

SILVA ROMERO, E., LEGAL FICTIONS IN THE LANGUAGE OF INTERNATIONAL ARBITRATION, BRILL, 2022

HUGO CARDONA

MCI Arb, Profesor Asociado de Arbitraje Internacional Et ADR, Universidad San Pablo CEU. Madrid

Arbitraje. Revista de arbitraje comercial y de inversiones 1

Enero – Junio 2023

Págs. 279-282

La literatura desempeña un papel relevante en la configuración del pensamiento sobre arbitraje internacional y es influyente en su práctica y legislación¹. Por una parte, la literatura científica se considera un punto de construcción de ideas de los distintos actores del arbitraje² y, por otra, la producción sociológica y filosófica le proveen de sustento intelectual, al igual que ocurre en el campo del Derecho internacional.

La reciente obra escrita por el profesor, abogado y árbitro Eduardo Silva Romero titulada *Legal Fictions in the language of International Arbitration* ofrece una valiosa e innovadora aportación a la teoría filosófica del arbitraje. Publicado en la selecta colección *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, el libro revela la existencia de ficciones jurídicas en el Derecho arbitral internacional, desarrollando una teoría sobre su eficacia y legitimidad.

La obra postula la tesis relativa a que las ficciones jurídicas se hallan presentes en todos los sistemas normativos y que el arbitraje no es la excepción, por lo que, al ser una rama consolidada en la ciencia del Derecho, merece un espacio de reflexión especial. Señala el libro que las ficciones jurídicas no solo

1. Vid. Shultz, T., Ridi, N., «Arbitration Literature», en *The Oxford Handbook of International Arbitration*, Oxford: Oxford University Press, 2020, pp. 1 y ss.

2. Vid. Gaillard, E., «Sociology of International Arbitration», en *Arbitration International*, 2015, vol. 31, núm. 1, pp. 1-17.

han logrado que el arbitraje internacional sea más eficiente y exitoso, sino que se consideran indispensables para su preservación.

La obra está dividida en IV capítulos principales. El capítulo I responde a preguntas esenciales sobre lo que debe entenderse como una ficción jurídica y la forma en que estas se hallan presentes en el lenguaje del arbitraje internacional en la actualidad. El capítulo II da cuenta de que tanto la fortaleza como la fragilidad del arbitraje residen en ficciones jurídicas que han sido creadas alrededor de esta institución. Ficciones como la autonomía o separabilidad de la cláusula arbitral, el principio *Kompetenz-Kompetenz*, la extensión del convenio arbitral a terceros no signatarios, la posibilidad de activar el mecanismo arbitral inversor-estado por vulneraciones a contratos de inversión; las definiciones de inversión o inversor en el Derecho internacional económico, entre otras teorías, como la construcción de un orden jurídico arbitral e incluso un Derecho fundamental a arbitrar han propiciado que el instituto del arbitraje no solamente sea eficaz, sino que se consolide como un medio esencial para la resolución de controversias internacionales.

El capítulo III, se refiere a las ficciones jurídicas como fundamentos de acceso, alcance y continuidad futura del arbitraje. El capítulo IV y último establece como conclusión que existirían dos grandes categorías de ficciones jurídicas en el lenguaje del arbitraje internacional: la primera, relacionada con las ficciones orientadas a asegurar su sostenimiento como un sistema robusto de justicia transnacional y la segunda, que identifica las ficciones que podrían poner en riesgo su viabilidad. La primera se compone por ficciones que, al convertirse en principios fundacionales, llegan a plasmarse en reglas de Derecho positivo. Sobre esta categoría, como centro de gravedad, se edificaría el andamiaje jurídico del arbitraje. La obra subraya que, para que estas ficciones sean principios eficientes y se plasmen en el ordenamiento, hace falta, en primer lugar, *crear* en ellos. El autor, evocando a Gaillard³, señala que estas cuestiones revisten una relevancia de primer orden, ya que tienden no solo a reforzar el sistema, sino también a convertirse en garantía de su supervivencia.

Para acreditar la validez y coherencia teórica de la propuesta de Silva Romero en torno al arbitraje internacional solo hace falta observar el lenguaje de las instituciones del Derecho mercantil⁴, como la propia persona moral o jurídica, la sociedad anónima o el «patrimonio autónomo» en el fideicomiso empleado en jurisdicciones de América Latina. Si estas ficciones jurídicas no hubieran sido aceptadas en el medio mercantil y posteriormente adoptadas por las legislaciones, la conjunción de capitales con una finalidad lícita concreta, hoy por hoy, no sería posible.

3. Gaillard, E., *Legal Theory of International Arbitration*, Leiden: Brill, 2010, p. 152.

4. Uría, R., *Derecho Mercantil*, 28.^a ed., Madrid: Marcial Pons, 2011, pp. 225 y ss.

No obstante, la obra que reseñamos da cuenta de una segunda vertiente peligrosa de ficciones jurídicas en el lenguaje del arbitraje. Algunas de estas, según el autor, podrían dejar el arbitraje expuesto a la crítica de sus detractores. Por ejemplo, entre otras: aquellas que sobredimensionan las ventajas o expectativas del arbitraje, aquellas que postulan una total asimilación de los árbitros a jueces nacionales, aquellas relativas a que los Estados o sus entes participados no podrían «en ningún caso» apoyarse en el Derecho interno para evitar los efectos del contrato de arbitraje internacional⁵ pese a potenciales impactos en el orden público. Más allá de estas consideraciones, merecedoras de detenida reflexión por la comunidad jurídica arbitral, la obra concluye dejando establecido que, en el arbitraje, las ficciones jurídicas fueron y serán una necesidad para el mantenimiento de un orden jurídico económico internacional coherente, estable y pacífico.

La obra es, sin duda, una excelente contribución a un campo de la literatura del arbitraje que no es abundante y que apunta a sus raíces fundacionales como construcción social⁶, continuando el legado del añorado Emmanuel Gaillard. El libro arroja luz sobre un tema que frecuentemente se debate en la oscuridad del desconocimiento, como puede ser el caso de ciertas críticas distanciadas del campo jurídico que han cuestionado el arbitraje internacional, sobre todo, en materia de protección de inversiones. En definitiva, *Legal Fictions in the language of International Arbitration* será una lectura de particular interés para la comunidad arbitral internacional en general y, en especial, para árbitros, académicos e investigadores del Derecho internacional público y privado.

5. Vid. Betancourt, J. C., *El contrato de arbitraje internacional*, 2.^a ed., Valencia: Tirant Lo Blanch, 2022.

6. Hart, H., *The Concept of Law*, 3.^a ed., Oxford: Oxford University Press, 2012, p. xv.