Arbitration Review, 11 diciembre 2017.

es verdad, que en las empresas cada uno cuenta sus virtudes o defectos según las experiencias que hayan tenido. En los últimos años se ha notado una gran profesionalidad, pero todavía hay conductas que no se admitirían con un juez y tienen lugar con un árbitro.

En el arbitraje internacional se han dado pasos importantes para garantizar la transparencia de la actividad arbitral, muy especialmente en el de protección de inversiones: siendo la parte demandada un Estado soberano, no se puede dictar un laudo arbitral sin pleno conocimiento público del procedimiento, como así lo exige el control parlamentario al que debe estar sometido el gobierno en cuestión. En efecto, el 18 de octubre de 2017 entró en vigor la Convención de las Naciones Unidas sobre la transparencia en los Arbitrajes entre Inversionistas y Estados, adoptada en Nueva York el 10 de diciembre 2014. España no la ha suscrito todavía, a pesar que 22 son los países que ya la firmaron.

No han faltado extralimitaciones de árbitros bien conocidos⁽¹⁶⁹⁾; como, por ejemplo, la aceptación de medidas cautelares consistentes en la prohibición al Estado del ejercicio de acciones penales basadas, en un supuesto mantenimiento del buen funcionamiento del procedimiento arbitral, frente a determinadas conductas de las partes merecedoras de una respuesta en la jurisdicción penal: ¿cómo puede un funcionario retirar querellas criminales en obediencia a unas medidas cautelares de un tribunal de arbitraje?. Bien es verdad que la cuestión debe ser encuadrada en el marco de un arbitraje de protección de inversiones, donde una de las partes es un Estado soberano. Recientemente se ha dictado un laudo preliminar ⁽¹⁷⁰⁾ en un arbitraje contra la república de Rusia. El demandante, ciudadano con doble nacionalidad rusa y francesa, en base al tratado bilateral entre ambos estados reclamaba la adopción de medidas cautelares solicitando a los árbitros que ordenaran a Rusia la paralización de numerosos procedimientos civiles y penales hasta la finalización del arbitraje por el que demanda 12 billones de dólares como

⁽¹⁶⁹⁾ CIADI núm. ARB/06/2, QUIBORAX S.A., NON METALLIC MINERALS S.A. y ALLAN FOSK KAPLÚN c. ESTADO PLURINACIONAL de BOLIVIA, decisión sobre medidas provisionales, 26 de febrero de 2010. Decide que "1. La demandada deberá tomar todas las medidas necesarias para suspender el proceso penal identificado como caso Núm. 9394 iniciado contra... y cualquier otro proceso penal directamente relacionado con este arbitraje, hasta que haya concluido este arbitraje o hasta que se reconsidere esta decisión, ya sea a instancia de alguna de las partes o por iniciativa propia del tribunal. 2. La demandada deberá abstenerse de iniciar cualquier otro proceso penal directamente relacionado con este arbitraje o tomar otra acción que pueda poner en riesgo la integridad procesal de este arbitraje".

⁽¹⁷⁰⁾ Arbitraje Sergei PUGACHEV c REPÚBLICA RUSA, vid. Global Arbitration Review, 25 de septiembre 2017.

indemnización por expropiación de sus bienes en su país de origen; además, deseaba que se prohibiera a Rusia la tramitación de su extradición de Francia, su lugar hoy de residencia. El laudo rechaza la paralización de las acciones civiles y penales por entender que no se puede realizar cautelarmente tal condena en un arbitraje internacional. Por el contrario, requiere a Rusia que suspenda la solicitud de extradición porque así lo exige la necesidad de garantizar el derecho de defensa en el arbitraje internacional. La reacción ante medidas cautelares de carácter similar ha dado lugar en su posterior control judicial en el Reino Unido a decisiones aparentemente contradictorias. En un caso ⁽¹⁷¹⁾, la extradición solicitada por Rumanía y paralizada por una decisión cautelar es sin embargo mantenida por el juez inglés por entender que la persona objeto de extradición es sólo un testigo, aunque al parecer importante, en la fase probatoria de un arbitraje. En otro ⁽¹⁷²⁾, el sujeto cuya extradición se solicita por Albania es parte demandante de justicia arbitral, por ello el juez inglés mantiene la medida cautelar frenando la extradición.

Los árbitros corren el peligro de considerarse legisladores internacionales llevados a sobrevalorar su actividad en exceso, aunque su decisión sea de gran importancia. El blanco principal de las críticas frente al arbitraje internacional se centra fundamentalmente en el de protección de inversiones. Sin duda, por la importancia de dichos procedimientos, por la destacada personalidad de los árbitros y por la trascendencia que suelen tener en la opinión pública de los respectivos países.

Se olvida, sin embargo, que la mayoría de arbitrajes internacionales son los comerciales, que salvo excepciones suelen moverse en un marco de relativa confidencialidad y sin trascendencia pública. No es justo hacer una crítica generalizada frente al arbitraje internacional, cuando el comercial, siendo muy importante, suele estar alejado de la vida política.

Bien es verdad que el mundo del arbitraje es víctima de su propio éxito. No han faltado quienes han exagerado su propia importancia y han pretendido un protagonismo social y político que no les corresponde. El ejemplo claro entre nosotros ha sido el llamativo florecimiento de centros de arbitraje sin actividad alguna, salvo el ego de quien los preside. Ha llegado el momento de volver a los orígenes. Es necesario un tratamiento exquisitamente profesional, dejando bien claro que el arbitraje se encuentra lejos de todo lo que no sea el "suum cuique tribuere". Los profesionales del arbitraje vemos con enorme recelo las batallas políticas que se dan desde uno u otro campo convirtiendo nuestra institución en el pin-pan-pun de algo tan ajeno al profesional del derecho.

⁽¹⁷¹⁾ RUMANÍA c Bogdan-Alexander ADAMESCU, vid. Global Arbitration Review, 4 de octubre 2017.

⁽¹⁷²⁾ ALBANIA c BECCHETTI, vid. Global Arbitration Review, 8 de julio 2016.

El pesimismo ambiental en torno al futuro del arbitraje internacional está desapareciendo. Probablemente a raíz del anuncio de la nueva administración de Estados Unidos de congelar las negociaciones del gran tratado de liberalización comercial con Europa. Los activistas en contra del arbitraje de protección de inversiones parecen haber perdido su gran bandera reivindicativa. Los profesionales del mundo arbitral han vuelto a su callada tarea diaria sin sobresaltos diarios en la opinión pública. No cabe duda que quienes lideran la lucha antisistema manejan muy bien los resortes de la opinión pública, especialmente a través de las redes sociales.

Quizá nos ha faltado a quienes participamos en el arbitraje internacional lo que viene siendo muy frecuente en nuestro mundo del derecho. No conseguimos trasladar a la ciudadanía nuestro mensaje; permanecemos al margen del mundo real que nos rodea, como si permanentemente estuviéramos contemplando con fruición nuestro ombligo profesional sin contacto con el exterior. Informar no es comunicar y la comunicación es la que configura la opinión pública. Esta Real Academia a la que con tanta generosidad me estáis acogiendo tiene hoy como importante misión superar las rigideces de la información jurídica y hacer accesible con renovado lenguaje a los hombres y mujeres de la calle nuestro diario quehacer y nuestras inquietudes. Debemos esforzarnos por llegar a ser un verdadero foro de comunicación jurídica.

Dado el éxito que ha tenido, está teniendo y va a seguir teniendo el arbitraje en el vertiginoso desarrollo actual del derecho internacional económico, puede muy bien suceder que tengamos que recordar la comedia de Pierre CORNEILLE, acuñando en 1644 una frase que luego muchas y variadas personas reclamarían su paternidad: "los muertos que vos matáis gozan de buena salud".⁽¹⁷³⁾

Al final de este largo recorrido los juristas que hemos colaborado en nuestra generación a construir este moderno derecho internacional económico, convencional y consuetudinario, nos gusta aprovechar ocasiones como ésta para volver la cabeza atrás y recordar a nuestros viejos maestros. D. Federico DE CASTRO en esta misma tribuna cuestionaba el arbitraje; él hablaba desde la óptica de la protección al consumidor, pero vislumbraba en su condición de buen internacionalista una proyección de futuro que ha consolidado al arbitraje internacional como pieza angular del moderno derecho económico internacional.

⁽¹⁷³⁾ Pierre CORNEILLE, "Le menteur", comedia barroca representada por primera vez en el théâtre du Marais en 1644. En la escena donde el mentiroso habla con su criado y afirma haber matado a su rival Alcippe, aparece este último anunciando su futura boda con Clarice. Es entonces cuando el criado comenta irónicamente "les gens que vous touez se portent assez bien".

Sometido a los vaivenes de la globalización y de los movimientos antiglobalización y, recientemente, al nuevo antiproteccionismo chino frente al America first de la actual administración norteamericana. En la actividad del árbitro internacional han aparecido dos importantes protagonistas: la tutela del consumidor, principalmente en el arbitraje comercial, y la garantía de los derechos humanos en el de protección de inversiones. Como comprenderán ustedes mis orígenes en el derecho laboral me colocan en una situación muy confortable en este nuevo derecho con claro protagonismo de un orden público económico tuitivamente renovado. Por eso el recuerdo del maestro me lleva a tener muy en cuenta y escuchar las críticas que desde diferentes ángulos se oyen hoy en día sobre el arbitraje internacional con más o menos acierto.