

# I. DOCTRINA

## EL ARBITRAJE EN LA ENCRUCIJADA ENTRE LA GLOBALIZACIÓN Y SUS DETRACTORES

Por

**Bernardo M. Cremades**

Socio de B. Cremades y Asociados,  
Madrid\*

y

**David J.A. Cairns**

Asociado de B. Cremades y  
Asociados, Madrid. Abogado  
Inglaterra & Gales y Nueva  
Zelanda\*\*.

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN. II. GLOBALIZACIÓN Y ARBITRAJE. III. GLOBALIZACIÓN Y DOCTRINA ARBITRAL:  
1. Autonomía de las partes y el cambiante papel de los jueces nacionales en relación con el arbitraje internacional.  
2. "Desnacionalización" de la ley de arbitraje. 3. Arbitrajes inversor-Estado. 4. La posibilidad de aplicación del Derecho Internacional Público. 5. Cambios culturales en la práctica arbitral. III. ALGUNOS RETOS DE LA GLOBALIZACIÓN PARA EL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL.  
1. Desafíos culturales. 2. El solapamiento de jurisdicciones.

\* b.cremades@bcremades.com

\*\* d.cairns@bcremades.com

3. Derechos privados y objetivos públicos: A) El asunto de las recaudaciones regulatorias ("Regulatory Takings"); B) Confidencialidad y participación de terceros en un arbitraje inversor-Estado; C) "Forum Shopping" y abusos de procedimiento. 4. La independencia de los árbitros. 5. Orden público. IV. CONCLUSIÓN.

## I. INTRODUCCIÓN

El término globalización se ha convertido en un concepto definitorio de la época actual. Siendo inicialmente una expresión adecuada para captar el efecto combinado de las nuevas tecnologías y la liberalización del comercio en la actividad internacional, el concepto se ha expandido en la actualidad y se ha politizado hasta el punto de constituir una referencia diaria de los medios de comunicación. Ha sido descrita como la precursora de un nuevo orden mundial y se le ha acusado de opresión, explotación e injusticia. En las democracias occidentales, la globalización se ha convertido en protagonista de la protesta de masas y las actitudes con respecto a dicho fenómeno podrían convertirse rápidamente en la diferencia fundamental entre la denominada política de derechas y de izquierdas. "De hecho, el debate sobre la globalización ha sido descrito como *la mayor batalla ideológica acaecida en los umbrales del siglo XXI.*"<sup>(1)</sup>

La globalización ha sido definida como "... un proceso dinámico de creciente libertad e integración a nivel mundial de los mercados de trabajo, bienes, servicios, tecnología y capitales..."<sup>(2)</sup>. Las causas de la globalización son variadas, pero entre las más importantes se encuentran el desarrollo de nuevas tecnologías (especialmente en el ámbito de la comunicación) y una serie de acontecimientos internacionales de tipo político y económico que han originado la liberalización del comercio mundial. La globalización se caracteriza desde un punto de vista estructural por la corporación global (a menudo sin una clara identidad nacional), las organizaciones internacionales (tales como el Banco Mundial, el Fondo Monetario Internacional y la Organización Mundial del Comercio), la integración e interdependencia de los mercados financieros a nivel mundial y el comercio sin fronteras a través de Internet. A nivel tecnológico, sus características incluyen aceleración (las cosas se mueven con mayor rapidez de lo que nunca lo habían hecho), amplificación (un producto o una idea pueden alcanzar y tener efecto sobre un número de personas mucho mayor que hasta el momento), volatilidad, asimetría (los pequeños operadores pueden competir o actuar a nivel global), posibilidad de interconexión, descentralización, desintermediación (una

(1) JOSÉ CARLOS FERNÁNDEZ ROZAS, *Sistema del Comercio Internacional* (Civitas Ediciones, 2001).

(2) GUILLERMO DE LA DEHESA, *Comprender la Globalización*, Alianza Editorial, Madrid, 2000, en 17.

más directa comunicación entre el negocio y otras instituciones y clientes, así como entre clientes y usuarios finales), falta de localización y virtualidad (la desaparición de fronteras nacionales)<sup>(3)</sup>.

Los fundamentos conceptuales de la globalización están constituidos por una serie de libertades y en particular la libertad de comercio, la libertad de invertir capital y la libertad de establecimiento de negocios en otros países.

<sup>(4)</sup>Tal como lo explicaba Ibrahim F.I. Shihata, antiguo "Senior Vice President" y Asesor General del Banco Mundial y Secretario General del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones<sup>(5)</sup>.

"... La teoría dominante recomienda la mayor libertad posible en el movimiento transnacional de los factores de producción. Esto significa, en particular, la eliminación de restricciones cuantitativas de comercio, tales como permisos y contingentes de exportación, la reducción de tarifas y la libre admisión de capital y servicios. Este modo de enfocar la cuestión es considerado por sus defensores no sólo como la mejor forma de garantizar la competencia internacional, sino también de ofrecer el mecanismo más eficaz de asignación racional de recursos de nivel internacional sobre la base de una ventaja comparativa..."

La columna vertebral de la globalización está constituida por la inversión directa extranjera ("IDE"), que por lo general se compone de inversiones en capital por parte de una compañía en un país extranjero. La globalización ha hecho aumentar los flujos de IDE a un ritmo rápido; de hecho, la tasa de crecimiento compuesto de IDE entre 1985 y 1998 se ha estimado en casi un 14 por ciento anual. Las ventajas de la IDE para las naciones receptoras incluyen transferencia de tecnología, precios más bajos y mayor calidad de bienes y servicios, sueldos altos, mercados internos más competitivos y crecimiento económico en general. No obstante, la IDE recibe también acusaciones por parte de activistas del movimiento antiglobalización en el sentido de que a través suyo las empresas multinacionales trasladan actividades de un país a otro en busca de la mano de obra más barata posible, empobreciendo de este

(3) DAVID J. ROTHKOPP, *Foreign Policy in the Information Age*.

(4) GUILLERMO DE LA DEHESA, *Comprender la Globalización*, Alianza Editorial, Madrid, 2000.

(5) IBRAHIM F.I. SHIHATA, "Recent Trends Relating to Entry of Foreign Direct Investment", (1994) 9 *ICSID Rev.* 47 en 48, haciendo referencia a WORLD DEVELOPMENT REPORT, 1991, *The Challenge of Development* en 96-98. El señor Shihata pasó a considerar los requisitos de entrada y admisión de la inversión extranjera con arreglo a la legislación nacional, acuerdos para promoción y protección recíproca de inversiones de tipo bilateral y multilateral y Directrices de Grupo del Banco Mundial y sacó en conclusión que había "...una clara tendencia mundial hacia una mayor liberalización y globalización del comercio y de los programas de inversión... la tendencia hacia la liberalización resulta especialmente verdadera entre países en desarrollo y en fase de transición que, a diferencia de los desarrollados, habían tenido en general unas mayores restricciones..."

(6) Esta descripción de IDE se ha tomado de EDWARD M. GRAHAM, *Fighting the Wrong Enemy. Antiglobal Activists and Multilateral Enterprises* (Institute of International Economics, 2000) en 3-7.

(7) DE LA DEHESA, *supra*, en 17.

modo a los ciudadanos de un determinado lugar, causando daños al medio ambiente y no produciendo un beneficio duradero.<sup>(6)</sup>

Los espectaculares adelantos tecnológicos que han llevado a la globalización y el rápido crecimiento de la conciencia política, así como el debate sobre dicho fenómeno, hacen surgir la impresión de que la globalización constituye un fenómeno reciente. En realidad, los últimos años han visto la aparición no de un nuevo fenómeno, sino más bien de un aumento en el ritmo de desarrollo y en la conciencia política de un proceso de globalización que había estado en marcha durante un periodo de tiempo considerable. En efecto, se ha sugerido que el actual proceso de globalización habría comenzado de modo verosímil desde una fecha tan temprana como 1950.<sup>(7)</sup> Tampoco resulta necesario en absoluto añadir que el proceso no está completo.

## II. GLOBALIZACIÓN Y ARBITRAJE

Las pasadas cuatro décadas han constituido un periodo de expansión del arbitraje comercial internacional. Esta globalización del arbitraje comercial internacional comenzó con la *Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras*, Nueva York, 1958 ("Convención de Nueva York"). El éxito de esta Convención en términos del número de Estados adheridos, el respeto que ha conseguido de tribunales nacionales y su lograda redacción que no ha requerido modificación alguna, ha supuesto una sólida base para el posterior crecimiento del arbitraje comercial internacional y un influjo beneficioso sobre la armonización internacional de la legislación de arbitraje<sup>(8)</sup>. Hay que tener en cuenta que la Convención de Nueva York ha sido descrita por un experto como siendo quizás "... la instancia más efectiva de legislación internacional a lo largo de toda la historia del derecho mercantil..."<sup>(9)</sup>. La Convención de Nueva York se ha visto complementada por iniciativas de armonización regional tales como el *Convenio Europeo sobre Arbitraje Comercial Internacional*, Ginebra 1961, la *Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional*, Panamá 1975 y el *Tratado para la Armonización del Derecho de Negocios Africano* de 1993 (OHADA)<sup>(10)</sup>. Un fuerte impulso al proceso de armonización

(8) Acerca de la historia e importancia de la Convención de Nueva York ver en general los discursos fundamentales de PIETER SANDERS, GEROLD HERRMANN y ALBERT JAN VAN DER BERG en "Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards: 40 Years of the Application of the New York Convention" (1999) *ICCA Congress Series* Nº 9; RICHARD J. GRAVING, "Status of the New York Arbitration Convention: Some Gaps in Coverage but New Acceptances Confirm its Vitality", (1995), *10 ICSID Review* 1-53.

(9) SIR MICHAEL MUSTILL, "Arbitration: History and Background", (1989) *6 Journal of International Arbitration*, Nº 2, 44-56 en 49.

(10) Acerca de estos documentos ver EMMANUEL GAILLARD & SAVAGE *Fouchard Gaillard and Goldman On International Commercial Arbitration* (La Haya, 1999) párr. 273-300; VAN DEN BERG, "The New York Convention 1958 and the Panama Convention 1975: Redundancy or Compatibility?", (1989) *5 Arbitration International* 214-229.

internacional del derecho de arbitraje ha venido dado por la *Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional* concluida en 1985 y que en junio de 2000 constituía la base del derecho de arbitraje de treinta y nueve jurisdicciones diferentes. La creación en paralelo de la Ley Modelo en seis lenguas (árabe, chino, inglés, francés, ruso y español), así como la disponibilidad de jurisprudencia referente a dicha Ley Modelo en estas seis lenguas, a través de la Jurisprudencia en Textos CNUDMI o CLOUT, probablemente consolidarán su influjo armonizador.<sup>(11)</sup>

Los incrementos exponenciales de flujos de IDE requerían una protección más efectiva de la inversión extranjera y la figura del arbitraje pudo cubrir esta necesidad. El crecimiento moderno del arbitraje en el campo de la inversión extranjera se remonta al *Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados*, Washington 1965 ("Convención de Washington"), que estableció el Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones ("CIADI"). En un principio, la cantidad de trabajo realizado por el CIADI fue más bien escasa ya que el promedio fue sólo de un único caso al año durante los primeros veinte años de su existencia. Sin embargo, desde mediados de los años ochenta se ha producido un incremento de la actividad del CIADI y de su importancia debido al gran aumento de instrumentos internacionales que capacitaban a los inversores para utilizar los procedimientos CIADI en el arbitraje de las diferencias relativas a inversiones frente a Estados extranjeros. Entre los instrumentos multilaterales que prevén arbitrajes entre el inversor y el Estado se encuentran el *Acuerdo Sobre Energía* de 1994,<sup>(12)</sup> y tres importantes acuerdos multilaterales en el ámbito americano, el *Tratado de Libre Comercio de América del Norte* de 1992 ("TCLAN"),<sup>(13)</sup> el *Protocolo de Colonia para la Promoción y Protección*

(11) GEROLD HERRMANN, "The UNCITRAL Model Law - its background, Salient Features and Purposes", (1985) 1 *Arbitration International* 6-39

(12) El *Acuerdo Sobre Energía* fue firmado en Lisboa el 17 de diciembre de 1994 y entró en vigor el 16 de abril de 1998. Para el texto del Tratado ver (1995) 10 *ICSID Rev.* 258-361. A 21 de agosto de 2001, cuarenta y cuatro países y las Comunidades Europeas habían ratificado el *Acuerdo Sobre Energía*: ver en general el sitio web de la Conferencia Sobre Energía en <http://www.encharter.org/> El sector de la energía se caracteriza por la exposición de inversiones de capital inusualmente grandes en países extranjeros al riesgo político durante largos periodos de tiempo y de allí la necesidad de un acuerdo multilateral: ver en general THOMAS WÄLDE, "Investment Arbitration Under the Energy Charter Treaty-From Dispute Settlement to Treaty Implementation", (1996) 12 *Arbitration International* 429-466.

(13) El *Tratado de Libre Comercio de América del Norte* entre los Estados Unidos de América, Canadá y México fue firmado en diciembre de 1992 y entró en vigor el 1 de enero de 1994. Sustituyó al *Tratado de Libre Comercio U.S.A.-Canadá* que había entrado en vigor en 1989, pero no incluía a México ni estipulaba el arbitraje inversor-Estado. Las disposiciones de protección de la inversión (incluyendo el arbitraje) del TCLAN se incluyen en el Capítulo 11 (Artículos 1101-1139); ver <http://www.sice.oas.org/trade/nafta/naftatce.asp>

(14) *Protocolo de Colonia Para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones en el Mercosur*, entre Argentina, Brasil, Uruguay y Paraguay, firmado el 17 de enero de 1994; ver <http://www.sice.oas.org/trade/mrcsrs/decisions/AN1193.asp>

(15) *Tratado de Libre Comercio entre México, Colombia y Venezuela* que entró en vigor el 1 de enero de 1995; ver [http://www.sice.oas.org/Trade/G3\\_E\\_TOC.asp](http://www.sice.oas.org/Trade/G3_E_TOC.asp)

*Recíproca de Inversiones en el MERCOSUR* de 1991<sup>(14)</sup>; el *Tratado de Libre Comercio entre México, Colombia y Venezuela*<sup>(15)</sup>, con un cuarto acuerdo, *Área de Libre Comercio de las Américas*, actualmente en fase de negociación y constituyendo además un objetivo prioritario de la Administración Bush<sup>(16)</sup>. Ha habido asimismo un crecimiento exponencial de los Acuerdos para Promoción y Protección Recíproca de Inversiones ("APPRI"), de tal manera que a 1 de enero de 2000 había 1.857 APPRI que incluían a 173 países. Los APPRI normalmente incluyen estipulaciones referentes a la definición de una inversión extranjera (que en la mayor parte de los casos incluye activo material e inmaterial y a menudo propiedad intelectual), la admisión de inversiones, criterios de tratamiento nacional, de nación más favorecida y trato justo y equitativo, compensación por expropiación y arreglo de diferencias. Las disposiciones que contemplan el arbitraje Estado a Estado estipulan de forma casi invariable tanto el arbitraje Estado a Estado como inversor-Estado. En el caso de este último, se estipula habitualmente (a opción del inversor) el recurso a los tribunales competentes del Estado Parte o al arbitraje CIADI con arreglo a la Convención de Washington de 1965 (o a las Reglas CIADI Mecanismo Complementario, en su caso) o al arbitraje conforme a las Reglas de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional ("CNUDMI"). Estos hechos confirman que los arbitrajes inversor-Estado constituyen ahora una característica arraigada y extremadamente importante del moderno arbitraje comercial internacional<sup>(17)</sup>.

(16) Sobre la negociación del *Área de Libre Comercio de las Américas*, que implica a los treinta y cuatro miembros activos de la Organización de Estados Americanos ver [http://www.sice.oas.org/ftaa\\_e.asp](http://www.sice.oas.org/ftaa_e.asp)

(17) Ver SHIHATA & PARRA, "The Experience of the International Centre for Settlement of Investment Disputes", (1999) 14 ICSID Rev 299 en 303-306; UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT, *Bilateral Investment Treaties 1959-1999*, UNCTAD/ITE/IIA/2 (2000). Con arreglo al Artículo 25 de la *Convención de Washington* de 1965, el CIADI tiene jurisdicción sólo con respecto a diferencias "...entre un Estado Contratante (o cualquier subdivisión política u organismo público de un Estado Contratante acreditados ante el Centro por dicho Estado) y un nacional de otro Estado Contratante...". En 1978 CIADI estableció su denominado Mecanismo Complementario, regido por las Reglas de Mecanismo Complementario (*Reglas que rigen el Mecanismo Complementario para la Administración de Actuaciones por la Secretaría del Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones*) que le permiten a CIADI administrar a solicitud de las partes implicadas ciertas actuaciones entre Estados y nacionales de otros Estados que quedan fuera del ámbito de la *Convención de Washington* de 1965, incluyendo actuaciones al margen de la jurisdicción de CIADI "...puesto que ni el Estado Parte en la diferencia ni el Estado cuyo nacional es parte en la diferencia son un Estado Contratante..." (Artículo 2(a)).

(18) "...Las negociaciones de la Ronda Uruguay trataban de dos aspectos del comercio en bienes y servicios. En primer lugar, estaba el objetivo de aumentar el acceso al mercado mediante la reducción o eliminación de las barreras comerciales. Este objetivo fue cumplido mediante reducciones en tarifas, reducciones en el apoyo no tarifario a la agricultura, la eliminación de restricciones cuantitativas bilaterales y reducciones en las barreras al comercio de servicios. En segundo lugar, se encontraba el objetivo de aumentar la seguridad legal de los nuevos niveles de acceso al mercado. Las reglas, instituciones y procedimientos consolidados y ampliados constituyen las aportaciones de la Ronda al segundo objetivo...". GATT RESEARCH PAPER, *The Results of the Uruguay Round of Multilateral Trade Negotiations - Market Access for Goods and Services Overview of the Results* (Ginebra, 1994), disponible en el sitio web WTO en <http://www.wto.org/>

Un nuevo hito en la liberalización del comercio mundial se alcanzó en 1994 con la finalización de la Ronda Uruguay del GATT.<sup>(18)</sup> La Ronda Uruguay tuvo también por resultado el establecimiento de la Organización Mundial del Comercio el 1 de enero de 1995, cuyas funciones incluyen la regulación de un nuevo sistema de arreglo internacional de diferencias a través del Acuerdo para el Establecimiento del Conflicto (DSU) diseñado para resolver controversias entre Estados en relación con los Acuerdos resultantes de la Ronda Uruguay.<sup>(19)</sup> Las disposiciones para la resolución de diferencias contenidas en los APPRI, el éxito del CIADI y el establecimiento del DSU son la confirmación de una fuerte tendencia moderna al arreglo de diferencias comerciales y de inversión por medios jurídicos antes que de tipo diplomático, sobre la base de criterios de tratamiento nacional, de nación más favorecida y trato justo y adecuado, así como compensación por expropiación. Una preferencia similar por enfoques jurídicos antes que diplomáticos en relación con la resolución de diferencias internacionales, que ha realizado de forma notable el perfil del arbitraje internacional, ha sido también confirmada por algunos hechos *ad hoc*, tales como la labor desarrollada por el Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos.

El fenómeno de la globalización ha coincidido con una "... revolución...", en la protección internacional de los derechos humanos,<sup>(20)</sup> y pueden ser trazados algunos paralelismos entre acontecimientos en este terreno y el arbitraje comercial internacional. La liberalización del comercio y la aceptación de un arbitraje obligatorio en diferencias relativas a inversiones ha venido acompañando a menudo o ha seguido muy de cerca a las mejoras en el campo de los derechos civiles y políticos, como por ejemplo en algunos países latinoamericanos. La legislación de derechos humanos y la moderna legislación comercial comparten una preocupación común por la protección de los nacionales de un Estado dentro de la jurisdicción nacional de otro y en ambos sectores ha habido una tendencia creciente a una resolución de las diferencias de tipo jurídico antes que diplomático y, dentro de las nuevas estructuras jurídicas, al reconocimiento de derechos privados de acción por parte de los individuos frente a los Estados. De este modo, el derecho al arbitraje de un inversor extranjero frente a un Estado receptor con arreglo a un tratado de inversión multilateral o bilateral tiene su contrapartida de derechos humanos en peticiones privadas conforme al *Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos* o a la *Comisión Interamericana de Derechos Humanos*. Tanto el derecho mercantil como la legislación sobre derechos humanos se inspiran también en doctrinas legales internacionales establecidas, tales como el agotamiento de recursos y la denegación de justicia.

(19) Estos tratados incluyen el GATT, el Tratado General de Comercio de Servicios (GATS) y el Tratado sobre Aspectos relacionados con el Comercio de Derechos de la Propiedad Intelectual (TRIPS).

(20) THOMAS BUERGENTHAL, "The Human Rights Revolution", 23 *St. Mary's Law Journal* 3 (1991); THOMAS BUERGENTHAL, *Human Rights in a Nutshell* (2<sup>nd</sup> edition, West Publishing Co., 1995) en 20.

La globalización ha supuesto un estímulo en muchos aspectos importantes de la propiedad intelectual, incluyendo un papel de mayor contenido para el arbitraje. El desarrollo del arbitraje respecto a derechos de propiedad intelectual se ha visto tradicionalmente dificultado por dudas en cuanto a la posibilidad de someter a arbitraje ciertas diferencias referentes en particular a patentes y marcas registradas.<sup>(21)</sup> La inclusión de la propiedad intelectual en la definición de *inversiones* en algunos acuerdos de inversión multilaterales y bilaterales<sup>(22)</sup> confirma la posibilidad de someter a arbitraje estos derechos ante instituciones internacionales. El establecimiento del Centro de Mediación y Arbitraje OMPI (Organización Mundial de Propiedad Intelectual) hace previsible una relación más positiva entre propiedad intelectual y arbitraje en el futuro; el hecho de que el Centro de Mediación y Arbitraje OMPI no haya estado muy ocupado hasta el momento podría obedecer a las mismas razones ya expuestas en relación con el funcionamiento del CIADI en los años siguientes a su establecimiento. Globalización, propiedad intelectual y arbitraje han ido también de la mano en el ciberespacio, donde el arbitraje (en esta fase de forma relativamente rudimentaria) constituye la base de la legislación en desarrollo para la resolución de diferencias sobre el nombre de un dominio.

La institución privada de arbitraje con un carácter más global es la Corte de Arbitraje de la Cámara Internacional de Comercio de París, originariamente establecida en 1923.<sup>(23)</sup> La cantidad de trabajo continúa creciendo y actualmente recibe más de quinientas solicitudes de arbitraje cada año de cualquier lugar del mundo. Otras instituciones europeas de arbitraje establecidas hace tiempo, tales como la Corte de Arbitraje Internacional de Londres y el Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo han seguido prosperando, pero se les ha ido uniendo un número siempre creciente de nuevas instituciones de otras regiones del planeta. La Comisión Internacional de Arbitraje Económico y Comercial de China (CIE-TAC), establecida en 1956, es ahora el centro de arbitraje más activo del mundo, en términos de número de casos ya que no de su importancia, y entre las demás instituciones regionales de éxito hay que mencionar el Centro Regional de Arbitraje Comercial Internacional del Cairo, establecido en 1979 y el Centro de Arbitraje Internacional de Hong Kong, en 1985. Los anuncios de apertura de nuevos centros de arbitraje o Resolución Alternativa de Disputas ("ADR") aparecen de forma regular. En la práctica, el arbitraje ha entrado en lo que ha venido a describirse como una "... era competitiva...". Los Estados han modificado su legislación nacional y las instituciones han revisado sus normas para asegurarse de que continuarán atrayendo el gran negocio del arbitraje. La competencia entre las firmas de

(21) Ver WERNER, "Intellectual Property Disputes and Arbitration: A Comment on a Recent ICC Report", (1988) 1 *Journal World Intellectual Property* 841.

(22) Ver por ejemplo, Artículo 1(6) de *The Energy Charter Treaty* y Artículo 1 del *Colonia Protocol*.

(23) Para unos rasgos del trabajo de la Corte de Arbitraje de la CCI ver CRAIG, PARK AND PAULSON, *International Chamber of Commerce Arbitration* (3rd edition, 2000) capítulo 1.

abogados para obtener una mayor porción de la tarta del arbitraje es mayor que nunca. Se ha creado una floreciente industria de compañías que organizan una amplia gama de conferencias, reuniones y seminarios o que publican libros y revistas en relación con el arbitraje. Hay una sutil competencia entre los árbitros para obtener su designación. Tal y como ya se ha dicho antes "... puede entonces afirmarse que la competencia forma parte del hábitat natural del arbitraje globalizado..."<sup>(24)</sup>

La globalización ha venido fomentando la aparición de Organizaciones No Gubernamentales ("ONGs") como participantes con peso específico en los asuntos internacionales. Las ONGs son difíciles de definir con exactitud, pero suelen ser organizaciones sin ánimo de lucro dedicadas a cuestiones específicas (tales como los derechos humanos o el medio ambiente) o a representar intereses particulares (tales como grupos de trabajo, de negocios y profesionales). Sus actividades son de tipo amplio y variado, pero incluyen información, asesoramiento, control, "lobbying" y en general representar el punto de vista de sus miembros y la participación o pertenencia a niveles locales, nacionales o internacionales. A niveles internacionales, no resulta extraño ver a ONGs que se implican o tratan de implicarse en la defensa de nuevas iniciativas, formación de criterios, debate político y de medios, negociaciones multinacionales, redacción de tratados y reglamentos, así como en la búsqueda de un papel ante tribunales internacionales y mecanismos de cumplimiento. Su avance y crecimiento se han visto enormemente potenciados por los medios de comunicación y el uso de Internet. Ciertas ONGs son expertas en "*hacer pasillos*" y en la utilización de los medios para influir en la opinión pública y crear presión política, mientras que algunas de ellas defienden la protesta e incluso tácticas de confrontación.<sup>(25)</sup>

Hasta los años noventa, el comercio internacional y los acuerdos de inversión no atrajeron una gran atención de las ONGs, excepto en cuanto a grupos de comercio e industriales. Todo esto cambió con el debate sobre el TLCAN, que provocó la oposición de las ONGs medioambientales que temían que el libre comercio llevaría al traslado de negocios a México para evitar los controles medioambientales canadienses y americanos. La oposición de las ONGs al TLCAN se endureció cuando, de forma correcta o errónea, empezó a creerse que los inversores podrían utilizar las previsiones de resolución de las diferencias para soslayar las medidas de protección del entorno. Esta cuestión adquirió gran relieve en 1997, cuando la compañía Ethyl Corporation presentó una demanda contra el gobierno canadiense con arreglo a las disposiciones de protección de la inversión y de arbitraje del Capítulo 11 del TLCAN, argumentando

(24) BERNARDO M. CREMADES, *International Arbitration: A key to Economical and Political Development*, Conference Paper, 5<sup>th</sup> Biennial Dispute Resolution Conference, International Federation of Commercial Arbitration Institutions, 1999.

(25) Ver en general PALITHE T.B. KOHUNA, "The Role of Non-State Entities in the Making and Implementation of International Norms", (2001) 2 *Journal of World Investment* 537-578.

que un reglamento que prohibía un aditivo para la gasolina infringía el tratamiento nacional y las estipulaciones anti-expropiación. El gobierno canadiense retiró el reglamento y solucionó el caso, una vez que el Tribunal de Arbitraje dictó un laudo preliminar sobre jurisdicción.<sup>(26)</sup> Sin embargo, desde ese momento las ONGs medioambientales y de otro tipo han mantenido sospechas sobre el potencial de las disposiciones de arbitraje inversor-Estado del TLCAN para socavar medidas de protección del entorno y ahora controlan de forma activa y divulgan el desarrollo e implicaciones de los arbitrajes del TLCAN. Recientemente, su atención ha estado particularmente centrada en las reclamaciones de Methanex Corporation frente a los Estados Unidos con motivo de la prohibición por parte del Estado de California de otro aditivo para la gasolina, MTBE, y de Metalclad Corporation frente a México en relación con la concesión de un permiso para un peligroso vertedero de residuos.<sup>(27)</sup>

Ha surgido además recientemente un sector con connotaciones marcadamente radicales de grupos de protesta, normalmente con una estructura y un liderazgo más opacos, organizado a través de Internet, opuesto a la globalización y que ha protestado de viva voz e insistentemente. Estos grupos han elegido como blanco y boicoteado las conferencias internacionales relacionadas con el comercio tanto en Europa como en los Estados Unidos.

Este breve examen de la globalización y del arbitraje internacional no resultaría completo sin mencionar el fracaso del Acuerdo Multilateral de Inversiones ("AMI"). La negociación del AMI bajo los auspicios de la OCDE se inició en 1995 y su objetivo consistía en "...proporcionar un amplio marco multilateral de inversión internacional con altos estándares para la liberalización de regímenes de inversión y de protección a la inversión, con disposiciones efectivas para el arreglo de diferencias..."<sup>(28)</sup> El borrador AMI estipulaba el arbitraje tanto Estado a Estado como inversor-Estado.

Las negociaciones AMI acabaron sin acuerdo en diciembre de 1998. Las negociaciones se habían visto dificultadas por diversos problemas entre las partes, incluyendo la incapacidad para tratar cuestiones de incentivos a la inversión y fiscalidad, asuntos espinosos referentes a industrias de tipo cul-

---

(26) *Ethyl Corporation v. Government of Canada*, Laudo Preliminar sobre Jurisdicción de fecha 24 de junio de 1998. Para el texto del Laudo Preliminar (y las alegaciones) de esta reclamación ver <http://www.dfait-maeci.gc.ca/tna-nac/NAFTA-e.asp> Ver también HENRY C. ALVAREZ, "Arbitration Under the North American Free Trade Agreement", (2000) 16 *Arbitration International* 393-430, en 421-427.

(27) Ver en general EDWARD M. GRAHAM, *Fighting the Wrong Enemy: Antiglobal Activists and Multinational Enterprises* (Institute for International Economics, 2000) en 35-39. El arbitraje en el caso de *Methanex Corporation v. United States of America* se está llevando a cabo conforme a las reglas de arbitraje CNUDMI (Comisión de las Naciones Unidas para el derecho mercantil internacional) y se encuentra todavía en fase de realización; las alegaciones están disponibles "on-line" en el sitio web de Methanex en <http://www.methanex.com>. *Metalclad Corp. v. United Mexican States* se llevó a cabo de acuerdo con las Reglas CIADI Mecanismo Complementario y fue dictado un laudo definitivo a favor de Metalclad el 30 de agosto de 2000, que se encuentra disponible en <http://www.worldbank.org/iscid/cases/awards.htm>.

(28) Declaración OCDE 1995, tal como se cita en GRAHAM, *supra*, en 23.

tural y a la propiedad intelectual, así como debido a la falta de un apoyo fundamental de tipo político y empresarial. En 1997, en parte como consecuencia de la confrontación entre Ethyl Corporation y TLCAN, el AMI empezó a atraer una oposición significativa entre ONGs medioambientales y de consumidores, así como entre organizaciones laborales. Conforme la oposición fue creciendo, empezó a actuar como catalizador de todos los grupos opuestos a la globalización, dando como resultado protestas callejeras masivas contra el AMI en París, Ginebra y Washington.<sup>(29)</sup> De esta manera, las negociaciones AMI supusieron otro paso en la politización del arbitraje inversor-Estado, que se había convertido en ese momento en un objetivo institucional del desdibujado movimiento político conocido como antiglobalización.

Las presiones políticas sobre las instituciones globalizadoras se pusieron de manifiesto en la Declaración Ministerial de la 4ª Conferencia Ministerial de la Organización Mundial del Comercio ("OMC") que tuvo lugar en Doha, Qatar, en noviembre de 2001. Esta Declaración reconocía la necesidad de continuar "*promoviendo a nivel nacional y multilateral una mejor comprensión pública de la OMC y dando a conocer los beneficios de un sistema multilateral de comercio liberal y basado en normas*"<sup>(30)</sup>. De igual manera, reconocía que la relación entre los asuntos comerciales y la protección del medio ambiente requerían una mayor atención y que "*los objetivos de resguardar y salvaguardar un sistema multilateral de comercio abierto y no discriminatorio y de actuar para la protección del medio ambiente y la promoción del desarrollo sostenible pueden y deben apoyarse mutuamente*"<sup>(31)</sup>. Finalmente, la citada Declaración venía a confirmar de manera implícita la soberanía nacional de los Estados receptores al reconocer "*las razones a favor de un marco multilateral destinado a asegurar condiciones transparentes, estables y previsibles para las inversiones transfronterizas a largo plazo*", un marco que debería "*tener debidamente en cuenta las políticas y objetivos de desarrollo de los gobiernos receptores, así como su derecho a reglamentar en función del interés público*".<sup>(32)</sup>

Por último, la crisis económica de Argentina y la suspensión de pagos de su deuda externa en diciembre de 2001 presenta un nuevo reto para el sistema internacional de protección de la IDE. Durante la década de los noventa, Argentina promocionó activamente la IDE, ofreciendo protección a los inversores extranjeros a través de la suscripción de 56 APPRIIs y del Protocolo de Colonia. En el periodo inmediatamente subsiguiente a la sus-

(29) Sobre el contenido y el fracaso del Acuerdo Multilateral de Inversión ver GRAHAM, *supra*, capítulos 2 y 3, y YOSHI KODAMA, "Dispute Settlement Under the Draft Multilateral Agreement on Investment - The Quest for an Effective Investment, Dispute Mechanism and its Failure", (1999) 16 *Journal of International Arbitration* 45-88.

(30) DECLARACIÓN MINISTERIAL. Adoptada el 14 de noviembre de 2001. Organización Mundial del Comercio, Conferencia Ministerial, Cuarta Sesión, Doha; WT/MIN (01)/DECI, párrafo 10.

(31) DECLARACIÓN MINISTERIAL, *supra*, párrafos 6, 31-33.

(32) DECLARACIÓN MINISTERIAL, *supra*, párrafos 20-22.

pensión de pagos decretada en este país, se produjeron diversas declaraciones de líderes políticos y protestas callejeras en contra de los inversores extranjeros. El gobierno de Argentina se enfrenta ahora a la ardua tarea de mantener un equilibrio entre las obligaciones adquiridas para con los inversores extranjeros y las expectativas de un pueblo frustrado y altamente empobrecido. Argentina promulgó en enero de 2002 una serie de disposiciones legales de emergencia entre las que se incluían medidas que podrían considerarse como expropiatorias conforme a la definición actual de este criterio, si bien el derecho a una compensación fue también reconocido dentro de este paquete de medidas legales.<sup>(32\*)</sup> En cualquier caso, parece claro que el derecho soberano de Argentina a regular sus asuntos económicos en beneficio del interés público, al menos a corto plazo, va a prevalecer sobre los derechos de los inversores extranjeros. La crisis argentina también va a retrasar la negociación del "Acuerdo del Área del Libre Comercio de las Américas". Pero, fundamentalmente, esta crisis podría revelar y poner a prueba los límites políticos de la protección de las inversiones basada en los derechos conferidos por un tratado y ejecutados a través del arbitraje internacional.

## II. GLOBALIZACIÓN Y DOCTRINA ARBITRAL

La globalización del arbitraje comercial internacional ha venido acompañada y facilitada por varios acontecimientos doctrinales dentro del derecho de arbitraje. Algunos de los más importantes han sido los siguientes:

### 1. Autonomía de las partes y el cambiante papel de los tribunales nacionales en relación con el arbitraje internacional

La práctica del arbitraje internacional en las últimas décadas ha ido subrayando cada vez más el valor normativo de la autonomía de las partes, lo que supone un reconocimiento del valor de la libertad económica y en particular de la libertad de contratación. Esta última constituye asimismo una parte esencial de la globalización.

Para que la autonomía de las partes resulte una doctrina efectiva, deberá ser apoyada no sólo por árbitros e instituciones arbitrales sino también por jueces nacionales. Esto ha ocurrido de hecho y el papel de los tribunales nacionales frente al arbitraje comercial internacional ha cambiado en general del *control* al *autocontrol* y a *facilitar* el ejercicio efectivo de poderes por los tribunales arbitrales. La naturaleza complementaria de la autonomía de las partes y la restricción judicial ha sido explicada por Horacio A. Grigera Naón en los siguientes términos:<sup>(33)</sup>

(32\*) Ley de Emergencia Pública y de Reforma del Régimen Cambiario de 6 de enero de 2002 (Ley nº 25.561).

(33) HORACIO A. GRIGERA NAÓN, "Latin American Arbitration Culture and the ICC Arbitration

"...En otras palabras, para que se desarrolle una cultura del arbitraje comercial internacional habrá que desarrollar una cultura paralela, que favorezca la autonomía y proporcione apoyo al proceso de arbitraje comercial internacional, a nivel de las jurisdicciones nacionales. La evolución de una cultura del arbitraje comercial internacional se encuentra entonces íntimamente asociada al desarrollo de una cultura paralela, compartida por jurisdicciones nacionales a lo largo de todo el mundo, lo que minimiza la interferencia y maximiza el apoyo de los poderes judiciales nacionales respecto de los arbitrajes comerciales internacionales...

...  
Esto significa la creación de unos antecedentes legislativos y de políticas adelantadas por el poder judicial conducentes a facilitar el ejercicio de la autonomía de las partes en la formación de sus procedimientos arbitrales. Dichos antecedentes deberán por una parte proteger la esfera de la realización de pedidos privados de la interferencia de cortes y autoridades, mientras que por otra parte deberán poner a disposición el apoyo de aquellas cortes locales para permitir que las actuaciones arbitrales continúen al enfrentarse con la obstinación de una parte descontenta..."

Esta actitud moderna y de guante blanco de los tribunales nacionales es considerada en conclusiones doctrinales diversas como el reconocimiento general de la doctrina de la competencia y de la posibilidad de separación del acuerdo de arbitraje, la expansión del campo del sometimiento a arbitraje<sup>(34)</sup> y el desarrollo de la jurisdicción de árbitros respecto a la compensación provisional ("*interim relief*") y las medidas cautelares.<sup>(35)</sup> El mayor autocontrol de los tribunales nacionales respecto al arbitraje comercial internacional se considera asimismo, en el desarrollo doctrinal del concepto de orden público, como un motivo para rechazar la ejecución de un laudo arbitral.

Esta tendencia se ha visto reforzada por la Ley Modelo de la CNUDMI. Ello ha supuesto en ocasiones el final de una fuerte tradición de supervisión judicial del arbitraje, como en el caso de Inglaterra, o incluso de hostilidad hacia el arbitraje, como en el caso de Latinoamérica. En efecto, el abandono en Latinoamérica de la tradicional hostilidad hacia el arbitraje, incluyendo

---

System" en FROMMEL AND RIDER (ED), *Conflicting Legal Cultures in Commercial Arbitration* (Kluwer Law International, 1999) 117-146 en 120.

(34) "... es acertado decir que en un buen número de las principales jurisdicciones utilizadas para el arbitraje comercial internacional (v.gr. Suiza, Francia, Países Bajos, Estados Unidos) ha habido una creciente aceptación, en los últimos años, del sometimiento al arbitraje (al menos en el contexto de transacciones comerciales internacionales) de asuntos que en su momento se consideraron que estaban fuera del ámbito del arbitraje": ver ERIC A. SCHWATZ, "The Domain of Arbitration and Issues of Arbitrability: the View from the ICC", (1994) 9 ICSID Rev. 17-46 en 18.

(35) Ver, en general, EMMANUEL GAILLARD & SAVAGE, *Fouchard Gaillard and Goldman On International Commercial Arbitration*, (La Haya, 1999) párr. 1302-1345.

la Doctrina Calvo, ha estado expresamente relacionado con la aceptación de las filosofías económicas que constituyen la esencia de la globalización.<sup>(36)</sup>

## 2. "Desnacionalización" de la ley de arbitraje

El presente relajamiento del control de los tribunales nacionales sobre el arbitraje ha venido acompañado por la *desnacionalización* del derecho de arbitraje sustantivo y procesal<sup>(37)</sup>. Es ahora un hecho aceptado el que las partes puedan acordar que su diferencia se resuelva con arreglo a las reglas consuetudinarias de más de una jurisdicción<sup>(38)</sup> o a los principios de la *lex mercatoria*.<sup>(39)</sup> A falta de una elección de las partes de la ley aplicable, los Tribunales no se ven ahora sometidos a las reglas de conflictos de leyes de cualquier jurisdicción y son, a menudo, libres para escoger directamente (por "...*voie directe*") sin tener que acudir a las normas de conflicto<sup>(40)</sup>. Asimismo, actualmente se acepta que la ley de la sede del arbitraje no tiene por qué regir el procedimiento de dicho arbitraje, que podría no regirse por ley nacional alguna.<sup>(41)</sup>

## 3. Arbitrajes inversor-Estado

Un nuevo tipo de arbitraje comercial internacional ha surgido con el desarrollo del arbitraje inversor-Estado para la protección de la IDE. La diferencia fundamental entre esta nueva forma de arbitraje y el tradicional arbitraje comercial internacional se encuentra en que la legitimación del primero reside en los tratados bilaterales y/o multilaterales celebrados entre Estados, mientras que, por el contrario el segundo proviene de acuerdos privados. Esta característica junto con la involucración del Estado como parte dentro del proceso arbitral pone de manifiesto la relevancia del Derecho Internacional Público en los arbitrajes inversor-Estado. Se puede decir que

(36) ALEJANDRO A. ESCOBAR, "Introductory Note on Bilateral Investment Treaties Recently Concluded by Latin American States", (1996) 11 ICSID Rev. 86-93 en 86-87; HORACIO A. GRIGERA NAÓN, *supra*, en 122 y 128-9; HORACIO A. GRIGERA NAÓN, "Arbitration in Latin America: Overcoming Traditional Hostility", (1989) 5 Arbitration International 137-172, 188.

(37) Ver, en general, PIERRE MAYER, *The Trend Towards Delocalisation in the Last 100 Years*, HUNTER, MARRIOTT AND VEEDERS (EDS) *The Internationalisation of International Arbitration* (1995). 62-3.

(38) Por ejemplo, la doctrina del *tronc commun*: ver MAURO RUBINO-SAMMARTANO, "The Channel Tunnel and the Tronc Commun Doctrine", (1993) *Journal of International Arbitration*, No. 3. 59-65; *Channel Tunnel Group Ltd. v. Balfour Beatty Construction Ltd.* [1992] 2 All E.R. 609; (1993) XXVIII Y.B. Com. Arb. 446-456.

(39) Ver, en general, EMMANUEL GAILLARD & SAVAGE, *Fouchard Gaillard and Goldman On International Commercial Arbitration*, (La Haya, 1999) párr. 1443-1499; GAILLARD, "Thirty Years of Lex Mercatoria: Towards the Selective Application of Transnational Rules", (1996) 10 ICSID Rev. 208-231.

(40) Sobre el método de elección directa ver EMMANUEL GAILLARD & SAVAGE, *Fouchard Gaillard and Goldman On International Commercial Arbitration*, (La Haya, 1999) párr. 1552-1553; sobre el desarrollo de la práctica arbitral en este asunto ver DERAIS AND SCHWARTZ, *A Guide to the New ICC Rules* (Kluwer Law International, 1998) 221-224. El Artículo 28(2) de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional dispone: "Si las partes no indican la ley aplicable, el tribunal arbitral aplicará la ley que determinen las normas de conflicto de leyes que estime aplicables".

(41) Ver EMMANUEL GAILLARD & SAVAGE, *Fouchard Gaillard and Goldman On International Commercial Arbitration*, (La Haya, 1999) párr. 1169-1192.

se ha creado un nuevo campo híbrido de actividad arbitral situado entre el arbitraje privado y el arbitraje entre Estados.

Asimismo, el desarrollo del arbitraje inversor-Estado ha supuesto un cambio de determinadas actitudes fuertemente arraigadas, concretamente en lo que respecta a la actitud de los Estados que enfocaban las disputas con inversores extranjeros desde la perspectiva de la soberanía y de posibles excepciones basadas en la inmunidad de jurisdicción y de ejecución bajo la influencia de ideas como la Doctrina Calvo en Latino América. El deseo de participar en los beneficios del comercio internacional y de recibir inversiones extranjeras y asimismo un mayor conocimiento y confianza en el arbitraje internacional han hecho que los Estados estén más dispuestos a aceptar el arreglo directo y neutral de una diferencia mediante arbitraje en lugar de insistir en el recurso a sus tribunales nacionales o en el tratamiento de diferencias sobre la base Estado a Estado mediante vías diplomáticas.

El carácter *sui generis* de los arbitrajes inversor-Estado ha provocado la revisión y adaptación de algunos conceptos fundamentales referentes al arbitraje. Un reciente ejemplo de tal desarrollo doctrinal se refiere a la naturaleza del consentimiento al arbitraje, si lo hubiera, requerido con arreglo a instrumentos bilaterales y multilaterales que estipulan el arbitraje inversor-Estado. La cuestión reviste una considerable importancia sobre todo a efectos prácticos dado que la validez de la cláusula de sometimiento a arbitraje o acuerdo arbitral es requisito indispensable para proceder a la ejecución de un laudo conforme a lo dispuesto en la Convención de Nueva York. De la misma manera, el artículo 25 de la Convención de Washington requiere el "*consentimiento escrito*" de las partes para poder someter la disputa a la jurisdicción del CIADI.

El derecho a iniciar un arbitraje inversor-Estado proviene, como ya se ha mencionado, de un tratado bilateral o multilateral, ya que la mayoría de las veces no existe un contrato propiamente dicho entre las partes que contenga este derecho. De esta manera se trataría de un derecho unilateral que podría ser ejercitado por el inversor pero no así por el Estado. En este sentido, cabría preguntarse si se puede considerar que el derecho a iniciar un arbitraje bajo las características descritas proviene de un acuerdo arbitral o si nos encontramos ante una nueva forma de jurisdicción obligatoria. La respuesta que se puede ofrecer es que, actualmente, se reconoce que los arbitrajes inversor-Estado tienen su origen en un acuerdo arbitral entre las partes, si bien dicho acuerdo no necesita incluir un intercambio mutuo simultáneo de promesas por las partes. Un Estado que formalice un acuerdo para promoción y protección recíproca de inversiones de tipo bilateral o multilateral podrá efectuar una *oferta abierta* a inversores de otro Estado. La aceptación por parte del inversor de dicha oferta, y en consecuencia la formación del acuerdo de arbitraje, no se producirá hasta el momento en que el inversor comience el arbitraje. Este razonamiento fue explicado en el Laudo sobre Jurisdicción en *Lanco International Inc. v. The*

*Argentine Republic*<sup>(42)</sup> en referencia al laudo anterior en *American Manufacturing & Trading v. Republic of Zaire*<sup>(43)</sup> de la forma siguiente:

*"...el consentimiento a un arbitraje CIADI por parte de un Estado puede tener su origen en un acuerdo para promoción y protección recíproca de inversiones. En cuanto a esto, el laudo en American Manufacturing and Trading, Inc. v. Republic of Zaire (Laudo SINZA) establece ... que el consentimiento a los efectos del Artículo 25(1) se entiende que está dado por el Estado parte en la controversia en el acuerdo para promoción y protección recíproca de inversiones a partir del momento en que el Estado efectúa una invitación genérica a todos los inversores que sean nacionales del otro Estado Contratante para presentar el arreglo de sus posibles diferencias a la jurisdicción CIADI. Por el contrario, el consentimiento del inversor que sea un súbdito del otro Estado Contratante deberá ser otorgado por escrito por dicho inversor, ya que el consentimiento del Estado no resulta vinculante sobre el inversor.*

§ 44. *En el caso que nos ocupa, el consentimiento de Argentina procede del Tratado ARGENTINA-U.S.A., en el que Argentina efectuó una oferta genérica de sometimiento a arbitraje CIADI.*

...

*El consentimiento escrito por parte de Argentina queda establecido en el Tratado ARGENTINA-U.S.A.; en lo concerniente al inversor dicho consentimiento quedó establecido en su carta de 17 de septiembre de 1997 y en la solicitud de arbitraje, que fue presentada ante el ICSID el 1 de octubre de 1997..."*

El consentimiento mutuo, privity of contract, la existencia de un acuerdo arbitral y el comienzo del arbitraje podrían desarrollarse de manera simultánea dentro del marco de un arbitraje inversor-Estado.<sup>(44)</sup> 40 ILM 457 (March 2001).

Otro rasgo sobresaliente de los arbitrajes inversor-Estado es su carácter cuasi-público o al menos la existencia de un elemento público dentro del mismo. Esta característica choca con la naturaleza convencional del arbitraje, considerado como un mecanismo privado de resolución de disputas. La involucración del Estado dentro de este tipo de arbitrajes podría plantear cuestiones de responsabilidad política, toma de decisiones democrática y gobierno abierto. La falta de una frontera clara entre los intereses públicos

(42) ICSID ARB/97/6, *Decisión Preliminar sobre Jurisdicción* de 8 de diciembre de 1998; 40 ILM 457 (Marzo 2001).

(43) ICSID ARB/93/1; *XXII Y.B. Com. Arb. (1997) 60*.

(44) Sobre el consentimiento en los arbitrajes inversor-Estado ver: BERNARDO M. CREMADES "Arbitration in Investment Treaties: Public Offer of arbitration in Investment Protection Treaties" en BRINER, FORTIER, BERGER & BREDOW (EDS) *Law of International Business and Dispute Settlement in the*

y privados implicados en este tipo de arbitrajes, supone uno de los grandes retos y peligros con que se enfrenta el futuro del arbitraje comercial internacional.

#### 4. La posibilidad de aplicación del Derecho Internacional Público

Otro cambio resultante del crecimiento de los arbitrajes inversor-Estado es la reciente importancia adquirida por el derecho internacional público para el arbitraje comercial internacional. Los instrumentos de inversión bilateral y multilateral crean derechos del inversor basados en conceptos de derecho internacional público, tales como *expropiación, nación más favorecida y tratamiento nacional*. Es probable que estos instrumentos planteen también otros conceptos de derecho internacional público, tales como denegación de justicia, agotamiento de recursos y el ámbito de responsabilidad estatal. Se plantea ahora el desafío de un marco legal mucho más amplio para los profesionales del arbitraje comercial internacional.

#### 5. Cambios culturales en la práctica arbitral

El incremento de transacciones internacionales ha hecho aumentar de manera notable e ineludible la recíproca influencia de profesionales pertenecientes a diferentes tradiciones legales. Conferencias, talleres de trabajo y asociaciones profesionales tales como la "*International Bar Association*" han hecho aumentar todavía más las oportunidades de intercambio de ideas. Se ha podido percibir un incremento de la actividad académica centrada en el arbitraje comparado, que a su vez ha potenciado los intentos de identificar las mejores prácticas de arbitraje internacional y de armonizar reglas y prácticas de arbitraje. Un ejemplo de lo primero podría ser el debate sobre los deberes éticos de los árbitros,<sup>(45)</sup> y de lo segundo la armonización del procedimiento de arbitraje a través de la fusión y adaptación de elementos de derecho continental y el "*common law*" en el procedimiento de arbitraje, tal como puede verse por ejemplo en las *IBA Rules on the Taking of Evidence in International Commercial Arbitration*.<sup>(46)</sup>

Por último, la globalización ha aportado al arbitraje una nueva diversidad étnica y cultural de profesionales del Derecho y árbitros. Hasta hace muy poco, el arbitraje comercial internacional podía ser descrito como algo más bien elitista. Aquellos que se sometían a arbitraje esperaban la decisión de un profesional del derecho de reconocido prestigio de un país continental

21st Century (*Liber Amicorum Karl-Heinz Böckstiegel*) (Carl Heymanns Verlag KG, Köln, Berlín, Bonn, München, 2001) 149-164; JAN PAULSSON "Arbitration Without Privity" (1995)10 *ICSDI Review-Foreign Investment Law Journal* 232-257.

(45) Ver EMMANUEL GAILLARD & SAVAGE, *Fouchard Gaillard and Goldman On International Commercial Arbitration*, (La Haya, 1999) párr.1042-1047.

(46) El preámbulo de las 1999 *IBA Rules on the Taking of Evidence in International Commercial Arbitration* afirma que las reglas están particularmente previstas para los arbitrajes "...entre Partes pertenecientes a diferentes tradiciones legales...". Las reglas estaban previstas para reflejar una "...ar-

européico, casi siempre un profesor universitario. Esta situación ha cambiado de forma radical. La globalización ha supuesto la creación de la firma de abogados globalizada, por lo general de origen inglés o norteamericano, y estas grandes firmas han tenido una repercusión fundamental en la práctica del arbitraje internacional. Hay ahora instituciones de arbitraje y distinguidos profesionales especialistas en todas las partes del mundo.<sup>(47)</sup>

### III. NUEVOS RETOS DE LA GLOBALIZACIÓN PARA EL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL

#### 1. Desafíos culturales

Partiendo de los cambios que ha experimentado el arbitraje internacional, esta sección pretende identificar y discutir algunos de los desafíos más importantes a los que la globalización va a tener que enfrentarse. Concretamente, el arbitraje inversor-Estado presenta un número significativo de originales e interesantes cuestiones.

Si bien la cultura del arbitraje tiene ahora un carácter más verdaderamente global que con anterioridad, este proceso dista todavía mucho de ser completo y realmente hay algunos indicios de que su ulterior progreso se encuentra amenazado. En particular, se han expresado algunas preocupaciones de que el arbitraje internacional es demasiado "... occidental..." y se está convirtiendo en más legalista y de confrontación debido a la influencia de la práctica procesal de resolución de disputas de los Estados Unidos. Este ascendente conlleva el riesgo de convertir el proceso de preparación y análisis que realiza el asesor legal de todas las posibles implicaciones que el arbitraje tendría para su cliente en un fin en sí mismo, hasta el punto de que, tal y como memorablemente describió Jan Paulsson "reflexión e interiorización...desemboquen en una miasma de formalismo, discusiones procesales y volúmenes de papel que requieran vastos equipos de abogados incluso para digerir el propio proceso de preparación"<sup>(48)</sup>. Incluso el ideal del procedimiento obligatorio desde el punto de vista procesal en arbitraje, que es en sí mismo recomendable, ha sido firmemente abrazado por la comunidad arbitral y, aunque uno habría esperado que fuera universal antes que culturalmente específico, podría producir una

---

monización de los procedimientos que generalmente utilizaban el arbitraje internacional...": ver IBA WORKING PARTY, "Commentary on the New IBA Rules of Evidence in International Commercial Arbitration", (2000) *Business Law International* 14 de 15.

(47) Ver BERNARDO M. CREMADES, *International Arbitration: A key to Economical and Political Development*, Conference Paper, 5<sup>th</sup> Biennial Dispute Resolution Conference, International Federation of Commercial Arbitration Institutions, 1999.

(48) JAN PAULSSON *Lessons of the Last Decade: The Promise and Dangers of Globalisation and Practice Under de LCIA Rules* in HUNTER, MARRIOTT AND VEEDERS (ED.). *The Internationalisations of International Arbitration* (1995) at 61.

dinámica hacia la *legalización* de actuaciones y el *procedimiento de confrontación* ("adversarialism")<sup>(49)</sup>. En consecuencia, los procedimientos de arbitraje están llegando a ser más caros y prolongados que el propio litigio incluso y una buena parte de lo escrito con ocasión del milenio se dedicó a la amenaza que suponen para el arbitraje las formas de ADR.<sup>(50)</sup>

El procedimiento de confrontación ha sido duramente criticado por las propias jurisdicciones de "*common law*" que lo aplican debido a su alto coste económico, los retrasos que provoca y su complejidad<sup>(51)</sup>. El arbitraje internacional debe evitar caer en los mismos errores. La cultura de la confrontación ha favorecido el florecimiento de la industria de los ADR, que han rescatado con éxito conceptos tan familiares como conciliación o negociación, presentándolos como una alternativa a los Tribunales ordinarios e incluso al arbitraje. Conciliación y negociación han sido considerados en el pasado no como medios alternativos al arbitraje sino como mecanismos complementarios al arbitraje, esto es, que formaban parte de la práctica arbitral. La creación de una nueva clase de mediación y su inserción dentro del proceso arbitral a través de cláusulas de arbitraje blindadas introduce una nueva "capa" de profesionales en el marco del arbitraje, ya que los abogados ya no tienen ni el tiempo ni la disposición para ejercitar sus habilidades mediadoras o conciliadores tal y como antes se hubiera esperado de ellos. Una respuesta constructiva sería el análisis de las actitudes de confrontación que constituyen la verdadera raíz del problema.

Existe una asociación filosófica entre los valores de competencia y libre comercio dentro del ámbito de la globalización y la presunción esencial del sistema de confrontación de que la libre presentación o "*competencia*" entre las partes ante un juzgador imparcial constituye el medio más eficiente de descubrir la verdad. En efecto, un jurista estadounidense de primera línea ha descrito el sistema de confrontación como "*...laissez-faire de tipo forense...*"<sup>(52)</sup>. Cuando un asesor legal formula sus demandas y defensas con precisión, esto es, solicita "*discovery*"; careos; la obtención de órdenes procesales por parte del Tribunal sólo cuando es estrictamente necesario; selecciona únicamente las pruebas y los argumentos más relevantes; analiza de manera fría y racional la evidencia y presenta ante el tri-

---

(49) Ver Y. TANIGUCHI, *Is there a Growing International Arbitration Culture? An Observation from Asia*; VAN DEN BERG, (ed) "International Dispute Resolution: Towards an International Arbitration Culture", *ICCA Congress Series Nº 8*, 31-40 en 37.

(50) Ver por ejemplo F.S. NARIMAN, "The Spirit of Arbitration", (2000) *16 Arbitration International* 261-278"; MARTIN HUNTER, "International Commercial Dispute Resolution. The Challenge of the Twenty-first Century", (2000) *16 Arbitration International* 379-392.

(51) Ver LORD WOOLF *Interim Report to the Lord Chancellor on the Civil Justice System of England and Wales* (1995). Sobre las críticas de Lord Woolf's al procedimiento de confrontación y sus reformas a través de nuevas reglas de procedimiento civil, ver DAVID J.A. CAIRNS, "England's Procedural Revolution and Procedures Under Wolf", (2000) *New Zealand Law Journal* 323 y 395.

(52) JEROME FRANK, *Courts on Trial: Myth and Reality in American Justice*, (Princeton University Press, 1949), Capítulo VI.5.

bunal refinadas y acertadas alegaciones, entonces debería obtener un correcto resultado. Muchos profesionales no dudan de que ésta es exactamente la práctica que realizan, sin embargo, no es ésta la apreciación que tiene un árbitro. En cualquier caso, el éxito de un "*laisser-faire de tipo forense*" depende en gran medida de la profesionalidad, autocontrol y voluntad de ser constructivos de los abogados implicados en el proceso arbitral. Si éste no es el enfoque, entonces los árbitros deberán estar preparados para imponer su voluntad dentro del procedimiento amparándose en la presunción de que las partes, al convenir un acuerdo arbitral, acordaron que el arbitraje debería ser conducido de una manera ordenada y constructiva.

Sin embargo, últimamente son los abogados, y no las partes implicadas o los árbitros, los que ejercen un control efectivo sobre el arbitraje moderno. El incremento del número de profesionales implicados en el arbitraje moderno que, sin embargo, no son especialistas en este campo, implica, inevitablemente, que se intente dotar al arbitraje internacional de características propias de los sistemas legales de donde provienen estos grupos. De esta manera, el hecho de que el sistema procesal anglosajón exija una profusa involucración legal con la subsiguiente correspondencia lucrativa para los profesionales del derecho, ha podido suponer un incentivo para modelar el arbitraje internacional a su imagen y semejanza. Así las cosas, el arbitraje internacional podría perder, en última instancia, el interés que tiene para el comercio internacional, a salvo del mercado norteamericano, si se empieza a parecer demasiado a la práctica procesal estadounidense, por lo que es imperativo y necesario que la comunidad del arbitraje internacional continúe trabajando en la línea de mantener las ventajas históricas del arbitraje tales como la flexibilidad del procedimiento. Debe, asimismo, evitar un excesivo refinamiento procesal. Debe buscar activamente la incorporación de las características legales más relevantes y útiles de los distintos sistemas legales. Todo ello sin perder de vista el objetivo de revitalizar la doctrina del componedor amigable.

La creciente legalización del arbitraje internacional y su naturaleza "confrontadora" viene a exacerbar el riesgo de un posible rechazo del arbitraje por culturas que se sienten excluidas por él con el consiguiente riesgo de incrementar la reticencia de los tribunales nacionales de algunas regiones a la ejecución de laudos arbitrales y, de un modo más general, de provocar el desplome de las aspiraciones universales del arbitraje internacional dentro de los bloques regionales<sup>(53)</sup>. Las sinceras palabras de Ahmed Sadek El-Kosheri en la Conferencia ICCA de Seúl en 1996 suenan como un aviso saludable:

---

(53) Cf. JAN PAULSSON *Lessons of the Last Decade: The Promise and Dangers of Globalisation and Practice under the LCIA Rules* en HUNTER, MARRIOTT AND VEEDER (ED.) *The Internationalisation of International Arbitration* (1995) 62-3

"... En general, la comunidad jurídica a lo largo del mundo árabe sigue todavía manifestando su hostilidad frente al arbitraje transnacional... La actitud continuada de ciertos árbitros occidentales, caracterizada por una falta de sensibilidad hacia las leyes nacionales de países en desarrollo y su aplicación preceptiva, ya sea debido a la ignorancia, descuido o a injustificados complejos psicológicos de superioridad, afectó de forma negativa al entorno legal requerido para promover el concepto de arbitraje en el ámbito de las relaciones internacionales de negocios..."

El distinguido orador concluyó expresando la esperanza "...de que la era de una "cultura del arbitraje" universal, menos formalista y más liberada de sus lazos existentes con la "cultura del litigio" occidental, no se encuentre lejos de nosotros..."<sup>(54)</sup>

En consecuencia, resulta ahora más importante que nunca el que los abogados expertos en arbitrajes aprecien diferentes perspectivas culturales en la resolución de las diferencias y el que no insistan en doctrinas consabidas y en reglas procedentes de sus sistemas legales nacionales. El árbitro moderno necesita ser consciente de los diferentes factores culturales, pero también elevarse por encima de ellos y poder transmitir confianza a las partes acerca de su imparcialidad y neutralidad. En pocas palabras, debe haber una aproximación más interactiva al arbitraje.<sup>(55)</sup>

## 2. El problema del solapamiento de jurisdicciones y sus remedios

Hay cuatro posibles fuentes legales en una controversia inversor-Estado, que incluyen un buen número de diferentes mecanismos de resolución de diferencias:

(i) *Derecho internacional*: En determinadas circunstancias, los inversores pueden tener derecho a la protección diplomática de sus Estados de origen. El Estado de origen podrá ejercer protección diplomática respecto a un inversor cuando dicho inversor haya sufrido un daño y agotado sus recursos en los tribunales nacionales del Estado receptor, pero se le haya denegado justicia con arreglo a los principios del derecho internacional.<sup>(56)</sup>

(54) AHMED SADEK EL-KOSHERI. *Is there a Growing International Arbitration Culture in the Arab-Islamic Juridical Culture?* en VAN DEN BERG (ed) *International Dispute Resolution: Towards an International Arbitration Culture*, ICCA Congress Series Nº 8, 47-48, en 48; ver también ABDEL HAMID EL-AHDAB, "How Well is the Arbitral System performing in Investment disputes? The View of the Arab Countries", (2001) 2 *Journal of World Investment* 199-202 ("... los países árabes consideran que el sistema de arbitraje en las diferencias relativas a inversiones es una jurisdicción extranjera en manos de árbitros y abogados extranjeros y que los laudos son extranjeros, incluso si la ley aplicable es la de los países árabes..." en 200).

(55) Ver en general BERNARDO M. CREMADES, "Overcoming the Clash of Legal Cultures: The Role of Interactive Arbitration", en FROMMEL AND RIDER (eds.) *Conflicting Legal Cultures in Commercial Arbitration* (Kluwer Law International, 1999) 147-168.

(56) IAN BROWNLIE Q.C., *Principles of Public International Law*, (5ª ed, OUP, 1998) 548-553.

(ii) *Tratados de inversión o APPRI de tipo bilateral y multilateral*: Tales tratados constituyen una fuente autónoma de derechos, en particular derecho a tratamiento nacional, de nación más favorecida y trato justo y equitativo, un derecho a indemnización en caso de expropiación y un derecho a arbitraje internacional, normalmente conforme a la Convención de Washington, el Mecanismo Complementario del CIADI o las Reglas de Arbitraje CNUDMI. Existe un notable desequilibrio de derechos entre inversores y Estados establecido por estos tratados puesto que hay derechos muy limitados a favor de los Estados frente a inversores extranjeros y en particular no existe derecho de arbitraje. El derecho de arbitraje a favor del inversor proviene de "...la oferta abierta..." que hace el Estado a través de un tratado; por el contrario, si el Estado Parte desea iniciar un arbitraje frente al inversor, deberá haber un acuerdo convencional de arbitraje. En términos de Hohfeld, con arreglo a lo dispuesto en los acuerdos para promoción y protección recíproca de inversiones de tipo bilateral y multilateral, el inversor tiene un *derecho* a arbitrar una diferencia relativa a inversiones como Demandante y el *privilegio* de arbitrar una diferencia relativa a inversiones como Demandado, mientras que el Estado Parte *no tiene derecho* a arbitrar como Demandante y sí una *obligación* de arbitrar como Demandado.<sup>(57)</sup>

(iii) *Legislación local*: Tanto el inversor como el Estado tienen derechos y deberes con arreglo a la legislación local del Estado receptor, incluyendo la legislación local relativa a contratos e inversiones. Las diferencias se resolverán en los tribunales administrativos del Estado receptor.

(iv) *Contratos*: Podría haber también un contrato entre el inversor y el Estado receptor (o una empresa estatal en el Estado receptor). Este podría disponer la resolución exclusiva de diferencias en los tribunales nacionales, en los tribunales administrativos o a través del arbitraje comercial internacional o bien no efectuar estipulación alguna al respecto.

Esta multiplicidad de fuentes legales y de mecanismos de resolución de diferencias crea un riesgo real de solapamiento y de duplicación de reclamaciones. Este riesgo ha sido reconocido en cierta medida y examinado tanto en la Convención de Washington como en los tratados de inversión. Así, el Artículo 27 de la Convención de Washington estipula, en efecto, que si un inversor utilizase la Convención para entablar un arbitraje, renunciará entonces a su derecho a protección diplomática.<sup>(58)</sup> Además, muchos acuer-

(57) WESLEY NEWCOMB HOHFELD, "Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning", (1913) 23 *Yale Law Journal* 16-59.

(58) El Artículo 27 dice lo siguiente:

(1) Ningún Estado Contratante concederá protección diplomática ni promoverá reclamación internacional respecto de cualquier diferencia que uno de sus nacionales y otro Estado contratante hayan consentido en someter o hayan sometido a arbitraje conforme a este Convenio, salvo que este último Estado Contratante no haya acatado el laudo dictado en tal diferencia o haya dejado de cumplirlo.

dos para la promoción y protección recíproca de inversiones requieren una elección irrevocable por parte de un inversor entre arbitraje internacional y tribunal nacional o bien una renuncia expresa a otros procedimientos de arreglo de diferencias como una condición precedente para acceder al arbitraje inversor-Estado. Es el caso del Artículo 8 del APPRI Francia-Argentina estipula una elección:<sup>(59)</sup>

*"1. Toda controversia relativa a las inversiones, en el sentido del presente acuerdo, entre una Parte Contratante y un inversor de la otra Parte Contratante será, en la medida de lo posible, solucionada por consultas amistosas entre las dos partes en la controversia.*

*2. Si la controversia no hubiera podido ser solucionada en el término de seis meses a partir del momento en que hubiera sido planteada por una u otra de las partes, será sometida, a pedido del inversor:*

*- o bien a las jurisdicciones nacionales de la Parte Contratante implicada en la controversia;*

*- o bien al arbitraje internacional...*

*Una vez que un inversor haya sometido la controversia a las jurisdicciones de la Parte Contratante implicada o al arbitraje internacional, la elección de uno u otro de esos procedimientos será definitiva."*

El Artículo 1121 del TLCAN establece una renuncia:

*"Artículo 1121: Condiciones previas al sometimiento de una reclamación al procedimiento arbitral*

*1. Un inversionista contendiente podrá someter una reclamación al procedimiento arbitral de conformidad con el artículo 1116, sólo si:*

...

*(b) el inversionista ... renuncia a su derecho a iniciar o continuar cualquier procedimiento ante un tribunal administrativo o judicial conforme al derecho de cualquiera de las Partes u otros procedimientos de solución de controversias ... salvo los procedimientos en que se solicite la aplicación de medidas precautorias de carácter suspensivo, declaratorio o extraordinario, ..."*

A pesar de estos mecanismos, el solapamiento de las fuentes legales ha ido creando complejidades de fondo en los arbitrajes inversor-Estado y es

(2) A los efectos de este Artículo, no se considerará como protección diplomática las gestiones diplomáticas informales que tengan como único fin facilitar la resolución de la diferencia.

(59) Acuerdo entre el Gobierno de la República Argentina y el Gobierno de la República Francesa para la Promoción y la Protección Recíproca de las Inversiones, 3 de julio de 1991 (traducción).

probable que continúe haciéndolo así. Por ejemplo, *Waste Management Inc. v. United Mexican States*<sup>(60)</sup> implicaba la oportuna aplicación del Artículo 1121 del TLCAN, donde el Demandante solicitaba indemnización frente a México por pretendidos incumplimientos del TLCAN por parte de varias entidades mexicanas de propiedad estatal (incluyendo una entidad llamada BANOBRAS y el Ayuntamiento de Acapulco). Previamente, el Demandante había iniciado un pleito contra BANOBRAS en los tribunales mexicanos y también un procedimiento de arbitraje frente al Ayuntamiento de Acapulco, sobre la base de la legislación municipal mexicana. El Demandante presentó la renuncia requerida por el Artículo 1121 del TLCAN con la siguiente cláusula adicional:<sup>(61)</sup>

*"...La presente renuncia no será de aplicación, sin embargo, a ningún tipo de procedimientos de solución de controversias implicando alegaciones de que el Demandado ha infringido obligaciones impuestas por otras fuentes legales, incluyendo la legislación municipal de México."*

Al recibir la solicitud del CIADI de que aclarase esta renuncia, el Demandante declaró:<sup>(62)</sup>

*"...Sin derogación de la renuncia requerida por el TLCAN Artículo 1121, los aquí Demandantes exponen su entendimiento de que la anterior renuncia no será de aplicación a ningún tipo de procedimientos de solución de controversias implicando alegaciones de que el Demandado ha infringido obligaciones impuestas por fuentes legales que no sean el Capítulo Once del TLCAN, incluyendo la legislación municipal de México."*

El Gobierno de México hizo constar que una renuncia en estos términos no cumplía el Artículo 1121 del TLCAN y que por tanto el Tribunal carecía de jurisdicción. El Tribunal, por mayoría, falló a favor del Gobierno de México.

En opinión de la mayoría, la posibilidad de un solapamiento de hecho entre las medidas precautorias adoptadas en los procedimientos nacionales y el arbitraje del TLCAN era suficientemente alta como para rechazar la reclamación. La mayoría razonó de la forma siguiente:<sup>(63)</sup>

*"...A los efectos de considerar como válida una renuncia que, por otra parte, es una condición previa al sometimiento de una reclamación a arbitraje, no se impone conocer el fondo de la cuestión sometida a arbitraje sino la comprobación de que las acciones ejercitadas ante foros internos afectan directamente al arbitraje en cuanto que tienen por objeto medi-*

(60) ICSID Case ARB (AF)/98/2, *Laudo Arbitral de fecha 2 de junio de 2000*, con informe en (2000) 15 ICSID Rev. 214

(61) *Laudo Arbitral de fecha 2 de junio de 2000*, (2000) 15 ICSID Rev. 214 en 219

(62) *Laudo Arbitral de fecha 2 de junio de 2000*, (2000) 15 ICSID Rev. 214 en 221

(63) *Laudo Arbitral de fecha 2 de junio de 2000*, párrafo 27; (2000) 15 ICSID Rev. 214 en 235-236

das que también se alegan en el presente procedimiento arbitral como presuntas violaciones del TLCAN. El término 'presuntamente' ('alleged', en su versión inglesa) que se contiene en la redacción del artículo 1121 es claramente indicativo del ámbito en el que hemos de situarnos en un momento procesal en el que el arbitraje se encuentra en una fase muy poco avanzada y, por lo tanto, los elementos de comparación que han de utilizarse a la hora de verificar el cumplimiento de la renuncia son las presuntas o supuestas violaciones del TLCAN invocadas por la Demandante y las acciones efectivamente ejercitadas ante otros foros en ese momento...

En efecto, es posible contemplar que existan acciones iniciadas ante un foro nacional que no se refieran a las medidas presuntamente violatorias por un Estado parte del TLCAN, en cuyo caso sería factible que estas acciones convivieran en forma simultánea con un procedimiento arbitral al amparo del TLCAN. Sin embargo, cuando ambas acciones tengan su fundamento legal en las mismas medidas, entonces no podrían las dos continuar bajo el inminente riesgo de que pudiera obtener la parte reclamante un doble beneficio en la reparación de los daños. Esto último es precisamente lo que pretende evitar el artículo 1121 del TLCAN.

En el supuesto que nos ocupa, este Tribunal entiende que los procedimientos internos iniciados por ACAVERDE se enmarcan dentro de la prohibición del artículo 1121 TLCAN en cuanto se refieren a medidas que también son invocadas en el presente procedimiento arbitral como violatorias de disposiciones del TLCAN, cuales son, el incumplimiento con las obligaciones de garante asumidas en virtud de un contrato de línea de crédito que obligaba a BANOBRAS a hacer frente a las facturas impagadas por el municipio de ACAPULCO y el incumplimiento de éste último en cuanto al pago de las referidas facturas.

El solapamiento que se puede producir entre dos fuentes legales como son un tratado internacional y un contrato, es un riesgo que se encuentra presente en los arbitrajes inversor-Estado. Cuestiones jurisdiccionales de importancia han surgido en al menos dos decisiones recientes, donde un APPRI ha otorgado al inversor un derecho a acudir a un arbitraje CIADI, mientras que un contrato de concesión entre el inversor y una entidad estatal ha estipulado que los tribunales administrativos nacionales tendrán competencia exclusiva sobre las diferencias entre las partes. A nivel conceptual, este aparente conflicto entre un APPRI y un contrato de concesión es fácil de resolver: si el inversor tratase de hacer valer un derecho concedido por el APPRI, entonces el foro adecuado o juez natural será un Tribunal de Arbitraje (CIADI o CNUDMI); no obstante, si el inversor tratase de hacer valer un derecho contractual, prevalecerá entonces la cláusula de jurisdicción de los tribunales administrativos en el contrato de concesión y el juez natural estará constituido entonces por los tribunales nacionales. Desde un

punto de vista conceptual, el problema es incluso más sencillo si el contrato de concesión no es con el propio Estado sino con una entidad estatal, ya que las diferentes fuentes legales crean derechos no sólo en distintos *foros*, sino también frente a diferentes Demandados: (a) un APPRI reclama (arbitraje comercial internacional) frente al propio Estado; y (b) un contrato de concesión reclama (ante los tribunales nacionales) frente a la entidad estatal.

A pesar de esta simplicidad conceptual, los problemas surgen cuando unos mismos hechos sirven de apoyo tanto a reclamaciones APPRI como de contrato de concesión. En *Compañía de Aguas del Aconquija, S.A. and Vivendi Universal v. Argentine Republic*<sup>(64)</sup> el Tribunal decidió que las reclamaciones APPRI implicaban alegaciones que equivaldrían también a infracciones del Contrato de Concesión, que era un asunto dentro de la exclusiva competencia de los tribunales nacionales y que resultaba “...imposible que el Tribunal distinga o separe violaciones del APPRI de violaciones del Contrato de Concesión sin antes interpretar y aplicar las disposiciones detalladas de ese acuerdo. En virtud de la cláusula 16.4, las partes del Contrato de Concesión asignaron esa tarea expresa y exclusivamente a los Tribunales en lo Contencioso Administrativo de [una provincia del Estado Demandado]”.<sup>(65)</sup> El Tribunal declaró que los Demandantes sólo podrían proseguir una reclamación conforme al APPRI (presumiblemente sobre la base de una falta de tratamiento justo y equitativo) una vez que hubieran agotado sus recursos en los tribunales nacionales del Estado Demandado y sufrido allí una denegación de justicia. El citado Laudo está sujeto a procedimientos de anulación, pero, cualquiera que sea el resultado de los procedimientos de anulación, el Laudo es una demostración excelente de la complejidad que resulta de las diferentes fuentes legales cuando se trata de disputas inversor-Estado.

### 3. Derechos privados y objetivos públicos

El arbitraje comercial internacional es desde un punto de vista convencional una forma de resolución privada, si no siempre confidencial, de diferencias. En consecuencia, sólo las partes en el acuerdo de arbitraje tienen algún tipo de derecho a participar, los árbitros aplican la ley y usos de comercio aplicables y no necesitan entrar a analizar cuestiones más amplias de orden público (excepto en casos excepcionales, como corrupción por ejemplo). Por su parte, la ejecución del laudo afecta sólo a las partes en el arbitraje. Sin embargo, el moderno procedimiento de arbitraje inversor-Estado no es compatible con este modelo de arbitraje. El arbitraje inversor-Estado ha obligado ya a realizar una nueva caracterización del concepto de “acuerdo de arbitraje”, tal como se ha indicado más arriba, y pueden ser esperadas

(64) ICSID Case Nº ARB/97/3, *Laudo del Tribunal de 21 de noviembre de 2000*, 40 ILM 457-(2001).

(65) *Laudo del Tribunal de 21 de noviembre de 2000*, página 3

adaptaciones ulteriores, sobre todo a la luz del hostil criticismo de ONGs y grupos antiglobalización atraído por algunos arbitrajes inversor-Estado de alto nivel.

El mero hecho de que un arbitraje inversor-Estado implique la participación de un Estado en el proceso, significa que suscita cuestiones públicas y no simplemente privadas. El potencial del mecanismo de arbitraje inversor-Estado para descubrir un conflicto entre las obligaciones de libre comercio de un Estado y los objetivos de política social competidora complica la tarea de un Tribunal de Arbitraje. Examinemos, por ejemplo, las siguientes descripciones del arbitraje con arreglo a las disposiciones reguladoras del arbitraje inversor-Estado del TCLAN de un artículo publicado en el en el New York Times<sup>(66)</sup>:

*"... Sus reuniones son secretas. Sus miembros son generalmente desconocidos. Las decisiones que toman no pueden ser reveladas en su totalidad. Sin embargo, la forma en que un pequeño grupo de tribunales internacionales trata las diferencias entre inversores y gobiernos extranjeros ha llevado a que leyes nacionales sean revocadas, sistemas judiciales puestos en duda y regulaciones del entorno cuestionadas. Y todo ello en nombre de la protección de los derechos de los inversores extranjeros conforme al Tratado Norteamericano de Libre Comercio..."*

Estas objeciones de pérdida de soberanía, falta de transparencia y de un mecanismo de control de los árbitros y la subversión de la política, en particular de la medioambiental, de instituciones de elección democrática a causa de tribunales internacionales de arbitraje, representan un desafío al que la comunidad de arbitraje internacional debe hacer frente y, si fuera necesario, debe atender mediante la adaptación de sus instituciones y prácticas.

Este desafío no debería ser infravalorado. Los representantes de un amplio abanico de intereses en la comunidad internacional se han planteado si el libre comercio no ha ido demasiado lejos y demasiado rápido. En este sentido se han pronunciado desde los alborotadores callejeros del movimiento antiglobalización, a ONGs y líderes empresariales y políticos exigiendo una aproximación "*...más ética*" a las cuestiones comerciales o "*globalización con una cara humana*". Existe un reconocimiento generalizado ahora institucionalizado de la conveniencia de ejercer un control más político sobre la globalización<sup>(67)</sup>. Estas preocupaciones han recibido una considerable cobertura en los medios y han afectado a las negociaciones y a la política comerciales. Tienen además implicaciones directas para el arbitraje internacional que la comunidad de arbitraje debería afrontar. Algunas posi-

(66) *Nafta's Powerful Little Secret; Obscure Tribunals Settle Disputes, but Go Too Far, Critics Say.* THE NEW YORK TIMES, 11 de marzo de 2001, pg. 3.

(67) Ver JOSÉ CARLOS FERNÁNDEZ ROZAS. *Sistema de Comercio Internacional* (Ediciones Civitas, 2001). Capítulo V.

bles líneas de desarrollo dirigidas a superar lo que se podría denominar como "el reto de la credibilidad pública" se exponen a continuación.

A) El asunto de la expropiación indirecta o las recaudaciones regulatorias ("*Regulatory Takings*")

Goza de un amplio apoyo el principio de derecho internacional de que un Estado sólo podrá expropiar propiedad extranjera si se garantiza una indemnización rápida, adecuada y eficaz, pero la regla no deja de tener sus salvedades.<sup>(68)</sup> Cualquier incumplimiento de este principio ha sido tratado tradicionalmente a través de contactos diplomáticos. No obstante, los acuerdos de inversión multilaterales y bilaterales incluyen ahora de forma casi invariable una disposición garantizando una indemnización en caso de que un inversor sufra una expropiación promovida por un Estado Parte y han creado por tanto un derecho de acción, ejecutable mediante arbitraje, frente a Estados por expropiación<sup>(69)</sup>. Por ejemplo, el Artículo 1110 del TCLAN dispone:

"...1. Ninguna de las Partes podrá nacionalizar ni expropiar, directa o indirectamente, una inversión de un inversionista de otra Parte en su territorio, ni adoptar ninguna medida equivalente a la expropiación o nacionalización de esa inversión (expropiación), salvo que sea:

- (a) por causa de utilidad pública;
- (b) sobre bases no discriminatorias;
- (c) con apego al principio de legalidad y al Artículo 1105(1); y
- (d) mediante indemnización conforme a los párrafos 2 a 6.

2. La indemnización será equivalente al valor justo de mercado que tenga la inversión expropiada inmediatamente antes de que la medida expropiatoria se haya llevado a cabo..."

Esta amplia definición incluye expropiación "...directa..." e "...indirecta...", así como medidas "...equivalentes a ... expropiación..." Este lenguaje manifiesta una intención de que el Artículo 1110 pudiera proteger las inversiones de algo más que una adquisición física directa, tal como la nacionalización. La inclusión de una expropiación "...indirecta..." y de medidas "equivalentes a" expropiación suscita entonces la cuestión de en qué medida el Artículo 1110 (y disposiciones similares en APPRI's) es de aplicación a lo que en Estados Unidos se conoce como *Recaudaciones Regulatorias*.

(68) Ver en general IAN BROWNLIE Q.C., *Principles of Public International Law*, (5<sup>th</sup> ed, Oxford University Press, 1998) 533-538.

(69) Sobre cláusulas de expropiación en APPRI's ver en general DOLZER AND STEVENS *Bilateral Investment Treaties* (The Hague, 1995), capítulo 4.

Una recaudación regulatoria es una reducción en el valor de un activo como consecuencia de una regulación gubernamental<sup>(70)</sup>. Una estipulación en un tratado de inversión multilateral o bilateral que prohíba la expropiación "...indirecta...", combinada con disposiciones de arbitraje inversor-Estado le otorga a un inversor la capacidad de recusar aquellos reglamentos que reduzcan el valor de su activo. La interposición de un arbitraje sobre esta base no se dirige a cuestionar la legitimidad del poder ejecutivo a la hora de emitir este tipo de regulaciones gubernamentales y no necesariamente pretende impugnar los objetivos políticos de las mismas. Sin embargo, la distinción entre una demanda dirigida a obtener compensación y una demanda basada en la presunta ilegalidad de estas regulaciones no siempre es fácil, sobre todo cuando se trata de materias medioambientales, de sanidad y seguridad pública etc. En última instancia, un arbitraje de estas características puede presentar al Tribunal algunas cuestiones de alto contenido político.

El Artículo 1110 fue interpretado y aplicado en *Metalclad Corporation v. United Mexican States*<sup>(71)</sup>. Este arbitraje trataba de la construcción de un peligroso vertedero de desechos que había sido autorizado por el gobierno federal. El proyecto provocó protestas públicas y manifestaciones. Posteriormente, las autoridades municipales denegaron los necesarios permisos de construcción y el Gobernador del Estado de San Luis Potosí calificó el área como de reserva ecológica, lo que tuvo el efecto de impedir para siempre la operación del vertedero. El Tribunal decidió que esta conducta constituía expropiación con arreglo al Artículo 1110, explicando el significado de expropiación en los siguientes términos:

"... 103. Por lo tanto, la expropiación en el TLCAN incluye no sólo la confiscación de la propiedad de manera abierta, deliberada y con conocimiento de causa, tal como una confiscación directa o una transferencia formal u obligatoria de títulos a favor del Estado receptor, pero también una interferencia disimulada o incidental del uso de la propiedad que tenga el efecto de privar, totalmente o en parte significativa, al propietario del uso o del beneficio económico que razonablemente se esperaría de la propiedad, aunque no necesariamente en beneficio obvio del Estado receptor..."

La imprecisión del término "expropiación indirecta" provoca incertidumbre entre hombres de negocios, representantes del gobierno y sus asesores legales sobre todo en lo que se refiere a la delimitación de la frontera

(70) Sobre la terminología utilizada en este campo ver RUDOLF DOLZER "Indirect Expropriation of Alien Property", (1996 1 ICSID Review-Foreign Investment Law Journal 41-65 en 44; DOLZER AND STEVENS *Bilateral Investment Treaties* (The Hague, 1995) 98-102; sobre el asunto de la deducción regulatoria, con particular referencia al debate AML, ver GRAHAM, *supra*, 41-46.

(71) *Metalclad Corp. v. United Mexican States*, (ICSID Case Nº. ARB(AF)/97/1). El laudo definitivo de 30 de agosto de 2000 está disponible en <http://www.worldbank.org/icsid/cases/awards.htm>

entre lo que sería una regulación legítima que no lleve aparejada el derecho a compensar y una recaudación regulatoria o expropiación indirecta.

Esta indefinición incrementa la probabilidad de que surjan disputas que se sometan a arbitraje y, consecuentemente, se dicten laudos que traten (al menos aparentemente) los conflictos surgidos entre las obligaciones derivadas de la actividad comercial y las decisiones políticas de carácter social o doméstico. Estos laudos serán inevitablemente esgrimidos con fines políticos, lo que reavivará las quejas, ya familiares, sobre el procedimiento arbitral, sobre sus "reuniones secretas", "tribunales anónimos" y, en general, el temor de que se produzca una erosión en la democracia o la soberanía de un Estado.

El amplio y al mismo tiempo ambiguo derecho de compensación por expropiación de los inversores extranjeros ha provocado y continuarán provocando protestas de grupos que se sirven de la regulación doméstica para llevar avanzar en sus agendas políticas, tales como grupos de medioambiente y sanidad. El argumento de falta de un mecanismo de control democrático dentro del proceso arbitral puede ser fácilmente esgrimido por estos grupos y por políticos nacionalistas y activistas antiglobalización como una eficaz herramienta para sus propósitos.

Asimismo, el problema de credibilidad al que se enfrentan los arbitrajes inversor-Estado surge en gran medida porque tanto constitucional como políticamente, las implicaciones públicas derivadas del derecho de compensación por expropiación no encuentran "acomodo" dentro de una institución privada.

No debe desconocerse la importancia de esta cuestión. Bien es cierto, que hasta la fecha, los arbitrajes más controvertidos sobre expropiación han tratado cuestiones relacionadas con el medio ambiente. Sin embargo no debe descartarse la posibilidad de que este tipo de problemas surjan también dentro del contexto de cualquier actividad económica objeto de regulación. Concretamente, la inclusión en los APPRIs de la propiedad intelectual dentro de la definición de "inversión" podría suscitar cuestiones particularmente delicadas. Un claro ejemplo son las patentes farmacéuticas que recientemente han atraído la atención de los medios de comunicación debido a los efectos que han provocado sobre el precio y la accesibilidad de drogas contra el SIDA en África. Por su parte, naciones superpobladas de otras partes del mundo como India y Brasil han buscado durante cierto tiempo el equilibrio entre la protección de las patentes farmacéuticas y un acceso más barato a las medicinas, favoreciendo sobre todo a este último. Por su parte, algunos países de la OECD tienen políticas de precios farmacéuticas basadas en un sistema de precios de referencia a través del cual los productos farmacéuticos con el mismo o similar efecto terapéutico tienen el mismo precio independientemente de su posición de patente. De acuerdo a estos sistemas, las nuevas drogas que se patenten deberán ajus-

tarse en materia de precios a los de los productos no patentados, lo que impedirá a los fabricantes obtener el beneficio que reporta este tipo de monopolios, necesario, por otra parte, para cubrir los gastos de investigación y desarrollo de estas empresas. El propósito de estos sistemas quedaría desvirtuado si esta situación se planteara ante un tribunal arbitral y se decidiera compensar al fabricante por la pérdida de estos beneficios o, lo que es lo mismo, una reducción en el valor de su activo. Por ello, este tipo de cuestiones deberían ser resueltas, a través de negociaciones comerciales internacionales o a través de procesos políticos democráticos a un nivel doméstico y no acudiendo a un tribunal arbitral.

A un nivel más amplio, el llamado riesgo país o el riesgo de un cambio legislativo adverso es inseparable de la actividad comercial. Los inversores extranjeros deberían tener en cuenta la existencia de este peligro a la hora de invertir; por ejemplo, una compañía farmacéutica que invierte en un país con un sistema de precios de referencia, no debería de poder buscar compensación por expropiación cuando se produce una decisión regulatoria desfavorable para sus productos. Existen también sistemas de seguros para cubrir los riesgos políticos derivados de la inversión extranjera<sup>(72)</sup>. En definitiva, debería prestarse más atención a la búsqueda de medios alternativos para cubrir los costes que suponen para los inversores extranjeros las recaudaciones regulatorias, reduciendo de esta manera la exposición política a la que está sometido el arbitraje internacional.

El abanico de cuestiones que se pueden plantear ante un tribunal arbitral a la hora de decidir sobre la llamada expropiación indirecta es una muestra de la influencia que ha tenido la globalización en el arbitraje internacional, desplazando su tradicional función de medio privado y consensual de resolución de disputas. Sin embargo, los riesgos del arbitraje de ser víctima de su propio éxito a la vista del alud de demandas por expropiación indirecta exponen una vez más su talón de Aquiles en lo que se refiere a la falta de credibilidad democrática o control público. Es altamente significativo que la reciente declaración Ministerial de la OMC que se celebró en Doha, Qatar, mostrara la necesidad de confirmar el derecho de los Estados receptores a "reglamentar en función del interés público"<sup>(73)</sup>; el arbitraje internacional no debe minar este derecho. Existe la posibilidad real de que produzca una reacción violenta en contra del arbitraje internacional si los árbitros no reconocen y enfrentan las limitaciones políticas de su papel como tales.<sup>(74)</sup> Lo que se requiere ahora de los árbitros es la utilización de nuevos criterios de sensibilidad política y económica y la habilidad de tratar con argumentos

(72) Ver RUDOLF DOLZER "Indirect Expropriation of Alien Property", (1986) 9 *ICSID Review-Foreign Investment Law Journal* 41-65 at 56-58.

(73) DECLARACIÓN MINISTERIAL. Adoptada el 14 de noviembre de 2001, Organización Mundial del Comercio, Conferencia Ministerial, Cuarta Sesión, Doha; WT/MIN(01)/DECI, párrafos 20-22.

(74) Cf. JAN PAULSSON, "Arbitration without Privity", (1995) 10 *ICSID Review-Foreign Investment*

legales en un contexto apropiado. Estas facultades exigirán asimismo la reconceptualización de algunas facetas del arbitraje; ya se han llevado a cabo algunas tentativas en este sentido sobre todo en lo que se refiere a las reglas de confidencialidad y participación de terceros en los arbitrajes inversor-Estado.

#### B) Confidencialidad y participación de terceros en un arbitraje inversor-Estado

La reserva del arbitraje crea ulteriores sospechas en casos controvertidos de Recaudaciones Regulatorias. Provoca críticas de que se trata de un proceso secreto y poco democrático, lo que está perjudicando la imagen tanto de la liberalización comercial como del arbitraje. Complica asimismo las obligaciones de presentación de informes de las multinacionales de tipo global a sus inversores y a las bolsas (respecto a asuntos que podrían ser de suficiente entidad como para afectar al valor de la compañía) y también la comunicación de información de Estado conforme a legislación de "derecho público a estar informado", tal y como dispone la Ley de Libertad de Información ("*Freedom of Information Act*") en los Estados Unidos.<sup>(75)</sup> El Tribunal de Arbitraje en el procedimiento de arbitraje de *Metalclad* reconoció que no había obligación explícita de confidencialidad con arreglo al TCLAN o a las reglas del Mecanismo Complementario del CIADI (aplicables en este caso), pero expresó sin embargo, en interés "...del desenvolvimiento ordenado del procedimiento de arbitraje..." y "...del mantenimiento de relaciones de trabajo entre las partes...", un deseo de que dichas partes durante las actuaciones "...limitasen ambas la discusión pública del caso a un mínimo, sujeto sólo a cualquier obligación de comunicación de información externamente impuesta por la cual una u otra de ellas pudiera resultar legalmente obligada ..."<sup>(76)</sup> Aunque este criterio es más liberal que gran parte de la legislación de arbitrajes o que muchas reglas institucionales, no resulta todavía suficientemente abierto para las especiales circunstancias de los arbitrajes inversor-Estado.

---

*Law Journal* 232-257 at 257: "...futuras perspectivas... pueden depender de si los gobiernos nacionales- muchos de los cuales pueden no haberse dado cuenta de las implicaciones derivadas de las obligaciones que imponen los tratados que se están discutiendo en este artículo- se asustan y dan marcha atrás. A su vez, esta circunstancia puede depender del grado de sofisticación mostrado por los árbitros cuando son llamados a dictar una sentencia sobre acciones gubernamentales. Un incidente aislado provocado por un árbitro aventurero que traspasa el campo de su jurisdicción en un caso delicado puede bastar para generar un retroceso..."

(75) En ARB (AF)/99/2 *Mondev International v. United States of America*, los Estados Unidos recibieron una solicitud conforme a la Ley de Libertad de Información para la comunicación de ciertos documentos presentados durante las actuaciones. El demandante se opuso a su comunicación. El Tribunal ha dictado dos órdenes en relación con este asunto (de fecha 25 de enero de 2001 y 27 de febrero de 2001) pero estas órdenes no han sido publicadas hasta el momento).

(76) *Metalclad Corporation v. United Mexican States*, Laudo de 30 de agosto de 2000, *supra*, párrafo 13.

Las críticas perjudiciales de excesivo secretismo podrían ser en parte contrarrestadas mediante el reconocimiento de un derecho público de información en las cláusulas de resolución de diferencias en acuerdos para promoción y protección recíproca de inversiones de tipo bilateral y multilateral. Esto podría limitarse respecto de la información comercial verdaderamente sensible, pero el hecho de que un asunto esté sujeto a arbitraje no debería proporcionar motivos para una presunción ya sea de confidencialidad o de reserva. La presunción en interés de la confianza pública en el arbitraje inversor-Estado, a no ser que la confidencialidad pueda ser justificada en todo o en parte y sea ordenada por el Tribunal, debería consistir entonces en que las partes tuvieran libertad para publicar el laudo y otras ordenes del Tribunal, las propuestas de ambas partes y documentación varia referente al arbitraje.

La Comisión de Libre Comercio del TCLAN ha tratado recientemente de difundir críticas sobre el secreto de los arbitrajes internacionales exactamente de esta manera. En sus *Notas de Interpretación de Ciertas Disposiciones del Capítulo 11*, publicadas el 31 de julio de 2001,<sup>(77)</sup> la Comisión efectuó la siguiente declaración:

*"...Habiendo revisado el funcionamiento de actuaciones efectuadas con arreglo al Capítulo Once del Tratado de Libre Comercio de América del Norte, la Comisión de Libre Comercio asume por el presente las siguientes interpretaciones del Capítulo Once para aclarar y reiterar el significado de algunas de sus disposiciones:*

*A. Acceso a documentos*

*1. No hay nada en el TCLAN que imponga un deber general de confidencialidad a las partes que sometan una diferencia a un arbitraje con arreglo al Capítulo Once y, sujeto a la aplicación del Artículo 1137(4), nada en el TCLAN impide a las partes facilitar el acceso público a documentos que hayan sido presentados a un tribunal con arreglo al Capítulo Once o que hayan sido emitidos por éste.*

*2. En aplicación de lo anterior:*

*a) Conforme al artículo 1120(2), las Partes en el TCLAN acuerdan que nada en las reglas de arbitraje pertinentes impone un deber general de confidencialidad o impide a las Partes que faciliten el acceso público a documentos que hayan sido presentados a tribunales con arreglo al Capítulo Once o que hayan sido emitidos por éstos, apar-*

(77) Ver Departamento de Asuntos Exteriores y Comercio Internacional de Canadá en <http://www.dfait-maeci.gc.ca/tna-nac/NAFTA-Interpr-e.asp>. Sobre el papel de la Comisión de Libre Comercio compuesta por representantes de ministeriales de Estados Unidos, Canadá y Méjico o sus delegados, ver TLCAN, artículo 2001. Las interpretaciones de la Comisión de Libre Comercio son obligatorias para los tribunales arbitrales: ver artículo 1131 (2).

te de las limitadas excepciones específicas expresamente establecidas en aquellas reglas.

b) Cada Parte acuerda poner a disposición del público de forma oportuna en cuanto al tiempo todos los documentos que hayan sido presentados a un tribunal con arreglo al Capítulo Once o que hayan sido emitidos por éste, sujeto a la redacción de:

(i) Información confidencial de negocios;

(ii) Información que tenga carácter privilegiado o de otro modo protegida frente a su divulgación con arreglo a la ley nacional de dicha Parte; y

(iii) Información que la Parte deba retener con arreglo a las reglas de arbitraje pertinentes, tal como se apliquen..."

Lo que queda fuera del alcance de la información pública es la estipulación de cierta implicación pública por parte de grupos especiales de interés. El TCLAN reconoce que la regla habitual de que sólo las partes en un arbitraje pueden participar no resultaría adecuada en el contexto de un acuerdo multilateral, al disponer que un Estado miembro del TCLAN podrá "...plantear argumentos a un Tribunal sobre una cuestión de interpretación del presente Acuerdo" en casos en los que no sea parte.<sup>(78)</sup> No obstante, la legislación de algunos países permite a grupos con un especial interés en pleitos que incluyan cuestiones de interés público plantear argumentos en calidad de *amicus curiae*<sup>(79)</sup>, suscitando la cuestión de hasta qué punto este procedimiento podrá resultar adecuado en una diferencia inversor-Estado. Este tema ha sido recientemente explorado en el arbitraje del TCLAN *Methanex Corporation v. United States of America*.

El caso *Methanex* planteó la cuestión de si una ley del Estado de California, que prohíbe el uso de un aditivo para la gasolina MTBE, suponía una infracción del Artículo 1110 del TCLAN. El Tribunal recibió dos solicitudes pidiendo permiso para presentar escritos *amicus curiae* ante el mismo. El primer escrito era del Instituto Internacional de Desarrollo Sostenible (International Institute for Sustainable Development: "IISD"), una ONG canadiense de investigación, normas de actuación y defensa, cuyos objetivos incluyen recomendar políticas comerciales y de inversión que promuevan un desarrollo sostenible. IISD basó su petición en "...la necesidad de

(78) El Artículo 1128 del TLCAN dispone:

"Artículo 1128: Participación de una Parte

Previa notificación escrita a las partes contendientes, una Parte podrá presentar comunicaciones a un tribunal sobre una cuestión de interpretación de este Tratado".

(79) Para una revisión del papel que juega la figura del *amicus curiae* ante los tribunales nacionales e internacionales, ver DINAH SHELTON, "The Participation of Non-Governmental Organisations in International Judicial Proceedings", (1994) 88 *American Journal of International Law* 611-642.

tener en cuenta los principios legales del desarrollo sostenible... El reconocimiento de este requisito permanece ausente de las alegaciones presentadas hasta la fecha por las partes...". IISD sostenía también que conceder el permiso para escritos *amicus curiae* ayudaría a "...evitar la percepción pública del procedimiento con arreglo al Capítulo 11 del TLCAN como algo cerrado, falta de transparencia y unilateral y que no está dispuesto a tener en cuenta las cuestiones medioambientales en juego en los casos presentados ante él..." La segunda petición era una solicitud conjunta por parte de las ONGs denominadas "Comunidades por un Mejor Entorno", "Instituto de la Tierra" y el "Centro de Derecho Internacional del Entorno" que argumentaban que el arbitraje suscitaba cuestiones de importancia constitucional en referencia al equilibrio entre autoridad gubernamental para aplicar reglamentos referentes al medio ambiente y derechos de propiedad<sup>(80)</sup>. El demandado (los Estados Unidos de América) y Canadá apoyaron en principio las comparecencias *amicus curiae* en arbitrajes del TLCAN, mientras que México se opuso a ellas.

El Tribunal declaró que la amplia discreción procesal proporcionada por el Artículo 15(1) de las Reglas de Arbitraje CNUDMI para "...dirigir el arbitraje de aquella manera que considere adecuada..." incluía la facultad de aceptar alegaciones *amicus curiae*. Sin embargo, el Tribunal denegó posteriores solicitudes de los demandantes de efectuar presentaciones verbales en la audiencia (que el Tribunal afirmaba era incompatible con el Artículo 25(4) de las Reglas de Arbitraje CNUDMI) o de recibir copias de documentos originados durante el arbitraje. Al dictar estos fallos, el Tribunal reconocía explícitamente la importancia del interés público en el arbitraje:<sup>(81)</sup>

"...Hay un interés indudablemente público en este arbitraje... El interés público en este arbitraje tiene su origen en su contenido, tal como se sugiere de forma convincente en las Peticiones. Existe también un argumento más amplio, tal como lo sugieren el Demandado y Canadá: el procedimiento de arbitraje con arreglo al Capítulo 11 podría resultar beneficiado al ser percibido como más abierto o transparente o, a la inversa, resultar perjudicado si fuera considerado como excesivamente confidencial. En este aspecto, la aprobación del Tribunal a la recepción de presentaciones *amicus curiae* podría servir de apoyo al procedimiento en general y a este arbitraje en particular, mientras que una denegación global podría causar verdadero daño..."

(80) Un documento orientativo sobre la solicitud IISD, su petición, las presentaciones de los gobiernos de Estados Unidos, Canadá y México y la Decisión del Tribunal se encuentra disponible en el sitio web IISD en <http://iisd.ca/pdf/trade-methanex-background.pdf>.

(81) *Methanex Corporation v. United States of America*, Decision of the Tribunal on Petitions From Third Persons to Intervene as Amici Curiae, de fecha 15 de enero de 2001, párrafo 49. A una decisión similar se llegó recientemente en *United Parcel Service of America v. Government of Canada*, Decisión of the Tribunal on Petitions for Intervention and Participation as Amici Curiae, de fecha 17 de octubre de 2001 (disponible en <http://www.state.gov/documents/organization/6033.pdf>). En este caso, el Tribunal, después de consultar con las partes, decidió que tenía poder para aceptar alegaciones escritas *amici*.

La decisión *Methanex* constituye un valioso precedente en el arbitraje internacional. Para poder mantener la confianza pública en los arbitrajes inversor-Estado, deberá ser reconocida la facultad de recibir presentaciones de terceros, aunque (como en el caso *Methanex*) dicha facultad deba ejercerse con cuidado y con la debida consideración a los derechos procesales de las partes.

c) *Forum Shopping* y abusos de procedimiento

La proliferación de instrumentos de inversión multilateral y bilateral crea el riesgo de que los inversores extranjeros puedan obtener de hecho una mayor protección para sus inversiones que los inversores nacionales. Esto, a su vez, podría parecer que sirve de apoyo al argumento, utilizado por grupos políticamente opuestos a la globalización, de que el arbitraje internacional favorece los intereses extranjeros en detrimento de los nacionales. Un ejemplo de este problema potencial tiene que ver con la protección normalmente otorgada por los tratados de inversión frente a la expropiación.

Constituye un principio de derecho internacional (tal como se indica más arriba) el que la propiedad de los extranjeros no debería ser expropiada sin indemnización. Hay una protección similar frente a la expropiación en la legislación nacional de un buen número de jurisdicciones (por ejemplo, la Quinta Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos<sup>(82)</sup>). Sin embargo, en otras muchas jurisdicciones no existe tal protección (Nueva Zelanda, por ejemplo<sup>(83)</sup>), lo que crea una dimensión política adicional a los arbitrajes que implican a inversores extranjeros y también un incentivo para los inversores, consistente en tratar de entrar indirectamente en una jurisdicción a través de otra para mejorar la protección de su inversión.

Un ejemplo de este tipo de problemas fue recientemente considerado por el Tribunal en *Banro American Resources, Inc. v. Democratic Republic of Congo*.<sup>(84)</sup> Este arbitraje tuvo su origen en un contrato minero entre una compañía canadiense ("*Banro*") y el gobierno del Congo. El acuerdo estipulaba que cualquier controversia entre el Estado, por una parte, y *Banro* y su filial congoleña *Sakima* sería sometida a arbitraje CIADI. El acuerdo disponía asimismo que *Banro* podía transferir sus acciones en *Sakima* a cualquier compañía matriz o filial, en cuyo caso el cesionario estaría sujeto a todos los derechos y obligaciones procedentes del acuerdo. Sin embargo, hay que señalar que Canadá no es parte de la Convención de Washington y por lo tanto un Tribunal CIADI (conforme al Artículo 25 del Convenio) care-

(82) La prohibición referente a la expropiación sin indemnización en la Quinta Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos de América dice lo siguiente: "Ninguna persona será...privada de su vida, libertad o propiedad sin el debido procedimiento legal; ni la propiedad privada será asumida para uso público sin la adecuada indemnización..."

(83) Ver RT.HON.SIR GEOFFREY PALMER, *Westco Langan v. A-G*, (2001) NZLJ 163-168.

(84) ICSID Case Nº. ARB/98/7, *Laudo sobre Jurisdicción de fecha 1 de septiembre de 2000*.

cería de jurisdicción sobre cualquier diferencia entre un Estado parte y un súbdito canadiense. Después de producirse una controversia con arreglo al contrato minero, Banro transfirió su participación en Sakima a Banro American, una filial de Estados Unidos, y nueve días después empezó un arbitraje CIADI en nombre de Banro American, contando con su nacionalidad norteamericana (siendo los Estados Unidos parte de la Convención de Washington). Casi al mismo tiempo, Banro consiguió también una intervención diplomática por parte del gobierno canadiense.

La República Democrática del Congo impugnó la jurisdicción del Tribunal sobre la base, *inter alia*, de que la transferencia de acciones fue "...tramada..." para crear una jurisdicción que de otro modo no existía. El Tribunal le dio la razón, declarando que una compañía multinacional no puede manipular su nacionalidad en una diferencia relativa a inversiones, de forma que pueda servirse tanto de la protección diplomática con arreglo al derecho internacional como de la jurisdicción de resolución de diferencias CIADI. El Tribunal efectuó la siguiente declaración<sup>(85)</sup>:

"... 103. Las consecuencias jurídicas asociadas al hecho de si un Estado es parte o no en el Convenio CIADI son, como puede verse, de fundamental importancia y una vez ponderadas las consecuencias será cuando un Gobierno lleve a cabo la decisión de adherirse al Convenio CIADI o de permanecer fuera del sistema. Puesto que Canadá efectuó la opción de no llegar a ser parte en el Convenio, tiene libertad para proporcionar protección diplomática a sus ciudadanos que inviertan en el extranjero. De forma semejante, podrá estar sujeto a intervención diplomática por parte de aquel Estado del que un inversor extranjero sea súbdito. El Grupo Banro, sin embargo, no estaba en situación de someter a la República Democrática del Congo por una parte la intervención diplomática a efectuar por el Gobierno Canadiense, sirviéndose de la nacionalidad de su compañía matriz, Banro Resource, y por otra un procedimiento de arbitraje ante un tribunal CIADI, sirviéndose de la nacionalidad norteamericana de una de sus filiales, Banro American.

...  
117...El problema ante el Tribunal implica consideraciones de política internacional pública y se rige por el derecho internacional público. El Tribunal no puede permitir que los requisitos de nacionalidad impuestos por la Convención de Washington resulten neutralizados por inversores que están tratando de servirse, dependiendo de sus intereses en un determinado momento, de forma simultánea o sucesiva tanto de la protección diplomática como del arbitraje CIADI, jugando con el hecho de que una de las compañías del grupo no tiene la nacionalidad de una parte

(85) *Laudo*, supra, párrafos 103, 117 y 118.

*Estado Contratante en el Convenio y puede por tanto beneficiarse de la protección diplomática de su Estado de origen, mientras que otra filial del grupo posee la nacionalidad de un Estado Contratante del Convenio y tiene por tanto posición ante un tribunal CIADI.*

*118. El Tribunal es plenamente consciente de la necesidad de una regulación judicial de las relaciones resultantes de inversiones extranjeras privadas. De este modo, el Tribunal ha declarado con desgana que carecía de competencia. Fue consciente, sin embargo, de que era esencial mantener la característica consensual fundamental del mecanismo CIADI otorgada por la Convención de Washington con respecto al Estado receptor, el inversor extranjero o el Estado del que el inversor sea un súbdito. Los mecanismos CIADI serán más eficientes y efectivos en la medida en que las condiciones para su aplicación estipuladas por los textos pertinentes sean mejor respetadas..."*

En cualquier caso, si una transferencia de acciones ejecutada de esta manera resulta censurable o no, es siempre una cuestión de hechos y de propósitos. El arbitraje *Autopista Concesionada de Venezuela c. República Bolivariana de Venezuela*<sup>(86)</sup> trató una cuestión similar de una transferencia de una participación mayoritaria en el Demandante de una compañía mexicana a una compañía norteamericana. Los Estados Unidos, pero no México, son parte en la Convención de Washington, de tal manera que esta transferencia tuvo el efecto de presentar la reclamación *prima facie* ante la jurisdicción CIADI. No obstante, en contraste con el arbitraje *Banro American Resources, Inc. v. Democratic Republic of Congo*, la transferencia de las acciones sólo podía ser llevada a cabo con la aprobación expresa del gobierno del Demandado, que fue solicitada y concedida. Por consiguiente, el Tribunal declaró que el gobierno del Demandado había prestado su consentimiento para efectuar un arbitraje con "...un ciudadano de otro Estado Contratante..." con arreglo al significado del Artículo 25 de la Convención de Washington y así, en contraste con el caso *Banro American*, declaró que tenía jurisdicción sobre las diferencias relativas a inversiones.

#### **4. La independencia de los árbitros**

Las presiones de globalización sobre el arbitraje es probable que planteen cuestiones referentes a la independencia e imparcialidad de los árbitros. La dimensión política de los tratados de inversión supone que cualquier tipo de circunstancias que pudieran ser interpretadas (incluso de forma poco razonable) como indicativas de una posible falta de imparcialidad o de independencia, podrían aprovecharse para desacreditar no sólo un laudo determinado sino también la institución de arbitrajes inversor-Estado. Al mismo

---

(86) ICSID Case No. ARB/00/5, Decisión sobre Jurisdicción de fecha 27 de septiembre de 2001 (próximamente en *ICSID Review-Foreign Investment Law Journal*).

tiempo, es probable que los árbitros sean sometidos a prueba por desafíos más de tipo táctico y también por el más cuidadoso examen de las posibles conexiones entre árbitros y partes. Muchos árbitros son socios de firmas globales de abogados y las multinacionales globalizadas son los principales usuarios tanto del arbitraje comercial internacional como de las firmas globales de abogados, de tal forma que la posibilidad de que se encuentre alguna conexión es mayor de lo que podría esperarse.

El problema de la independencia es probable que resulte particularmente agudo para los árbitros del CIADI ya que el arbitraje inversor-Estado atrae la mayor crítica y escrutinio públicos. Conforme al Artículo 57 de la Convención de Washington, una parte podrá "*proponer la inhabilitación*" de un árbitro CIADI sobre la base de cualquier hecho que indique "*...una manifiesta falta de las cualidades requeridas por el párrafo (1) del Artículo 14...*". El Artículo 14 (1) requiere que quienes reciban la designación de árbitros sean personas (a) de alto temple moral; (b) de reconocida competencia en los campos del derecho, el comercio, la industria o las finanzas; y (c) en las que se pueda confiar para ejercer un juicio independiente. El Artículo 58 dispone que la decisión sobre una propuesta de inhabilitación será adoptada por los otros dos miembros del Tribunal<sup>(87)</sup>.

Las recusaciones contempladas en el Artículo 57 es probable que aumenten.<sup>(88)</sup> En un caso reciente, el Presidente reveló en el momento de su designación que la firma de abogados de la cual era socio había previamente actuado para los Demandantes. Estos últimos eran multinacionales de tipo global y el despacho de abogados era una firma internacional de más de cuatrocientos abogados. El trabajo de la firma para los Demandantes no tenía relación alguna con la controversia planteada ante el Tribunal, el Presidente no había realizado personalmente trabajo alguno para los Demandantes, los honorarios eran "*intranscendentes*" en términos de la facturación total de la firma y aunque la relación era continuada, el trabajo que quedaba era insignificante y la firma había acordado no aceptar ulteriores instrucciones de los Demandantes hasta el momento en que el arbitraje estuviera acabado. El Estado Demandado recusó el nombramiento del Presidente con motivo de que había dejado de cumplir los criterios contemplados en el Artículo 14(1) de la Convención de Washington de que se pudiera "*...confiar en él para ejercer un juicio independiente...*".

(87) Hay un ulterior estudio detallado del procedimiento para ocuparse de una propuesta de inhabilitación en la Regla 9 de las Reglas de Arbitraje CIADI; ver en general CHRISTOPH SCHREUER, "*Commentary on the ICSID Convention: Articles 57 and 58*", (1999) *ICSID Rev.* 521-534.

(88) Ibrahim Shihata, Secretario General de CIADI, en un escrito de 1988 afirmaba que en aquel tiempo había sólo habido una recusación de un Arbitro CIADI con arreglo al Artículo 57; ver IBRAHIM SHIHATA, *The Experience of the International Centre for the Settlement of Investment Disputes in the Arbitral Process and the Independence of Arbitrators* (ICC Publication 472, 1991) en 19. Este era ICSID Case ARB/81/1, *Amco Asia Corp. v. Republic of Indonesia, Decision on a Proposal to Disqualify an Arbitrator*, 24 de junio de 1982 (no publicado, pero ver M. TUPMAN, "*Challenge and Disqualification of Arbitrators in International Commercial Arbitration*", (1989) *38 International and Comparative Law Quarterly*, 26).

En su decisión, con arreglo al Artículo 58 de la Convención de Washington, los otros dos miembros del Tribunal formularon el criterio aplicable en caso de manifiesta falta de juicio independiente, contemplada en el Artículo 14(1) y en el Artículo 57 como sigue:<sup>(89)</sup>

*" Pero en casos en que los hechos (como aquí ocurre) están probados y no se piensa que se derive de ellos una ulterior intromisión o inconveniencia, la cuestión que nos parece importante es si un riesgo real de falta de imparcialidad basado en aquellos hechos (y no en una simple especulación o inferencia) podría razonablemente ser percibido por una u otra parte. En el caso (y sólo en el caso) de que la respuesta fuera sí, podrá afirmarse que no se puede confiar en el árbitro para ejercer un juicio independiente. Ello equivale a decir que las circunstancias realmente probadas (y no simplemente supuestas o inferidas) deberán invalidar o poner claramente en tela de juicio la apariencia de imparcialidad... Una vez que los demás árbitros o miembros del Consejo hubieran llegado a estar convencidos de esta conclusión, no quedaría ya lugar para la opinión de que la falta no era "manifiesta" . "*

Examinados los hechos, los dos miembros del Tribunal declararon que no se había podido probar una falta manifiesta de juicio independiente. Declararon lo siguiente:<sup>(90)</sup>

*" 26. Volviendo a los hechos del presente caso, es cierto que un socio [del Presidente] tenía (y todavía tiene) a los Demandantes o a una de sus filiales como clientes. Pero no consideramos que esto, en sus propios términos, sea suficiente para justificar la inhabilitación teniendo en cuenta las circunstancias del presente caso. Por otra parte, son pertinentes los siguientes hechos: (a) que la relación en cuestión fue dada a conocer de inmediato y por completo y que la información complementaria sobre ello estaba disponible a solicitud, manteniendo así una completa transparencia; (b) que [el Presidente] personalmente no tiene y no había tenido relación abogado- cliente con los Demandantes o sus asociados; (c) que el trabajo desempeñado por su colega no tiene nada que ver con el presente caso; (d) que el trabajo en cuestión no consiste en proporcionar asesoramiento jurídico o estratégico a los Demandantes sino que concierne a una transacción específica en la que [la firma de abogados del Presidente] no es la firma principal; (e) que la relación jurídica llegará pronto a su fin con el cierre de la transacción en cuestión. "*

Afirmaron asimismo que, en caso de que hubiera sido necesario, "...la regla de *minimis* habría proporcionado una base más amplia para denegar la propuesta de inhabilitación"<sup>(91)</sup>

(89) Decision on the Challenge to the President of the Committee dated October 3, 2001, párrafo 25.

(90) Decision on the Challenge to the President of the Committee dated October 3, 2001, párrafo 26.

(91) Decision on the Challenge to the President of the Committee dated October 3, 2001, párrafo 27.

El carácter lógico y razonable de esta decisión parece incuestionable. Sin embargo, se puede sostener que el Tribunal no puso suficiente peso en la dimensión *global* del arbitraje, lo que fue expresado de la siguiente forma por el Estado Demandado en su presentación:<sup>(92)</sup>

"8. Repárese que, incluso aunque se repute como económicamente poco trascendente a la relación laboral hasta la fecha verificada, lo cierto es que [el demandante] es una multinacional de dimensiones mundiales y con operaciones que se miden en decenas de miles de millones de dólares abarcando variadas jurisdicciones.

Se trata, sin lugar a dudas, de un cliente de significación para cualquier firma de abogados, cuya importancia no sólo reside en los servicios ya prestados, sino también en los que, como consecuencia de la relación ya entablada, pueden en el futuro prestarse.

En este contexto, dada la significación económica de la peticionante, los montos en juego en este arbitraje y las consecuencias jurídicas potenciales del presente procedimiento, [el demandado] no puede dejar de señalar que la vinculación profesional entre la firma de la que es socio [el Presidente del Tribunal] y [el demandante] afecta el necesario nivel de confianza en la imparcialidad de juicio que es menester en cualquier proceso, y, especialmente, en uno con la significación del presente."

Los Estados podrían ser comprensiblemente reticentes a llamar la atención sobre las posibles implicaciones políticas de un laudo en sus propuestas, pero un arbitraje que podría tener por resultado obligaciones estatales de pagar a las partes y decidir cuestiones de trascendencia dentro de una compleja estructura política de tipo federal o nacional, requiere sensibilidad de los árbitros al tratar de recusaciones. Puede ser que, en estas circunstancias, el grado de independencia de los árbitros requerido por la Convención de Washington no sea lo suficientemente alto.

La imputación de falta de independencia en forma de conflicto de intereses resulta un concepto plenamente familiar en la moderna firma de abogados global, que normalmente cuenta con comités internos, directrices y debe presentar informes para identificar y controlar potenciales conflictos en este sentido. Se han desarrollado recursos tales como "...*muralas chinas*..." o barreras de información para neutralizar el problema y firmas de abogados en muchas jurisdicciones han rechazado enérgicamente, hasta el punto de verse envueltos junto con sus clientes en pleitos, acusaciones de incumplimiento de la obligación de confidencialidad y conflictos de intereses. No obstante, es claro que los criterios de inhabilitación utilizados por una firma global de abogados en sus tratos con clien-

(92) Alegaciones del Estado Demandado sobre recusación de fecha 23 de agosto de 2001.

tes comerciales o en los tribunales no son lo suficientemente altos para cubrir las responsabilidades de un árbitro internacional y, particularmente, para una disputa inversor-Estado.

Es importante mencionar como punto de comparación que la Corte de Arbitraje de la CCI ha mostrado una prudencia considerable a la hora de tratar con árbitros que trabajan en firmas de abogados que a su vez tienen algún nexo de unión con alguna de las partes en el arbitraje, y normalmente rechaza tales árbitros, incluso si la relación es de segunda fila<sup>(93)</sup> o si se trata de algún asunto inconexo. Una publicación de primera línea ha planteado la cuestión de si el enfoque de la CCI está "...llevando el principio de jurisprudencia demasiado lejos...", pero saca en conclusión que "*La prudencia de la Corte puede servir a los intereses de la parte a cuyo nominario se le haya denegado la confirmación, en particular si hay un candidato alternativo disponible que se encuentre al margen de cualquier posible reproche...*"<sup>(94)</sup>. La ventaja de una aproximación precavida a la independencia de los árbitros es que no existe la posibilidad de una posterior impugnación del laudo sobre la base de falta de independencia.

La parte que llevó a cabo la recusación ya no desconfía del Tribunal y la otra parte elimina la preocupación de que uno de los miembros del tribunal pueda ser influenciado en su decisión por la necesidad de justificar su independencia. Todo ello repercute en beneficio de ambas partes y también del arbitraje comercial internacional como institución.

## 5. Orden público

El fundamento del éxito del arbitraje comercial internacional reside en el sistema de reconocimiento y ejecución de laudos con arreglo a la Convención de Nueva York. La ejecución de laudos con arreglo a este Convenio se lleva a cabo por tribunales nacionales y de este modo, como ya se ha indicado, el éxito del arbitraje comercial internacional tiene mucho que ver con el respeto de los jueces nacionales en la fase de ejecución de los laudos hacia los tribunales de arbitraje y, en términos más generales, a la elección por las partes del arbitraje como medio de resolución de diferencias. Uno de los motivos por los cuales un tribunal nacional puede rechazar el reconocimiento y ejecución de un laudo con arreglo al Artículo V.2(b) de la Convención de Nueva York es que "*...el reconocimiento o ejecución del laudo fuera contrario al orden público de aquel país...*", de tal forma que

---

(93) Ver DERAIS AND SCHWARTZ, *A Guide to the New ICC Rules of Arbitration* (Kluwer Law International, 1998), páginas 114-115; CRAIG, PARK AND PAULSSON, *International Chamber of Commerce Arbitration*, (3ª edición, ICC Publishing, 2000) 228-229. HORACIO A. GRIGERA NAÓN, *Factors to Consider in Choosing an Efficient Arbitrator*, en VAN DEN BERG (ED.), *Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards: 40 Years of Application of the New York Convention* (Kluwer Law International, 1999) 286-313 en 303-304.

(94) DERAIS AND SCHWARTZ, *supra*, 155.

el éxito del arbitraje está siempre expuesto a la eventual desestimación de una solicitud de ejecución por motivos de orden público.

El orden público difiere de país a país y es un concepto notoriamente difícil de definir. Algunas naciones, como Francia por ejemplo, distinguen entre orden público nacional e internacional. Algunos comentaristas han identificado la nueva categoría de orden público transnacional o verdaderamente internacional. El orden público cambia los valores éticos de la comunidad y así es susceptible, por ejemplo, de explicación temporal pero no de definición amplia. Por consiguiente, las descripciones son inevitablemente en términos generales, tales como los del Juez Joseph Smith, del Segundo Tribunal Federal de Apelaciones de los Estados Unidos, que equiparaba el orden público conforme a la Convención de Nueva York con "*la más básica noción de moralidad y justicia inherente al foro*".<sup>(95)</sup>

El fenómeno de la globalización ha afectado al orden público en dos vertientes distintas. En primer lugar, la desnacionalización de la ley arbitral ha llevado consigo el incremento de la importancia del llamado orden público como un medio de control del arbitraje internacional por parte de los tribunales nacionales<sup>(96)</sup>. En segundo lugar, la globalización ha afectado a nociones de moralidad y justicia y, por lo tanto, al propio concepto de orden público. Una frecuente crítica a la liberalización comercial y a la globalización ha sido que implica una "*carrera hacia el fondo*", en términos de criterios medioambientales y de trabajo. Teniendo en cuenta el perfil de estos asuntos, el hecho de que una de las partes realice prácticas explotadoras en estas áreas podría suponer la negativa a la ejecución de un laudo emitido a su favor por motivos de orden público. La importancia de esta cuestión se ha puesto de relieve por la atención pública y la crítica de ciertos arbitrajes recientes del TLCAN con implicaciones medioambientales. Algunas naciones pueden considerar ya, o podrán hacerlo en el próximo futuro, ciertos criterios medioambientales mínimos como parte de su orden público. Al mismo tiempo, la protección de la salud pública y del patrimonio histórico cultural podría, en un futuro prevalecer sobre el principio *pacta sunt servanda* en la jerarquía establecida por la moderna noción de orden público internacional.<sup>(97)</sup>

(95) *Parsons & Whittemore Overseas Co. v. Société Générale de l'Industrie du Papier RAKTA and Bank of America*, 508 F. 2d 969 (1974); Para el contenido de política pública ver PIERRE MAYER, "Mandatory Rules of Law in International Arbitration", (1986) 2 *Arbitration International* 274-293, 322-323; PIERRE LALIVE, *Transnational (or Truly International) Public Policy and International Arbitration* en PIETER SANDERS (ed), "Comparative Arbitration Practice and Public Policy in Arbitration", (1987) *ICCA Congress Series N° 3* 257-318; KARL-HEINZ BÖCKSTIEGEL, "Public Policy and Arbitrability" en PIETER SANDERS (ed), *Comparative Arbitration Practice and Public Policy in Arbitration*", (1987) *ICCA Congress Series N° 3* 177-208; AUDLEY SHEPPARD, *Final Report on Public Policy as a Bar to the Enforcement of Arbitral Awards*, International Law Association, 2000.

(96) MARTA GONZALO QUIROGA "Globalización, Deslocalización y Arbitraje Privado Internacional: ¿Utopía o Realidad de un Orden Público Transnacional?", (2000) *Revista de la Corte Española de Arbitraje* 83-121.

(97) MARTA GONZALO QUIROGA, "Globalización, Deslocalización y Arbitraje Privado Internacional:

Además, parece probable que los derechos humanos jueguen un papel mucho más importante en la definición de orden público en el futuro. De hecho, en la actualidad es generalmente aceptada la relevancia de algunas normas reguladoras de los derechos humanos dentro del procedimiento arbitral tales como el derecho de justicia natural contenido en el artículo 6.1 de la Convención Europea de Derechos Humanos.<sup>(98)</sup> La "revolución" en los últimos años de los derechos humanos han proporcionado una serie de valores fuertemente estructurados sobre los que el orden público podría inspirarse. Un ejemplo muy sencillo viene dado por la *Convención sobre los Derechos del Niño*, que entró en vigor el 2 de septiembre de 1990 y tiene ahora 140 signatarios. El Artículo 32 dispone lo siguiente:

#### *Artículo 32*

1. *Los Estados Partes reconocen el derecho del niño a estar protegido contra la explotación económica y contra el desempeño de cualquier trabajo que pueda ser peligroso o entorpecer su educación, o que sea nocivo para su salud o para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral o social.*

2. *Los Estados Partes adoptarán medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas para garantizar la aplicación del presente artículo. Con ese propósito y teniendo en cuenta las disposiciones pertinentes de otros instrumentos internacionales, los Estados Partes, en particular:*

a) *Fijarán una edad o edades mínimas para trabajar;*

b) *Dispondrán la reglamentación apropiada de los horarios y condiciones de trabajo;*

c) *Estipularán las penalidades u otras sanciones apropiadas para asegurar la aplicación efectiva del presente artículo.*

La protección de los niños frente a la explotación económica sería considerada en muchas naciones como parte de sus "*nociones básicas de moralidad y justicia*" y se puede sostener que forma parte del orden público transnacional. El hecho de que una parte que tuviera éxito en un arbitraje internacional fuera, o pudiera ser, culpable de la explotación económica de niños, podría suscitar una delicada cuestión de hecho para el tribunal de ejecución según el grado de conexión entre la explotación económica y el contrato que constituía la materia del arbitraje. Parece innegable que un caso de abuso de los derechos humanos se podría, en unas circunstancias adecuadas, justificar una denegación de la ejecución de un laudo. De hecho,

---

¿Utopía o Realidad de un Orden Público Transnacional?, (2000) *Revista de la Corte Española de Arbitraje* 83-121 y 115-120.

(98) JEAN-HUBERT MOITRY, "Right to a Fair Trial and the European Convention on Human Rights", (1989) 6 *Journal of International Arbitration* 116-122.

la Corte de Apelación de Milán ha formulado ya una moderna definición de orden público inspirada en los derechos humanos:<sup>(99)</sup>

*El asunto que sigue sin arreglar en el presente caso...es si el laudo...es coherente con el orden público...Debe hacerse referencia al denominado orden público internacional, siendo un "conjunto de principios universales compartidos por naciones de civilización similar, dirigido a la protección de derechos humanos fundamentales, a menudo incorporados a declaraciones o convenciones internacionales".*

Es algo generalmente admitido que los árbitros deberían reconocer y aplicar el orden público aun cuando no forme parte de la *lex contractus*. La base lógica ha sido explicada por Eric Schwartz, anterior Secretario General de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI, haciendo referencia al escrito *amicus curiae* en la Corte Suprema de los Estados Unidos en *Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth Inc.*:<sup>(100)</sup>

*"...se ha sostenido (y hay, de hecho, laudos arbitrales con este propósito) que sería contrario al acuerdo de arbitraje y por tanto al margen de la autoridad de los árbitros, aplicar reglas jurídicas externas a la *lex contractus*, en particular si son escogidas por las partes. Una opinión tan rígida, sin embargo, de ser adoptada, podría ayudar a las partes a evitar disposiciones obligatorias de ley que los Estados pueden tener un legítimo interés en ver aplicadas. Debido a su preocupación por la integridad (y eficacia) del procedimiento de arbitraje internacional, los árbitros internacionales reconocen por tanto en general actualmente que las disposiciones obligatorias de ley que son extrañas a la *lex contractus* deberían ser aplicadas en un arbitraje internacional en circunstancias adecuadas. Así, la CCI observó en su escrito *amicus curiae* a la Corte Suprema de los Estados Unidos en el caso *Mitsubishi* que:*

*...hay una creciente tendencia de los árbitros internacionales a tener en cuenta las leyes antimonopolio y otras reglas legales obligatorias que expresan un orden público legislado por un Estado que tiene una relación significativa con los hechos del caso, aun cuando la legislación de aquel Estado no rija el contrato en virtud de la elección de las partes o de reglas de conflicto aplicables.*

*Una vez dicho esto, el hecho de valorar si deberían aplicarse reglas particulares en las circunstancias de un caso específico puede dar lugar a complejas consideraciones..."*

La integridad del arbitraje comercial internacional requiere que los árbitros tengan en cuenta el orden público de Estados que podrían estar relacionados

(99) Decisión de fecha 4 de diciembre de 1992 (*Allisop Automatic Inc. v. Tecnoski snc*), de la que se informó en (1997) *XXII Yearbook of Commercial Arbitration* 725.

(100) ERIC A. SCHWARTZ, "The Domain of Arbitration: The View from the ICC", (1994) 9 *ICSID Rev.* 1-46 en 31 (pie de página omitido); *Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth Inc.* 473 US. 614 (1985).

con las partes, el contrato o la ejecución del laudo. Los tribunales nacionales a lo largo de todo el mundo, que han facilitado el crecimiento y el éxito del arbitraje comercial internacional por su confianza en la autonomía de las partes y en la autoridad arbitral, podrían reconsiderar el ejercicio de un control más estricto si esta confianza quedase defraudada por árbitros que desatienden consideraciones más amplias de orden público. El profesor Mayer ha hecho la siguiente observación:<sup>(101)</sup>

*"... Aunque los árbitros no son guardianes del orden público ni están investidos por el Estado de una misión de aplicar sus reglas de obligado cumplimiento, deberían, no obstante, tener un estímulo para hacerlo así sobre la base de un sentido del deber respecto a la supervivencia del arbitraje internacional como institución..."*

Teniendo en cuenta que el arbitraje internacional está siendo invitado a resolver un número creciente de controversias políticamente conflictivas y que las ONGs y grupos de interés público que aprenden a seguir la marcha de los procedimientos de arbitraje difunden sus opiniones a una amplia audiencia a través de Internet, aumentando sus esfuerzos para presentar escritos como *amicus curiae*, los árbitros deberán tener sentido común y discreción en los próximos años para mantener el equilibrio adecuado entre su obligación frente a las partes de resolver la diferencia con arreglo a los términos del acuerdo de arbitraje y las expectativas originadas por conceptos en expansión tales como el orden público. Resulta por tanto esencial para los árbitros internacionales seguir a la par con el desarrollo del orden público de carácter nacional e internacional y respetarlo, reconociendo que en determinados casos el orden público podría incluir nuevas cuestiones tales como política medioambiental y normas sobre derechos humanos.

#### IV. CONCLUSIÓN

Se puede afirmar que la globalización constituye uno de las características dominantes del mundo económico del siglo XXI. Los beneficios potenciales de la globalización son inmensos, en términos de aumentar la riqueza y reducir la pobreza, en la difusión de las ideas y el crecimiento de la cooperación internacional. Si finalmente la globalización va a generar estos beneficios y a qué coste, plantea complejas cuestiones de índole político e ideológico cuya resolución podría quedar pendiente durante algún tiempo.

La comunidad de arbitraje internacional ha sido una gran beneficiaria de la globalización, ya que gran parte de la resolución de diferencias que constituyen el inevitable subproducto de la actividad económica, ha sido confiada al arbitraje internacional. Especialmente en materias comerciales o de inversiones.

---

(101) PIERRE MAYER, "Mandatory Rules of Law in International Arbitration", (1986) 2 *Arbitration International* 274-293, 322-323.

Concretamente, la demanda de una protección efectiva de los flujos de inversiones ha contribuido al desarrollo de un nuevo tipo de arbitraje internacional, el arbitraje inversor-Estado.

El arbitraje internacional se enfrenta de manera continuada al reto mundial de preservar la confidencialidad de los participantes en el procedimiento arbitral. En este sentido, Cabe esperar que la globalización facilite esta aspiración universal del arbitraje comercial internacional. No obstante, si el arbitraje internacional se permite asociarse con una sola cultura legal o practica arbitral, entonces se podría producir el rechazo al arbitraje por parte de gobiernos y comunidades de negocios en determinadas regiones del mundo, y, por lo tanto, un cambio de la actitud favorable que predomina actualmente en los tribunales nacionales a favor del arbitraje. El mantenimiento de la confianza de los tribunales nacionales también requiere que los árbitros se muestren receptivos a la transformación y desarrollo que está sufriendo el concepto de orden público internacional que actualmente integra normas internacionales de derechos humanos.

El éxito del arbitraje internacional le ha hecho más competitivo e interdependiente de otras instituciones legales y políticas. El arbitraje ha iniciado un nuevo camino con el llamado arbitraje inversor-Estado al desviarse de su tradicional función como un medio de resolución de disputas esencialmente privado y pasar a desarrollarse en un campo con importantes características públicas. El papel del elemento público plantea un importante reto de credibilidad para el arbitraje internacional, que, por primera vez, se está enfrentado a demandas que implican su justificación en términos de valores de una sociedad abierta. Este tipo de demandas también plantean cuestiones de transparencia del proceso arbitral, control de los árbitros y compatibilidad del arbitraje inversor-Estado con una política democrática y la soberanía nacional de los Estados. Las presiones ocasionadas por este tipo de demandas han causado ya un impacto en los arbitrajes inversor-Estado dentro del marco del TLCAN que ha sugerido un relajamiento de las reglas sobre la confidencialidad y la participación de terceros dentro del proceso arbitral, cabiendo esperar futuras adaptaciones en esta misma línea.

Este proceso de adaptación debe interpretarse de una manera positiva como la consolidación del crecimiento y logros del arbitraje internacional en las décadas más recientes. Sería un grave error el ignorar los retos que se han presentado dentro de lo que se puede considerar una nueva dimensión del arbitraje internacional. La polarización de la opinión política sobre la globalización ha llevado a suavizar su imagen; al distanciamiento de posiciones económicas doctrinarias y a reconocer que "*demasiado mercado mata al mercado*"<sup>(102)</sup>. De manera similar reflexión y flexibilidad son necesarias dentro de la comunidad internacional del arbitraje para impedir que se convierta en una víctima de su propio éxito y, en definitiva, para asegurar que "*mucho arbitraje no mata al arbitraje*".

---

(102) JOSÉ CARLOS FERNÁNDEZ ROZAS *Sistema del Comercio Internacional* (Civitas Ediciones, 2001) 307.