

VOLUMEN XIV · 2025.1

Arbitraje

Revista de arbitraje comercial y de inversiones



CEU | Ediciones

Arbitraje

1ª Edición.

Revista de arbitraje comercial y de inversiones

Esta revista ha sido clasificada, evaluada e indexada por los siguientes sistemas de información y bases de datos de calidad editorial de revistas científicas.

CARHUS Plus†

IN~RECS

Dialnet

BASE DE DATOS
ISOC

clasificación
C I
R C

D I C E

MIAR

resh

Derechos reservados © 2025, por los autores

Derechos reservados © 2025, por la Fundación Universitaria San Pablo CEU

Arbitraje. Revista de arbitraje comercial y de inversiones.

CEU Ediciones

Julián Romea 18, 28003 Madrid

Teléfono: 91 514 05 73

Correo electrónico: ceuediciones@ceu.es

www.ceuediciones.es

Información y contacto:

Centro Internacional de Arbitraje, Mediación y Negociación (CIAMEN)

Calle Julián Romea 22, 28003 Madrid,

Teléfono (+34) 915 14 04 22 Ext: 15662

ISSN: 1888-5373

e-ISSN: 2603-9281

Depósito legal: M 6394-2008

Maquetación: Andrea Nieto Alonso (CEU Ediciones)

Impresión: Imedisa Artes Gráficas, S.L.U.

COMITÉ DE DIRECCIÓN

JOSÉ MARÍA BENEYTO
MARTA MARTINI BRICEÑO

COMITÉ DE REDACCIÓN

BINGEN AMÉZAGA	ALFONSO GÓMEZ-ACEBO	RAFAEL RINCÓN
HÉCTOR ANAYA	EMMANUEL KAUFMAN	JULIO CÉSAR RIVERA (H)
JOSÉ LUIS ARAGÓN	MONTSERRAT MANZANO	JAVIER ROBALINO
JULIO CÉSAR BETANCOURT	JEAN MARGUERAT	GIACOMO ROJAS ELGUETA
IÑAKI CARRERA	CARMEN MARTÍNEZ LÓPEZ	PATRICIA SAIZ
ÁLVARO CASTELLANOS	JARA MÍNGUEZ	JORDI SELLARÉS
ANDREA COLORIO	ANA MORALES	FRANZ STIRNIMANN
FRANCO FERRARI	GIULIO PALERMO	JOSÉ TAM
FLÁVIA FÓZ MANGE	MANUEL PENADÉS	EMILIO VILLANO

CONSEJO ASESOR

JOSÉ MARÍA ALONSO	IGNACIO DÍEZ-PICAZO	JAN PAULSSON
DAVID ARIAS	JUAN FERNÁNDEZ-ARMESTO	JESÚS REMÓN PEÑALVER
KLAUS PETER BERGER	FRANCO FERRARI	CHRISTOPH H. SCHREUER
GEORGE A. BERMANN	ALEJANDRO GARRO	JOSEFA SICARD-MIRABAL
MARCO DE BENITO	ANTONIO HIERRO	EDUARDO SILVA ROMERO
JOSÉ ANTONIO CAÍNZOS	JOSÉ MIGUEL JÚDICE	GUIDO TAWIL
FAUSTINO CORDÓN	MEG KINNEAR	CLAUS VON WOBESER
BERNARDO M. CREMADES	ALEXIS MOURRE	EDUARDO ZULETA

Arbitraje. Revista de arbitraje comercial y de inversiones es una publicación periódica promovida por el Centro Internacional de Arbitraje, Mediación y Negociación (CIAMEN) del Real Instituto Universitario de Estudios Europeos, de la Universidad CEU San Pablo.

Se ofrece como vehículo de reflexión de la comunidad arbitral internacional en lengua española, sin perjuicio de la inclusión de trabajos en otros idiomas. Editada en España, presenta especial vinculación con Europa Occidental e Iberoamérica; su proyección es, no obstante, decididamente global. Su carácter es preferentemente científico, pero se abre por igual al mundo académico y al profesional, que en la disciplina arbitral concurren con naturalidad. Pretende estar siempre a la mano, en soporte físico y electrónico, en universidades, despachos, cortes e instituciones arbitrales del mundo.

Se organiza en «Estudios» y «Varia»; «Jurisprudencia», preferiblemente anotada; «Noticias»; «Bibliografía»; «Revista de revistas».

Los criterios determinantes para la publicación de los trabajos que se reciban o se soliciten son su interés, actualidad y calidad científica. La concurrencia de estos criterios se evalúa mediante un riguroso proceso anónimo de evaluación científica por especialistas de reconocido prestigio.

Los autores habrán de atenerse a las siguientes normas editoriales básicas. Solo se publicarán trabajos originales e inéditos. El idioma oficial de *Arbitraje* es el español, aunque también se podrán publicar regularmente trabajos en portugués e inglés y, excepcionalmente, en francés, alemán e italiano. La extensión aproximada de los trabajos será de 10.000 palabras para los estudios, 5.000 para las notas y 1.000 para los comentarios de jurisprudencia y bibliografía. Cada trabajo deberá ir acompañado de un resumen en español y en inglés de unas 200 palabras y de 5 palabras clave en ambos idiomas. Los autores deberán ceñirse, en la medida de lo posible, a las normas aprobadas por la Real Academia Española en sus distintas obras: el *Diccionario de la lengua española*, el *Diccionario panhispánico de dudas*, el *Diccionario panhispánico del español jurídico*, la *Ortografía de la lengua española* y la *Nueva gramática de la lengua española*. Puede obtenerse la guía editorial completa, y compartir cualquier duda o sugerencia, enviando un correo electrónico a la siguiente dirección: revistadearbitraje@ceu.es.

ÍNDICE

ESTUDIOS	9
El impacto de la visión transnacional del arbitraje internacional en la interpretación de los contratos comerciales.....	11
FRANCO FERRARI	
Recent developments regarding the impact of EU law on international investment law and arbitration in Europe and beyond.....	23
NIKOS LAVRANOS Y VÍCTOR M. BARRERA QUINTANAR	
Contratos de estado y arbitraje de inversión	39
HUGO CARDONA	
La expansión de los márgenes de la doctrina del abuso del proceso por actores estatales en el arbitraje de inversión.....	61
CAROLINE LAUK	
VARIA	83
Ejecución en arbitraje internacional de las decisiones “vinculantes y definitivas” y “vinculantes pero no definitivas” del <i>dispute board</i> conforme a los modelos que integran la Rainbow Suite FIDIC.....	85
FRANCISCO JULIO DOSAL GÓMEZ	
Incorporación de contratos estandarizados tipo NEC o FIDIC en las contrataciones públicas en Perú	123
WUANDY VARGAS	
Una reflexión en torno a la arbitrabilidad de las disputas bajo acuerdos de protección de inversiones. Nota al Auto del TSJM de 18 de junio de 2024	149
JOSÉ ÁNGEL RUEDA GARCÍA	
Reflexiones jurídicas actuales a partir de arbitrajes históricos. Las focas de Alaska	161
JORDI SELLARÉS SERRA	

JURISPRUDENCIA 167

JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA

Auto del Tribunal Superior de Justicia de Madrid 3/2023, de 8 de febrero 169
FERNANDO BEDOYA Y ROLANDO SEIJAS

Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Madrid 18/2023,
de 3 de mayo, y 20/2023, de 4 de mayo 175
FRANCISCO PANIAGUA Y PABLO MAYOR BRAVO

Auto del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña 92/2023, de 15 de junio..... 181
FRANCISCO PANIAGUA Y ANA RAMOS SALAS

JURISPRUDENCIA FRANCESA

Herederos del Sultan de Sulu c. Malasia..... 187
BINGEN AMEZAGA

JURISPRUDENCIA MEXICANA

Juicio de Amparo 1206/2022, Juzgado Primero de Distrito
en Materia Civil de la Ciudad de México 209
JOAQUÍN VEGA MARTÍNEZ Y GUILLERMO DAFFIR MADRIGAL MONROY

JURISPRUDENCIA ARGENTINA

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala A,
“Distribuidora Abel Arocena S.A. C/ SC Johnson & Son de Argentina
S.A.I.C. S/ Organismos Externos”, 12 de julio de 2024 213
NICOLÁS D. SZLAJEN Y LARA POLLANO

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala C, “Telcel S.A. C/
Telecom Argentina S.A. S/ Recurso de queja (Oex)”, 21 de mayo de 2024 219
NICOLÁS D. SZLAJEN Y LARA POLLANO

NOTICIAS223

CARLOS HERNÁNDEZ DURÁN Y JORDI SELLARÉS SERRA

1. India envía una notificación de terminación y renegociación de tratados de protección de inversiones a 68 países..... 225
2. La Convención de Nueva York entra en vigor en Surinam y Timor-Leste 226
3. Emiratos Árabes Unidos modifica su ley de arbitraje..... 227
4. China aprueba una nueva Ley sobre inmunidades estatales 229
5. La Unión Europea responde a las *anti-arbitration injunctions* emitidas por cortes rusas en perjuicio de procedimientos judiciales y arbitrales europeos 231

BIBLIOGRAFÍA233

Reseña de “Rethinking the Paradigms of International Arbitration”, ed. por Bernardo M. Cremades y Patricia Peterson, Dossier XX, ICC Institute of World Business Law, International Chamber of Commerce, París, 2023 235

JOSÉ MARÍA BENEYTO

Lavranos, N., Castagna, S. (Eds.), International Arbitration and Eu Law, 2ª Ed., Edward Elgar Publishing, 2024 239

HUGO CARDONA

REVISTA DE REVISTAS245

MARTA MARTINI BRICEÑO Y LAURA CANELO



Estudios

El impacto de la visión transnacional del arbitraje internacional en la interpretación de los contratos comerciales¹

FRANCO FERRARI

DIRECTOR DEL *CENTER FOR TRANSNATIONAL LITIGATION, ARBITRATION AND COMMERCIAL LAW*, NYU

I. Observaciones preliminares

El objeto de este artículo está alejado del análisis, en general, de la visión transnacional del arbitraje comercial internacional. Sin embargo, no puede evitar algunas referencias a esta visión, cuya autoría es a menudo –aunque no exclusivamente– atribuida a Emmanuel Gaillard.

Según las propias palabras de Gaillard, esta visión “se basa en la noción de que la ‘juridicidad’ del arbitraje está enraizada en un orden jurídico distinto, transnacional, y no en ningún orden jurídico nacional”². En esta visión, “es la actividad normativa conjunta de los Estados que están dispuestos a reconocer los laudos que cumplen ciertos criterios, lo que da a cualquier laudo y al acuerdo de arbitraje en el que se basa su validez y legitimidad”³. “[E]sta visión reconoce que la validez y legitimidad del arbitraje internacional están enraizadas en el conjunto de los ordenamientos jurídicos nacionales, en contraposición a

¹ Este artículo se basa en una conferencia pronunciada por el autor en Sao Paulo en 2023. Se han añadido las notas a pie de página esenciales.

² E. Gaillard, ‘The Theories of International Commercial Arbitration’ en A. Bjorklund, S. Kröll, F. Ferrari (eds), *Cambridge Compendium of International Commercial and Investment Arbitration* (CUP 2023) 44; E. Gaillard, *Legal Theory of International Arbitration* (Brill, 2010) 2; véase también D. Hascher, ‘France’ en *The Review of International Arbitral Awards* (Juris, 2010) 97 (“existe un orden jurídico arbitral, que es distinto del orden jurídico de los Estados individuales [...]. Es este orden jurídico arbitral –y no el orden jurídico nacional– el que confiere juridicidad al arbitraje”).

³ E. Gaillard, *The Theories of International Commercial Arbitration*, n° 1, p. 44.

uno o incluso varios sistemas jurídicos nacionales individuales”⁴, y “considera que el cuerpo colectivo de normas emitidas por los Estados conforman las reglas comunes de derecho arbitral. Los árbitros, a su vez, derivan su poder adjudicativo de estas normas”⁵.

Como se ha indicado anteriormente, este artículo no abordará la visión de la transnacionalidad de *l'arbitraje* en detalle. Se centrará, en cambio, en las implicaciones potenciales de la visión transnacional en la aplicación de las normas sustantivas aplicables a un contrato determinado, incluida su interpretación, que es el aspecto en el que, aparentemente, se centran los arbitrajes comerciales internacionales con más frecuencia⁶. Al menos, según la aproximación que sostienen quienes defienden la visión transnacional del arbitraje internacional, estas implicaciones son importantes.

Leila Anglade, por ejemplo, califica el arbitraje como “un medio verdaderamente transnacional de resolver litigios comerciales, es decir, un proceso que no se basa en un sistema jurídico concreto”⁷. Michael Bonell confirma esta afirmación, cuando señala que “las transacciones transfronterizas siguen estando sujetas en gran medida a las legislaciones nacionales”⁸. Pero también afirma que estas legislaciones no solo pueden “variar considerablemente en su contenido, sino que a menudo no se adaptan a las necesidades especiales del comercio internacional”⁹. Estas y otras afirmaciones similares llevaron a Berthold Goldmann¹⁰, a argumentar, hace más de medio siglo, que la aplicación de normas

⁴ E. Gaillard, *Transcending National Legal Orders for International Arbitration* en AJ van den Berg (ed), *International Commercial Arbitration: The Coming of a New Age?* (Kluwer 2013) 373; véase también E Gaillard, *International Arbitration as a Transnational System of Justice* en AJ van den Berg (ed), *Arbitration - The Next Fifty Years* (Kluwer 2012) p. 68.

⁵ E. Gaillard, *The Theories of International Commercial Arbitration*, n° 1, p. 44.

⁶ Rau, A. S., & Sherman, E. F. (1995). Tradition and innovation in international arbitration procedure. *Texas International Law Journal*, 30, p. 101.

⁷ Anglade, L. (2003). The use of transnational rules of law in international arbitration. *Irish Jurist*, 38, p. 92.

⁸ Bonell, M. J. (2018). The law governing international commercial contracts and the actual role of the UNIDROIT principles. *Uniform Law Review*, 23(1), p. 15.

⁹ Bonell, M. J. (2018). The law governing international commercial contracts and the actual role of the UNIDROIT principles. *Uniform Law Review*, 23(1), p. 16.

¹⁰ Goldman, B. (1964). Frontières du droit et *lex mercatoria*. *Archives de Philosophie du Droit*, 1964, p. 177.

jurídicas transnacionales al fondo de una controversia serviría mejor a los intereses del arbitraje internacional y de sus usuarios¹¹. Anglade sostiene que esto se debe a que las normas transnacionales “conceden más flexibilidad a los operadores internacionales que las leyes nacionales y [reflejan mejor] la naturaleza internacional de sus transacciones”¹². En su opinión, la promoción de estas normas responde también al “deseo intrínseco de la comunidad empresarial de evitar la complicación de las normas de conflicto [...] de leyes”¹³. Esta opinión coincide con la de Goldman, quien sostuvo que, al aplicar este tipo de normas transnacionales sustantivas, partes y árbitros “eluden los tecnicismos de los sistemas jurídicos nacionales, así como las normas inadecuadas para los contratos internacionales. De este modo evitan las formalidades peculiares, los plazos breves de prescripción y algunas de las dificultades creadas por las leyes nacionales que son desconocidas en otros países, por ejemplo, las reglas del common law de *consideration* y *privity of contract*. Además, los implicados en el procedimiento –partes, abogados y árbitros– alegan y argumentan en pie de igualdad; nadie tiene la ventaja de que el caso se alegue y decida por su propia ley ni la desventaja de que se rija por una ley extranjera”¹⁴.

En definitiva, los partidarios de la visión transnacional del arbitraje internacional sostienen que la aplicación de normas transnacionales al sustrato de la diferencia es una consecuencia inherente al carácter transnacional del arbitraje internacional. Gaillard fue muy claro al respecto. Sostuvo que “el enfoque transnacional consiste en [...] derivar la solución de fondo de la cuestión jurídica planteada no de una ley particular seleccionada por un proceso tradicional de elección de ley, sino de un análisis de derecho comparado que permita a los árbitros aplicar la norma más ampliamente aceptada, por oposición a una norma que puede ser peculiar de un sistema jurídico o menos ampliamente

¹¹ Véase Anglade (n 6) p. 93.

¹² Anglade (n 6) p. 97.

¹³ Anglade (n 6) p. 97; véase también CWO Stoecker, “The Lex Mercatoria: To What Extent Does it Exist?” (1990) *J Intl Arb* 101 (afirmando que “[a]l ser las normas de conflicto de leyes suficientemente complejas en sí mismas (y de nuevo cada Estado tiene sus propias normas de Derecho internacional privado para determinar la ley apropiada de un contrato) este método no ha conseguido proporcionar la simplicidad deseada por la comunidad empresarial”).

¹⁴ Lando, O. (1991). The law applicable to the merits of the dispute. In P. Sarcevic (Ed.), *Essays on international commercial arbitration* (p. 144). Graham & Trotman/Martinus Nijhoff.

reconocida”¹⁵. Anglade crea un vínculo aún más estrecho entre la visión transnacional del arbitraje y las normas jurídicas transnacionales aplicables al fondo cuando afirma que “la utilización de normas jurídicas transnacionales en el arbitraje internacional, en lugar de un derecho sustantivo nacional, es de hecho la manifestación de un intento de ‘deslocalizar’ sustancialmente los contratos internacionales, con el fin de sustraerlos a una relación demasiado estrecha con un sistema jurídico municipal determinado. Este fenómeno se explica fácilmente por la propia naturaleza del proceso de arbitraje internacional”¹⁶. Sobre esta base, concluye que las partes y los árbitros deben recurrir a la aplicación de las normas jurídicas transnacionales en aquellos supuestos en los que sea “necesario interpretar un contrato, complementar o corregir la aplicación de una ley nacional”¹⁷.

II. Defectos de la visión transnacional del arbitraje internacional

Esta afirmación no es aceptable. Resulta cuestionable afirmar que los ordenamientos jurídicos nacionales necesiten colmar lagunas con el uso de instrumentos externos a ellos mismo. Todos los ordenamientos son exhaustivos y autónomos¹⁸, y, por lo tanto, no necesitan basarse en principios externos para colmar lagunas internas a ellos mismos. Por otra parte, hay muchos problemas cuando se pretende defender la legitimación de una supuesta facultad de los árbitros para aplicar normas jurídicas transnacionales al fondo de la controversia discutida sobre la única base de que dicha aproximación estaría más alineada con el concepto transnacional del arbitraje o con su propia naturaleza.

¹⁵ Gaillard, E. (2001). Transnational law: A legal system or a method of decision making? *Arbitration International*, 17, p. 62–63.

¹⁶ Anglade (n 6) p. 101.

¹⁷ Anglade (n 6) p. 102.

¹⁸ Kelsen, H. (1945). *General theory of law and state* (A. Wedberg, Trans.). Cambridge University Press. p. 147; para una crítica de la afirmación, véase, por ejemplo, E Bulygin, ‘Kelsen on the Completeness and Consistency of Law (2013)’ en E Bulygin (ed), *Essays in Legal Philosophy* (OUP 2015) 337.

El más obvio es que su premisa no es válida. No existe un orden jurídico arbitral distinto y transnacional¹⁹ que exija o legitime a los árbitros para aplicar normas sustantivas transnacionales. En *Coppée-Lavalin v. Ken-Ren Chemicals*, Lord Mustill sostuvo, con claridad, que con respecto al “ideal teórico que postula que el arbitraje internacional [...] es un sistema jurídico autónomo, por su propia naturaleza separado de los sistemas nacionales de derecho, y de hecho antitético a ellos”²⁰, hay “dudas de si en su sentido más puro la doctrina cuenta ahora con un amplio apoyo”²¹. Esta afirmación es tan cierta hoy como lo era entonces, cuando la hizo Lord Mustill.

Pero indicar esta precisión no implica suscribir la teoría “monolocalista” del arbitraje internacional²², la que defiende que todo “arbitraje [...] vive o muere según la ley del lugar del arbitraje”²³. Esta teoría deriva de la opinión expresada por Francis A. Mann en su artículo de 1967 titulado “Lex Facit Arbitrum”²⁴, donde afirmaba que “[e]n el sentido jurídico no existe ningún arbitraje comercial internacional [...], todo arbitraje es un arbitraje nacional, es decir, sujeto a un sistema específico de derecho nacional”²⁵. Según Mann, “[n]adie ha podido señalar nunca ni en ninguna parte ninguna disposición o principio jurídico que permita a los particulares actuar fuera de los confines de un sistema de derecho municipal; incluso la idea de la autonomía de las partes solo existe en virtud de

¹⁹ Véase F Ferrari, ‘Lex facit arbitrum 2.0’ (2022) *Dir comm int* 915; pero véase D Hascher, ‘France’ en *The Review of International Arbitral Awards* (Juris 2010) 97 (“existe un orden jurídico arbitral, que es distinto del orden jurídico de los Estados individuales [...]. Es este orden jurídico arbitral -y no el orden jurídico nacional- el que confiere jurisdicción al arbitraje”); J Paulsson, *The Idea of Arbitration* (OUP 2013) 30 (“el arbitraje es el producto de *un orden jurídico autónomo aceptado como tal por árbitros y jueces*”).

²⁰ *SA Coppée Lavalin & Voest-Alpine v Ken-Ren Chemicals* [1994] 2 All ER 449, 458; véase también *Bank Mellat v Helliniki Techniki SA* [1984] 1 QB 291, 301 (“A pesar de las sugerencias en sentido contrario de algunos eruditos escritores de otros sistemas, nuestra jurisprudencia no reconoce el concepto de procedimiento arbitral flotando en el firmamento transnacional, ajeno a cualquier sistema jurídico municipal”).

²¹ *Ibid.*

²² Véase, por ejemplo, M Barry, ‘The Role of the Seat in International Arbitration: Theory, Practice, and Implications for Australian Courts’ (2005) p. 32 *J Intl Arb* 294; D Bentolila, *Arbitrators as Lawmakers* (Kluwer 2017) p. 8-9; Gaillard, ‘Transcending National Legal Orders’ (n 3) p. 372.

²³ Paulsson (n 8) p. 30.

²⁴ Véase FA Mann, ‘Lex Facit Arbitrum’ en P Sanders (ed), *International arbitration: Liber Amicorum for Martin Domke* (Nijhoff 1967) p. 157, reimpresso como ‘The UNCITRAL Model Law -- Lex Facit Arbitrum’ (1986) 2 *Arb Intl* 241.

²⁵ Mann (n 23) p. 244.

un determinado sistema de derecho municipal y en sistemas diferentes puede tener características y efectos diferentes. Del mismo modo, todo arbitraje está necesariamente sometido a la ley de un Estado determinado. Ninguna persona privada tiene el derecho o el poder de actuar fuera del plano del derecho municipal. Todo derecho o poder de que goce una persona privada es inexorablemente conferido por o derivado de un sistema de derecho municipal”²⁶. Según Mann, esta ley “no puede ser la ley de otro país que no sea el de la sede del tribunal de arbitraje”²⁷. Si bien, como observó George Bermann, la ley de la sede sigue siendo la que “proporciona principalmente al arbitraje sus normas reguladoras, en forma de reglas básicas conforme a las cuales la actividad arbitral puede desarrollarse válidamente en la sede del arbitraje”²⁸, permitiendo así que la ley de la sede conserve su importancia “central”²⁹, no es pero la única ley aplicable en un arbitraje internacional³⁰.

En otras palabras, como ha demostrado el autor en otro lugar,³¹ la ley de la sede del arbitraje no es necesariamente la única ley aplicable en el curso de un arbitraje concreto³², ya que está limitada tanto de un punto de vista sustantivo

²⁶ Mann (n 23) p. 245.

²⁷ Mann (n 23) p. 245.

²⁸ G Bermann, “International Arbitration and Private International Law” (2017) p. 381 Rec cours 190; véase también Bentolilla (n 21) p. 8 (“La ley de la sede del arbitraje sigue siendo aplicable a los arbitrajes internacionales que tienen lugar en su territorio y permite a los tribunales de la sede anular los laudos arbitrales dictados en su territorio”).

²⁹ Bermann (n 27) p. 194; F De Ly, ‘The Place of Arbitration in the Conflict of Laws of International Commercial Arbitration: An Exercise in Arbitration Planning’ (1991) p. 12 Nw J Intl L & Bus 53; N Sathyarthi, ‘Choice of Seat and Its Significance’ (2023) 6 Intl J L Managem & Hum 340.

³⁰ F Ferrari, ‘L’importance du siège de l’arbitrage’ (2024) Rev dr int dr comp 232; J-M Jacquet, ‘La lex arbitri dans l’arbitrage commercial international: mythe où réalité?’ en Unité et diversité du droit international: écrits en l’honneur du professeur Pierre-Marie Dupuy (Brill 2014) p. 671 (“La *lex arbitrii* est la loi relative à l’arbitrage qui est en vigueur dans le pays du siège du tribunal arbitral. Pour exacte qu’elle soit dans un nombre de cas très majoritaire, cette affirmation mérite d’être précisée et nuancée. En efecto, si la sede del tribunal arbitral desempeña efectivamente un papel eminente, éste no es, sin embargo, exclusivo”).

³¹ Para las siguientes observaciones, véase también F Ferrari, ‘Plures leges faciunt arbitrum’ (2021) p. 37 Arb Intl 579, 584 y ss.

³² A von Mehren, ‘Limitations on Party Choice of Governing Law: Do They Exist for International Commercial Arbitration?’ en The Mortimer and Raymond Sackler Institute of Advanced Studies (1986) p. 19-20 (“en el caso del arbitraje comercial internacional, [la soberanía reguladora] es difusa o distribuida”).

como territorial. Por ese motivo, dependiendo de la naturaleza de los asuntos a tratar –además de cuándo y por quién– puede resultar aplicable la ley de los ordenamientos jurídicos de otros Estados distintos al de la sede. Todas las cuestiones que puedan suscitarse en un arbitraje están “sujetas a un sistema específico de derecho nacional”, ya sea el de la sede del arbitraje u otro. Por tanto, la “jurisdicción” del arbitraje radica en el derecho nacional³³. Es decir, es el derecho nacional “de donde procede la fuente del poder [de los árbitros] y la naturaleza jurídica del proceso y de la decisión resultante”³⁴. En otras palabras, “[e]l derecho nacional [...] confiere al arbitraje su carácter jurídicamente vinculante”³⁵.

Ello no significa que todas las cuestiones se rijan necesariamente por una única ley nacional, como la de la sede; varias leyes pueden ser –y generalmente lo son– aplicables a un mismo arbitraje. En otras palabras, *plures leges faciunt arbitrum*³⁶. No obstante, el punto de partida será siempre la ley de la sede.

III. Transnacionalismo y normas interpretativas

Las reflexiones precedentes son igualmente aplicables a la determinación de las normas aplicables al fondo. Así, para determinar las normas sustantivas aplicables, debe comprobarse, en primer lugar, si el ordenamiento jurídico de la sede contiene normas de derecho internacional privado autónomas, es decir, creadas específicamente para el propósito del arbitraje³⁷. En otras palabras,

³³ Para esta conclusión, véase Ferrari, ‘L’importance du siege de l’arbitrage’, n 29, p. 233; Ferrari, *Lex facit arbitrum 2.0*, n° 18, p. 7.

³⁴ E. Gaillard, *The Legal Theory of International Arbitration* (n 1) p. 2.

³⁵ WW W Park, ‘Judicial Controls in the Arbitral Process’ (1989) 5 Arb Int’l 236; véase también L Radicati di Brozolo, ‘The Present – Commercial Arbitration as a Transnational System of Justice: The Control System of Arbitral Awards: A Pro-Arbitration Critique of Michael Reisman’s ‘Architecture of International Commercial Arbitration’, in AJ Van den Berg (ed), *Arbitration: The Next Fifty Years* (Kluwer Law International 2012) 75 (“El arbitraje no puede existir ni funcionar como mecanismo legal para la resolución de disputas, nacionales e internacionales, a menos que sea tolerado y apoyado por los Estados”).

³⁶ Ferrari, F. (2022). Plures leges, sed leges faciunt arbitrum. *Arbitraje: Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, 14(1), 11–33. <https://doi.org/10.31921/ArbitrajeRACI.n14.1a2258>

³⁷ Radicati di Brozolo, L. (2018). Applying the rules governing the merits in international arbitration. In F. Ferrari & F. Rosenfeld (Eds.), *Inherent powers of arbitrators* (p. 242). Juris.

debe comprobarse si esta provisto de “disposiciones especiales de derecho internacional privado [...] creadas para aplicarse en el contexto del arbitraje, que [...] son autónomas respecto de las normas de conflicto tradicionales en la medida en que se crean específicamente para los tribunales arbitrales y suelen funcionar independientemente de las disposiciones de conflicto que se aplican en los procedimientos judiciales estatales”³⁸. Una vez identificadas, el tribunal debe determinar y descartar su eventual carácter imperativo. Sin embargo, si son imperativas, como lo son en algunos países con respecto a los contratos para la explotación de los recursos naturales de esos países, los árbitros deben necesariamente aplicarlas y considerarlas en su decisión. De no ser así, en opinión de este autor, el laudo podría incurrir en causa de anulación³⁹.

Por lo general, las normas de derecho internacional privado del arbitraje son de naturaleza meramente dispositiva. En general, son normas que las partes pueden sustituir, por ejemplo, por la elección de conjuntos de normas preexistentes, como el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI o los reglamentos de las instituciones arbitrales, que contienen normas de derecho internacional privado.

Si las partes optan por la aplicación de estos conjuntos de normas en su controversia, los árbitros deberán atenerse a sus disposiciones y aplicar la norma de conflicto allí recogida. El artículo 35 del Reglamento de Arbitraje CNUDMI 2021 o el artículo 21 del Reglamento de Arbitraje CCI 2021 son algunos de los ejemplos disponibles en la práctica. Estas normas determinarán la ley aplicable. Estas normas también legitimarán, si se da el caso, a los árbitros aplicar, asimismo, normas jurídicas transnacionales en lugar de las normas de un ordenamiento jurídico nacional concreto. Pero sería erróneo sugerir que los árbitros

³⁸ Para este enfoque, véase también F Ferrari y F Rosenfeld, ‘Applicable Law in Commercial Arbitration’ en Bjorklund, Kröll, Ferrari (n 1) 482.

³⁹ Ver G Born, *International Arbitration: Law and Practice* (3a edn, Kluwer 2021) 311, donde se afirma que “[e]n virtud de la Convención y de muchos estatutos de arbitraje existen motivos para el no reconocimiento de los laudos arbitrales que podrían invocarse para permitir a un tribunal nacional rechazar la elección por un árbitro del derecho sustantivo aplicable. En particular, los laudos que violen el orden público aplicable al negarse a aplicar una ley imperativa podrían ser objeto de no reconocimiento en virtud del artículo V(2)(b) de la Convención de Nueva York o de anulación en virtud del artículo 34(2)(b)(ii) de la Ley Modelo de la CNUDMI, mientras que los laudos que apliquen erróneamente las normas de conflicto aplicables podrían ser anulados en la sede donde exista alguna forma de revisión del fondo (como se expone más adelante). En la práctica, sin embargo, la elección por los árbitros del derecho sustantivo aplicable al litigio de las partes prácticamente nunca se invoca como motivo para anular o denegar el reconocimiento de un laudo”.

disponen siempre de esta facultad discrecional de aplicar estas normas, con el argumento de que esto es de alguna manera más coherente y más propicio para un orden jurídico arbitral transnacional⁴⁰. Esa discrecionalidad de los árbitros deriva, por el contrario, de la norma de conflicto específica aplicable. El reconocimiento de este hecho contribuirá a mermar las posibilidades de que un laudo sea susceptible de anulación, de no reconocimiento o de no ejecución.

A modo de ejemplo, no se permite a los árbitros anular una elección expresa de ley hecha por las partes aplicando una ley completamente diferente (salvo en circunstancias muy limitadas). Sabemos por la jurisprudencia que en los casos en que los árbitros han actuado de esta forma sus laudos han sido anulados⁴¹ por diversos motivos, que comprenden desde la violación del orden público, o la violación del procedimiento arbitral acordado por las partes hasta el abuso de poder, dependiendo del régimen nacional de anulación concretamente aplicable⁴². ¿Por qué habría de ser diferente si los árbitros ignoraran la ley elegida por las partes para aplicar en su lugar normas transnacionales? Seguramente no debería ser diferente.

En ausencia de una elección de las normas aplicables por las partes, muchas normas de conflictos autónomas, aplicables al arbitraje⁴³ legitiman a los árbitros para aplicar cualquier “norma jurídica” (en lugar de una ley nacional concreta) que consideren apropiada⁴⁴. En opinión de este autor, no cabe duda de que este enfoque, denominado *voie directe*, otorga a los árbitros la discrecionalidad de aplicar también normas transnacionales si las consideran

⁴⁰ Ferrari, ‘Plures leges faciunt arbitrum’ (n 30) 596; véase también L Radicati di Brozolo, ‘The Impact of National Law and Courts on International Commercial Arbitration: Mythology, Physiology, Pathology, Remedies and Trends’ (2011) Paris J Intl Arb 664 (refiriéndose al “mito de la completa libertad del arbitraje respecto de los ordenamientos jurídicos nacionales”).

⁴¹ Véase F Ferrari y L Silberman, ‘Getting to the Law Applicable to the Merits in International Arbitration and the Consequences of Getting it Wrong’ en F Ferrari y S Kröll (eds), Conflict of Laws in International Arbitration (2ª edn, Juris 2019) 426 y ss (analiza los posibles remedios a los errores de conflicto de leyes por parte de los tribunales arbitrales).

⁴² Véase, con referencias a la jurisprudencia, Ferrari y Silberman (n 40) 431 y ss.

⁴³ Véase, por ejemplo por ejemplo, Art 34(1) del Reglamento de Arbitraje Internacional AAA/ICDR (2021); Art 30(1) del Reglamento de Arbitraje DIAC (2022); Art 22.3 del Reglamento LCIA (2020); Art 24(2) del Reglamento de Arbitraje DIS (2018); Art 27(1) del Reglamento SCC (2023); Art 35(1) del Reglamento SIAC (2025); Art 27(2) del Reglamento VIAC de Arbitraje y Mediación (2021).

⁴⁴ Véase Ferrari y Rosenfeld (n 37) 494 y ss.

apropiadas. Esta discrecionalidad es una consecuencia de la norma de conflicto aplicable. Pero no está basada en la asunción de que la aplicación de normas transnacionales refleje mejor la naturaleza transnacional del arbitraje. Es importante comprender esta precisión. Significa, por ejemplo, que en ausencia de una norma de conflicto que otorgue a los tribunales arbitrales la discrecionalidad antes mencionada para aplicar “normas jurídicas”, incluidas las normas transnacionales, los árbitros deberán aplicar los cánones interpretativos de la ley nacional aplicable, con toda su idiosincrasia nacional, sin que esta actuar les legitima para “corregir” el resultado con normas transnacionales, como sugiere Anglade⁴⁵, o, peor aún, ignorar completamente las normas nacionales de interpretación.

Lo mismo ocurre si la norma de conflicto de leyes específica del arbitraje se basa en la *voie indirecte*. A diferencia de su homóloga *voie directe*, no permite a los árbitros determinar directamente la ley aplicable al fondo. Requiere la resolución preliminar de un *conflit au deuxième degré*⁴⁶ para determinar la norma de conflicto de leyes que debe aplicarse en el caso concreto.⁴⁷ Puede ocurrir que a consecuencia de ese examen deba aplicarse una ley nacional específica. Esta situación es frecuente, porque casi todas las normas de conflicto de leyes aplicables por los tribunales estatales identifican una ley nacional como ley aplicable. Los árbitros estarán vinculados por sus disposiciones, incluidos sus cánones interpretativos, salvo acuerdo en contrario de las partes, por ejemplo, declarando expresamente que su contrato debe interpretarse de buena fe (aunque la ley nacional aplicable no lo prevea). No habrá lugar para la aplicación, correctiva o de otro tipo, de normas transnacionales, sin embargo, parece que los árbitros tienen una opinión diferente.

Un estudio de 2015 de Joshua Karton⁴⁸ muestra como habitual la interpretación de los contratos por los árbitros omitiendo toda referencia a los cánones interpretativos de la ley aplicable. De hecho, “[m]uchos árbitros interpretan [...] sin tener en cuenta el método interpretativo prescrito por la ley aplicable⁴⁹ –una práctica

⁴⁵ Anglade (n 6) p. 102.

⁴⁶ Véase C Croff, ‘The Applicable Law in an International Commercial Arbitration: Is It Still a Conflict of Laws Problem?’ (1982) *Intl Law* 629; P Lalive, ‘Les règles du conflit de lois appliquées au fond du litige par l’arbitre international siégeant en Suisse’ (1976) *Rev arb* 155.

⁴⁷ Danilowicz, V. (1986). The choice of applicable law in international arbitration. *Hastings International and Comparative Law Review*, 9, 258.

⁴⁸ Karton, J. (2015). The arbitral role in contractual interpretation. *Journal of International Dispute Settlement*, 6(1), 4.

⁴⁹ Karton (n 47) p. 5.

que parece respaldar la Cámara de Comercio Internacional⁵⁰. Esta práctica es problemática, ya que vulnera la expectativa de las partes contratantes en el momento de la celebración del contrato. Al menos, en aquellos casos en los que las partes hubiesen elegido la ley aplicable y esperasen que su diferencia se resolviera sobre la base de esa ley sustantiva elegida. En otras palabras, “las partes comerciales se beneficiarían de un enfoque “legalista” de la interpretación, es decir, que se atenga a la ley aplicable y, por lo tanto, sea previsible”⁵¹. A menos que se aplique este enfoque, las partes contratantes no podrán saber a qué cánones específicos de interpretación recurrirán los árbitros en última instancia. Por el contrario, parecen inventar sus propios cánones de interpretación, independientemente de los cánones interpretativos específicos de la ley aplicable en un caso concreto.

Desgraciadamente, las conclusiones de Karton corroboran esta afirmación. Observó que cuando la ley aplicable no se ajustaba al “método preferido” de interpretación de los árbitros, el tribunal “se apartaba de la ley”⁵² o “la interpretaba creativamente para hacerla encajar”⁵³. Sus conclusiones estaban corroboradas por los patrones de los laudos publicados y las respuestas de los árbitros a los que había entrevistado. Mostraban que el “método interpretativo preferido era la interpretación subjetiva apoyada por una consideración liberal de las pruebas extrínsecas, pero dando prioridad al significado llano de los términos claramente redactados”⁵⁴.

Esto significa que “[m]uchos árbitros interpretan según su sentido de la ‘verdadera intención’ de las partes (que a menudo se parece sospechosamente al sentido comercialmente razonable del contrato de los árbitros), sin tener en cuenta el método interpretativo prescrito por la ley aplicable”⁵⁵.

⁵⁰ Véase Cámara de Comercio Internacional, ‘Introductory Note’ (2014) 25 ICC Bull 39, donde la CCI prefirió la publicación de laudos relativos a la interpretación de contratos afirmando que “[l]os árbitros no están sujetos a los sistemas jurídicos nacionales. Gozan de mayor libertad que los tribunales estatales cuando se dedican a la interpretación contractual.”

⁵¹ Karton (n 47) p. 6; vale la pena señalar que un comentarista afirmó correctamente, en relación con la interpretación de los contratos, que “la adhesión a la previsibilidad no es absoluta y puede ser modificada por varias excepciones dependiendo de la jurisdicción”, Y Chernykh, *Contract Interpretation in Investment Treaty Arbitration* (Brill 2022) 108.

⁵² Karton (n 47) p. 10.

⁵³ Karton (n 47) p. 10.

⁵⁴ Karton (n 47) p. 10.

⁵⁵ Karton (n 47) p. 5.

Sin embargo, este proceder no es del todo coherente con los cánones interpretativos contemplados por muchas legislaciones nacionales, incluida, por poner solo un ejemplo relevador, la legislación inglesa. En un documento de 2015 centrado en los cánones interpretativos del Derecho inglés, Lucy Greenwood lo señaló explícitamente cuando escribió que “[c]iertamente, la primera parte de este enfoque no es necesariamente del todo coherente con los principios establecidos de interpretación contractual en el Derecho inglés⁵⁶.

De aquí se puede inferir que el enfoque identificado por Karton como utilizado por muchos árbitros ignora la consideración de las numerosas diferencias existentes entre los métodos y cánones interpretativos de los distintos sistemas jurídicos. Los efectos de esta carencia quedan resaltados por el asunto *Dallah contra Pakistán*. El tribunal sostuvo que “los principios de interpretación contractual del derecho saudí [aplicados en última instancia por el tribunal] no eran sustancialmente diferentes de los del derecho pakistaní, el *common law* o los sistemas europeos continentales”⁵⁷. Es una afirmación errónea. Existen muchas diferencias entre los cánones de interpretación contenidos en las leyes de esos ordenamientos jurídicos. Y, pese a las afirmaciones en contrario, estas diferencias son relevantes e incluso determinantes para influir en el sentido de la decisión final en arbitrajes concretos⁵⁸. Los árbitros no deben ignorarlas y excluir, sin más, la ley aplicable en favor de confiar, simplemente, en los que Karton ha identificado como “sus juicios intuitivos sobre qué resultados son comercialmente justos o razonables”⁵⁹.

La intuición de los árbitros no debe tener más peso que la ley o las normas jurídicas aplicables.

⁵⁶ L. Greenwood, ‘Principles of Interpretation of Contracts Under English Law and Their Application in International Arbitration’ (2018) 34 Arb Intl 24.

⁵⁷ Segundo Laudo Parcial, [40]--[41], citado en Karton (n 47) 25, en referencia a A Malek y C Harris, ‘A Pilgrimage to Paris: Dallah v Pakistan’ (2010) 2(4) Intl J Arab Arb 33.

⁵⁸ Véase, por ejemplo, Karton (n 47) p. 5.

⁵⁹ Karton (n 47) p. 17.

Recent developments regarding the impact of EU law on international investment law and arbitration in Europe and beyond

PROF. DR. NIKOS LAVRANOS, LL.M.¹

MR. VÍCTOR M. BARRERA QUINTANAR, LL.M. CANDIDATE²

Abstract: This article examines recent developments in international investment law alongside significant changes in European Union (EU) law, with a focus on both substantive and procedural aspects of investor-State dispute settlement (ISDS). It analyses the EU's efforts to terminate intra-EU bilateral investment treaties (intra-EU BITs) and their implications for investors. Particular attention is given to the implications of the withdrawal of the EU and several of its Member States from the Energy Charter Treaty (ECT), the challenges investors face when enforcing favourable awards, and the increasing shift towards enforcement in jurisdictions outside the EU, i.e., such as the US, UK, Australia, and Switzerland. The article also reviews UNCITRAL Working Group III's endeavours to transition to the proposed Multilateral Investment Court (MIC), while also addressing recent trade agreements concluded by the EU with major international partners.

Key words: Investment law, Investment arbitration, ICSID, Achmea, BIT Termination, UNCITRAL Working Group III, Multilateral Investment Court, Komstroy, Energy Charter Treaty (ECT), ECT withdrawal, European Union Law, Award enforcement, Investment Dispute Resolution, Investor, State Dispute Settlement (ISDS), Termination Agreement, Investment Court System, CJEU, Arbitration, ISDS reforms.

Resumen: Este artículo examina los desarrollos recientes en el derecho internacional de inversión junto con los cambios significativos en el derecho de la Unión Europea (UE), con un enfoque en los aspectos sustantivos y procesales acerca de la solución de controversias entre inversores y Estados

¹ Secretary General of EFILA; Visiting Professor, Leiden University. All views expressed in this article are of the authors alone and cannot be attributed to EFILA or any other organisation.

² Attorney specialized in dispute resolution. LL.M. candidate at Leiden University's Advance Master of Laws in Advanced Studies in International Dispute Settlement and Arbitration.

(ISDS). Analiza los esfuerzos de la UE para terminar los tratados bilaterales de inversión intra-UE (intra-EU BITs) y sus implicaciones para los inversores. Se presta especial atención a las consecuencias del retiro de la UE y de varios Estados parte de ésta del Tratado sobre la Carta de la Energía (ECT), los desafíos que enfrentan los inversores para ejecutar laudos favorables, y el creciente cambio hacia jurisdicciones fuera de la UE, i.e., como Estados Unidos, Reino Unido, Australia y Suiza para su ejecución. El artículo también revisa los esfuerzos del Grupo de Trabajo III de UNCITRAL para la transición hacia el propuesto Tribunal Multilateral de Inversiones (MIC), además de abordar los recientes acuerdos comerciales celebrados por la UE con socios internacionales de relevancia.

Palabras clave: Derecho de inversión, Arbitraje de inversión, ICSID, CIADI, Achmea, Terminación de BITs, Grupo de Trabajo III de UNCITRAL, Tribunal Multilateral de Inversiones, Komstroy, Tratado sobre la Carta de la Energía (ECT), Retiro del ECT, Derecho de la Unión Europea, Ejecución de laudos, Resolución de disputas de inversiones, Solución de controversias entre inversores y Estados (ISDS), Acuerdo de Terminación, Sistema de Tribunales de Inversión, TJUE, Arbitraje, Reformas del ISDS.

I. Introduction

In the past years significant developments took place that highlight the increasing impact of EU law on international investment law and arbitration by affecting the investment law policy of the EU Member States, both internally and externally, and by introducing modifications to substantive and procedural aspects of international investment law. The primary focus of the EU's effort has been to modify, or as it calls it, “reform” the existing investor-State dispute settlement (ISDS) system contained in practically all bilateral investment treaties (BITs) and free trade agreements (FTAs)³. The EU started this “reform” agenda with its Communication regarding the EU's future investment policy⁴ in 2010 after it had obtained exclusive external competence for matters related to

³ See for an extensive overview: G. Bermann, “General Aspects of Investor-State Dispute Settlement” in N. Lavranos and S. Castagna (eds), *International Arbitration and EU Law* (2nd edn, Elgar 2024) 152-204.

⁴ European Commission, “Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions – Towards a

foreign direct investment (FDI) as per Article 207 of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU)⁵. The first concrete results of these efforts are the new generation trade and investment agreements, which the EU has signed with Canada⁶, Singapore⁷ and Vietnam⁸ as well as the recent updates of existing treaties with, for example, Mexico⁹ and Chile¹⁰. In addition, the Court of Justice of the EU (CJEU) –in conjunction with domestic courts of the EU Member States– have rendered in the past years several far-reaching decisions that increase the tension between EU law and international investment law.

The following sections will review the impact of EU law on ISDS, intra-EU BITs and the Energy Charter Treaty (ECT) by discussing the most important recent developments. This analysis starts with the situation post-*Achmea*¹¹, which culminated in the Termination Agreement¹², which is now fully in force for 23 Member States that have ratified it¹³.

Comprehensive European International Investment Policy”, COM (2010) 343 final, 7 July 2010, <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=celex%3A52010DC0343>> accessed 23 January 2024.

⁵ Article 207(1) TFEU: “The common commercial policy shall be based on uniform principles, particularly with regard to changes in tariff rates, the conclusion of tariff and trade agreements relating to trade in goods and services, and the commercial aspects of intellectual property, foreign direct investment, the achievement of uniformity in measures of liberalisation, export policy and measures to protect trade such as those to be taken in the event of dumping or subsidies. The common commercial policy shall be conducted in the context of the principles and objectives of the Union’s external action”. On the scope of the exclusive competence of the EU, see: N. Lavranos, “Mixed Exclusivity: The CJEU’s Opinion on the EU-Singapore FTA” (2017), 2 *European Investment Law and Arbitration Review* 3-34.

⁶ EU-Canada Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA).

⁷ EU-Singapore Free Trade Agreement, Investment Protection Agreement and Digital Trade Agreement.

⁸ EU-Vietnam Free Trade Agreement (EVFTA).

⁹ EU-Mexico Economic Partnership, Political Coordination and Cooperation Agreement. Relevantly, on 17 January 2025 the EU and Mexico concluded negotiations for the modernization of the Agreement.

¹⁰ EU-Chile Interim Trade Agreement.

¹¹ Case C-284/16 *Achmea BV v Slovak Republic* [2018] ECLI:EU:C:2018:158.

¹² See: *Termination Agreement for the termination of Bilateral Investment Treaties between the Member States of the European Union*, [2020] OJ L 169/1, 29 May 2020, ELI <http://data.europa.eu/eli/agree_eums/2020/529/oj> accessed 23 January 2025.

¹³ As of January 2025, Austria, Finland, and Sweden have still not ratified the Termination Agreement. Neither has the United Kingdom, which was a member of the EU at the time of the agreement’s signing.

Subsequently, we will examine the recent developments regarding the ECT, in particular following the failure of the ECT “modernisation” process, which has resulted in the withdrawal of several EU Member States (France, Poland, Germany, Luxembourg), while Ireland, Slovenia, Portugal, the Netherlands, Denmark and Spain have publicly announced and/or notified their intention to withdraw from the ECT¹⁴. In addition, the UK, now a non-EU Member State, also decided to denounce the ECT¹⁵. Most recently, the EU has also formally adopted a decision to withdraw from the ECT¹⁶.

Moreover, given the increasingly arbitration-unfriendly climate within the EU, we can observe a rising number of successful enforcements of intra-EU ISDS awards outside the EU, which we will review as well¹⁷.

Finally, we will focus on the external dimension of the EU’s efforts to modernise the ISDS by reviewing the state of play regarding the Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA)¹⁸ and the other EU investment agreements, and, on a global level, the first results of the United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL) Working Group III on ISDS reforms, in particular regarding the proposed Multilateral Investment Court (MIC)¹⁹.

¹⁴ See: IA Reporter, “Ireland to leave the Energy Charter Treaty” (6 June 2024), which mentions also all the other EU Member States, <<https://www.iareporter.com/articles/ireland-to-leave-the-energy-charter-treaty/>> accessed 23 January 2025.

¹⁵ See: UK Government, “UK Departs Energy Charter Treaty” (Press Release, 22 February 2024) <<https://www.gov.uk/government/news/uk-departs-energy-charter-treaty>> accessed 23 January 2025.

¹⁶ See: European Commission, “EU Notifies Exit from Energy Charter Treaty and Puts an End to Intra-EU Arbitration Proceedings” (Press Release, 28 June 2024), <https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_24_3513> accessed 23 January 2025; see generally: N. Lavranos, “Comment: Leaving the Energy Charter Treaty Also Means Leaving a Legal Mess Behind” (Borderlex, 10 July 2023) <<https://borderlex.net/2023/07/10/comment-leaving-the-energy-charter-treat-also-means-leaving-a-legal-mess-behind/>> accessed 23 January 2025; F. Eichberger, “ECT Modernisation Perspectives: No Winners: The Long End of the ECT Modernisation Process” (Kluwer Arbitration Blog, 8 May 2023) <<https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2023/05/08/ect-modernisation-perspectives-no-winners-the-long-end-of-the-ect-modernisation-process/>> accessed 23 January 2025.

¹⁷ See: *Report on Compliance with Investment Treaty Arbitration Awards 2024* (3rd edn, November 2024) <<https://www.internationalallawcompliance.com/>> accessed 23 January 2025.

¹⁸ See: for an extensive analysis: D. Overduin, “Investment Chapter in CETA: Groundbreaking or Much Ado About Nothing” in N. Lavranos and S. Castagna (eds.), *International Arbitration and EU Law* (2nd edn, Elgar 2024) 205-230.

¹⁹ See: F. Brodlija, “Sorting the Building Blocks of ISDS Reform: Recent Developments from the UNCITRAL Working Group III” (2024) 9(1) *European Investment Law and Arbitration Review*, 69-94.

II. The Termination Agreement Regarding Intra-EU BITs

Following the CJEU's *Achmea* judgment, delivered in March 2018, 23 Member States signed a Termination Agreement, which entered into force on 29 August 2020 and aims to terminate all their intra-EU BITs.

The Termination Agreement declares all intra-EU BITs and all disputes based on them to be incompatible with EU law, and thus moot. New intra-EU BIT arbitrations are declared to be no longer possible.

In addition, all sunset clauses are also declared inapplicable, meaning that investors cannot rely on the sunset clauses of those intra-EU BITs for investments made prior to their termination. In other words, whereas sunset clauses are intended to kick in when BITs are terminated in order to protect the vested rights of investors for investments made prior to termination of a BIT, the Termination Agreement retroactively takes that right away from investors.

Recently, domestic courts, in particular in France and Sweden, have annulled intra-EU ISDS awards by reference to the CJEU's jurisprudence, which declared an incompatibility of intra-EU ISDS awards with EU law²⁰.

Significantly, the German Federal Supreme Court ruled that the Netherlands could rely on a provision of German Procedural Law to effectively stop the intra-EU ECT ICSID proceedings, which were initiated by RWE and Uniper against the Netherlands²¹.

Most recently, the German Constitutional Court refused to consider the constitutional complaint of *Achmea* against the setting aside of its award following the CJEU's *Achmea* judgment²².

²⁰ Regarding France, see: Paris Court of Appeal, *République de Pologne v Société STRABAG SE et al*, Case No. 20/13085, 19 April 2022; regarding Sweden, see: Svea Court of Appeal, *Festorino Invest Limited and others v Republic of Poland*, Case No. T 12646-21, 20 December 2023.

²¹ See: Federal Court of Justice (Bundesgerichtshof), Cases I ZB 43/22, I ZB 74/22, and I ZB 75/22 <<https://www.bundesgerichtshof.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/EN/2023/2023126.html?nn=17683472>> accessed 23 January 2025.

²² German Federal Constitutional Court (BVG) 2 BvR 557/19 and 2 BvR 141/22, both judgments dated 24 July 2024.

Thus, the bottom line of these developments is that intra-EU ISDS arbitration is *de facto* impossible now within the EU, which means that European investors can only rely on domestic courts in the Member States in order to seek protection against (in)direct expropriation and other unfair treatment. This conclusion is particularly depressing given the fact that the very same European Commission and the CJEU have repeatedly confirmed the existence of a significant backsliding of the Rule of Law level in several EU Member States – in particular, due to the political pressure and influence imposed on domestic court judges²³. Hence, the level of investment and investor protection within the EU is being significantly and consistently lowered. Consequently, the only remaining option for European investors would be the European Court of Human Rights in Strasbourg, though, it remains to be seen whether this route will actually be a viable option²⁴.

All this makes it particularly attractive for European investors to (re)structure their investments via non-EU Member States, such as Switzerland or the post-Brexit UK. Additionally, as will be discussed below, this will increasingly compel European investors to enforce their intra-EU ISDS awards outside the EU.

III. The Withdrawal from the ECT by the EU and its Member States

After most of the intra-EU BITs and arbitration based on those treaties were terminated and declared incompatible with EU law, attention shifted towards the ECT. Again, the CJEU took the lead in rendering its *Komstroy* judgment²⁵, which essentially extended the ban of investment treaty arbitration to intra-EU ECT disputes.

²³ See for example: *Commission v Poland (Independence of the Supreme Court)* (Judgment, 2019) C-619/18, EU:C:2019:531; *Commission v Poland (Disciplinary Regime for Judges)* (Judgment, 2021) C-192/18, EU:C:2021:596; *Commission v Hungary (Judicial Retirement Age)* (Judgment, 2012) C-286/12, EU:C:2012:687. See also D. V. Kochenov and N. Lavranos, “Achmea versus the Rule of Law: CJEU’s Dogmatic Dismissal of Investors’ Rights in Backsliding Member States of the European Union” (2022) 14 *Hague Journal on the Rule of Law* 195, 195-219 <<https://rdcu.be/d6lGb>> accessed 23 January 2025.

²⁴ See: R. Spano, “Intra-EU BITs and Achmea: On a Collision Course with Strasbourg?” (2024) 9(1) *European Investment Law and Arbitration Review* 161-172.

²⁵ Case C-741/19 *Republic of Moldova v Komstroy LLC* ECLI:EU:C:2021:655.

In parallel, the ECT modernisation process, which resulted in a significant revision of the ECT text²⁶, and which was agreed “in principle” by all ECT Contracting Parties (including the EU and its Member States), failed because, instead of signing up to the revised ECT text, several EU Member States opted to withdraw from the ECT. In addition, in June 2024, the EU also announced that it is formally withdrawing from the ECT.

This surprising and sudden *volte face* has thrown the ECT into an existential crisis. Meanwhile, on 9 December 2024, the other non-EU Contracting Parties of the ECT have adopted the modernised ECT text, which is envisaged to provisionally enter into force as of 3 September 2025²⁷.

However, the (announced) withdrawals from the ECT has not prevented a UK-based investor (Klesch Group) from initiating ECT disputes against the EU²⁸, Germany²⁹ and Denmark³⁰. Similarly, two ECT disputes have been initiated by European and a UK investor against Finland³¹, while Croatia has also been hit by an ECT dispute initiated by a Hungarian investor³².

²⁶ Energy Charter Treaty Secretariat, “The Energy Charter Conference Adopts Decisions on the Modernisation of the Energy Charter Treaty” <<https://www.energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/CCDECS/2022/CCDEC202210.pdf>> accessed 23 January 2025.

²⁷ ECT Secretariat, <<https://www.energycharter.org/media/news/article/the-energy-charter-conference-adopts-decisions-on-the-modernisation-of-the-energy-charter-treaty/>> accessed 23 January 2025.

²⁸ See: *Klesch Group Holdings Limited and others v European Union* (ICSID Case No. ARB(AF)/23/1).

²⁹ See: *Klesch Group Holdings Limited and Raffinerie Heide GmbH v Federal Republic of Germany* (ICSID Case No. ARB/23/49).

³⁰ See: *Klesch Group Holdings Limited, Klesch Refining Denmark A/S and Kalundborg Refinery A/S v Kingdom of Denmark* (ICSID Case No. ARB/23/48).

³¹ See: *Suomi Power Networks TopCo B.V., Supernova II Bidco BV and AMF Tjänstepension AB v Republic of Finland* (ICSID Case No. ARB/24/3); *Sauna UK BidCo Limited v Republic of Finland* (ICSID Case No. ARB/24/38).

³² See: *MOL Hungarian Oil and Gas Public Limited Company v Republic of Croatia* (ICSID Case No. ARB/24/19). Similarly, further cases have been commenced against other States, for example: *Suomi Power Networks TopCo B.V., Supernova II Bidco BV and AMF Tjänstepension AB v Republic of Finland* (ICSID Case No. ARB/24/37); *Stratius Investments Limited v Hungary* (ICSID Case No. ARB/24/6); *Mondi Investments Limited v Republic of Poland* (ICSID Case No. ARB(AF)/24/1); *ExxonMobil Petroleum & Chemical BV v Kingdom of the Netherlands* (ICSID Case No. ARB/24/44); *MOL Hungarian Oil and Gas Public Limited Company v Republic of Croatia* (ICSID Case No. ARB/24/19); *Berkeley Exploration Ltd v Kingdom of Spain* (ICSID Case No. ARB/24/22).

IV. The Enforcement of Intra-EU ISDS Awards Outside the EU

Meanwhile, the intra-EU ECT awards against in particular Spain³³, but also other EU Member States, continue to be issued by arbitral tribunals. Whilst enforcement of those intra-EU ECT awards appears to now be very difficult –if not impossible– within the EU, the opposite is true for the enforcement outside the EU. Indeed, the UK High Court³⁴ has granted the *Antin* award³⁵ holders the right to seize Spanish property in London, while the *Eiser* award³⁶ has been successfully enforced in Australia³⁷ and several enforcement proceedings are pending before US courts³⁸.

More recently, the shares of Spanish state-owned operator Aena, which operates Luton Airport in the UK, were temporarily seized by award holders³⁹. This seizing order has now been lifted⁴⁰. Further, a US court has allowed the enforcement of an adverse ECT award against Spain⁴¹. Similarly, the US Court of

³³ See: *Infrastructure Services Luxembourg S.à.r.l. and Energia Termosolar B.V. (formerly Antin Infrastructure Services Luxembourg S.à.r.l. and Antin Energia Termosolar B.V.) v Kingdom of Spain* (ICSID Case No. ARB/13/31); *NextEra Energy Global Holdings B.V. and NextEra Energy Spain Holdings B.V. v Kingdom of Spain* (ICSID Case No. ARB/14/11); *9REN Holding S.à.r.l v Kingdom of Spain* (ICSID Case No. ARB/15/15).

³⁴ *Infrastructure Services Limited and another v Spain, and Border Timbers and another v Zimbabwe* [2024] EWCA Civ 1257.

³⁵ ICSID Case No. ARB/13/31 (n 33).

³⁶ See: *Eiser Infrastructure Limited and Energía Solar Luxembourg S.à r.l. v Kingdom of Spain* (ICSID Case No. ARB/13/36) Final Award, 4 May 2017.

³⁷ See: *Eiser Infrastructure Ltd v Kingdom of Spain* [2020] FCA 157 (Judgment, 24 February 2020).

³⁸ See: *Eiser Infrastructure Limited and Energía Solar Luxembourg S.à.r.l. v Kingdom of Spain*, Case 1:18-cv-01686-CKK; Case 1:17-cv-03808-LAK (United States District Court for the District of Columbia).

³⁹ Susannah Moody, ‘Award Creditor Targets Spanish Shares in London Airport’ (Global Arbitration Review, 5 August 2024) <<https://globalarbitrationreview.com/article/award-creditor-targets-spanish-shares-in-london-airport>> accessed 23 January 2025.

⁴⁰ Jack Ballantyne and Sebastian Perry, “London Court Lifts Freeze on Luton Airport Assets” (Global Arbitration Review, 20 September 2024) <<https://globalarbitrationreview.com/article/london-court-lifts-freeze-luton-airport-assets>> accessed 23 January 2025.

⁴¹ See: *Ioan Micula and others v The Government of Romania*, Civil No. 17-Cv-02332 (APM) (United States District Court for the District of Columbia). The United States Court of Appeals for the District of Columbia Circuit upheld the decision in No. 1:17-cv-02332.

Appeals recently issued an important decision clarifying that Spain cannot rely on sovereign immunity to prevent the enforcement of ECT awards in the US⁴². Finally, the Swiss Supreme Court also pushed back against the EU's argument that intra-EU ISDS awards could not be enforced in Switzerland⁴³. Hence, it is now clear that the enforcement of intra-EU ECT awards is significantly more successful outside the EU than within the EU.

V. The Investment Court System

In recent FTAs with Canada (CETA), Singapore and Vietnam, the EU and its Member States have replaced the ISDS system with the new so-called investment court system (ICS)⁴⁴. Essentially, the ICS would create a semi-permanent, two-tiered, court-like system, which significantly moves away from arbitration. The ICS would consist of a first instance tribunal with 15 members and an appellate tribunal of six members. The most important change is that the claimant would not have any say in the selection of the members of the tribunal. Instead, the Contracting Parties, including the Respondent in the respective dispute, would appoint all members by common agreement for several years.

Consequently, party autonomy, which is one of the hallmarks of arbitration, would be effectively eliminated. This obviously shifts the balance to the advantage of States. In particular, it is not difficult to anticipate that States will appoint members whom they consider to be more pro-State biased rather than pro-investor biased. Indeed, the damaging effect of the politicisation of the appointment of members of international courts and tribunals is currently visible regarding the

⁴² See: *NextEra Energy Global Holdings B.V. and NextEra Energy Spain Holdings B.V. v Kingdom of Spain*, No. 23-7031; *9REN Holding S.A.R.L. v Kingdom of Spain*, No. 23-7032; *Blasket Renewable Investments LLC v Kingdom of Spain*, No. 23-7038 (United States Court of Appeals for the District of Columbia Circuit, 16 August 2024).

⁴³ See: *EDF Energies Nouvelles S.A. v Kingdom of Spain* (Judgment of the Swiss Federal Tribunal, Case No. 4A_244/2023, 3 April 2024).

⁴⁴ See: Chapter 8 of the CETA. See also for a detailed analysis: M. Bungenberg and A. Reinisch, *From Bilateral Arbitral Tribunals and Investment Courts to a Multilateral Investment Court – Options Regarding the Institutionalization of Investor-State Dispute Settlement* (Springer 2020) open access <<https://link.springer.com/book/10.1007/978-3-662-59732-3>> accessed 23 January 2025.

World Trade Organization (WTO) Appellate Body, for which the US refuses to agree on the re-appointment of several of the Body's members; this has effectively paralysed the Appellate Body and prevents it from carrying out its functions⁴⁵. As a consequence thereof, the EU –rather ironically– has proposed arbitration as a solution to overcome the current paralysis of the WTO Appellate Body⁴⁶.

The other important feature, which strongly deviates from arbitration, is the possibility of lodging an appeal on both points of law and fact. This will obviously increase the costs of the parties and further extend the length of the proceedings. It also gives both parties a second bite of the apple, which is exactly what arbitration intends to avoid by offering only a one-shot procedure with a final binding award.

Despite the initial success of the EU in introducing the ICS in its FTAs, it ought to be noted that Japan did not accept the ICS in its FTA with the EU. The ICS has also not been included in either the recently signed FTA between the EU and New Zealand, and the FTA between the EU and Mercosur, nor is it on the table in the EU's FTA negotiations with Australia.

Meanwhile, the ratification of CETA and the other EU FTAs is meeting significant opposition in many EU Member States because national parliaments are still not convinced that the ICS sufficiently addresses their concerns regarding the current ISDS system generally. While, at the time of writing, 17 out of 27 EU Member States (plus the UK) have ratified the CETA investment chapter⁴⁷, there is still resistance; for example, in Ireland the Irish Supreme Court has rejected CETA by ruling that either changes to the Irish arbitration law or a referendum is needed for the ratification of CETA⁴⁸. Therefore, if and when the ICS under the various EU FTAs will actually become operational remains questionable.

⁴⁵ See for a detailed analysis: P. Van den Bossche, "Can the WTO Dispute Settlement System Be Revived? Options for Addressing a Major Governance Failure of the World Trade Organization" (*WTI Working Paper* No. 03/2023) <https://www.wti.org/media/filer_public/dc/68/dc6816ae-6d34-4f95-8d8d-837597ce54f3/wti_wp_03_2023.pdf> accessed 23 January 2025.

⁴⁶ Commission, "WTO Multi-Party Interim Appeal Arrangement Gets Operational" (3 August 2020 <https://policy.trade.ec.europa.eu/news/wto-multi-party-interim-appeal-arrangement-gets-operational-2020-08-03_en> accessed 23 January 2025.

⁴⁷ See for the ratification status: Council of the EU <<https://www.consilium.europa.eu/en/documents-publications/treaties-agreements/agreement/?id=2016017>> accessed 23 January 2025.

⁴⁸ See P. Leonard, "Ratification of the ISDS Provisions in CETA - Current Court and Legislative Challenges" (2022) 7 *European Investment Law and Arbitration Review* 113-126.

VI. Towards a Multilateral Investment Court

In 2017, the European Commission, together with Canada and Mauritius, convinced UNCITRAL to set up a Working Group III with a broadly formulated mandate to identify and examine any of the perceived shortcomings of the current ISDS system and to propose possible solutions⁴⁹. The discussions began in late 2017 and have since then made some progress, especially by drafting provisions for the creation of the Advisory Centre⁵⁰ and by adopting the Code of Conduct for arbitrators and judges⁵¹. In these discussions, the European Commission, Canada, Mauritius and several South American States have repeatedly referred to the Multilateral Investment Court (MIC) as the panacea that would solve most, if not all, of the perceived shortcomings of the current ISDS system⁵².

The MIC would be based on the ICS as contained in the EU's recent FTAs. However, many States are not convinced that creating a new international court would be the appropriate solution. In particular, Chile, Israel, Japan, Russia, the US and some Asian States are not yet convinced and instead consider reforming or modifying the existing rules and institutions, such as, for instance, the International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID) Convention

⁴⁹ All documents of UNCITRAL Working Group III are available here: <https://uncitral.un.org/en/working_groups/3/investor-state> accessed 23 January 2025.

⁵⁰ United Nations Commission on International Trade Law, "Summary of the First Meeting on the Operationalization of the Advisory Centre" (18 December 2024) UN Doc A/CN.9/WG.III/WP.251 <<https://undocs.org/en/A/CN.9/WG.III/WP.251>> accessed 23 January 2025; "Possible Reform of Investor-State Dispute Settlement (ISDS): Draft Statute of an Advisory Centre on International Investment Dispute Resolution" (7 February 2024) UN Doc A/CN.9/WG.III/WP.238 <<https://undocs.org/en/A/CN.9/WG.III/WP.238>> accessed 23 January 2025; "Possible Reform of Investor-State Dispute Settlement (ISDS): Draft Provisions on the Establishment of an Advisory Centre on International Investment Law" (30 June 2023) UN Doc A/CN.9/WG.III/WP.230 <<https://undocs.org/en/A/CN.9/WG.III/WP.230>> accessed 23 January 2025; "Advisory Centre" (3 December 2021) UN Doc A/CN.9/WG.III/WP.212 and Add.1 <<https://undocs.org/en/A/CN.9/WG.III/WP.212>> accessed 23 January 2025. *Inter alia*, see further UNCITRAL Working Group III documents on the Advisory Centre.

⁵¹ UNCITRAL, "Report of Working Group III (Investor-State Dispute Settlement Reform) on the work of its resumed fortieth session" (7 October 2022) <<https://undocs.org/en/A/CN.9/1124>> accessed 23 January 2025.

⁵² European Union and its Member States, "Submission to UNCITRAL Working Group III on Possible Reform of Investor-State Dispute Settlement (ISDS)" (24 January 2019) UN Doc <A/CN.9/WG.III/WP.159 <http://undocs.org/en/A/CN.9/WG.III/WP.159>> accessed 23 January 2025.

or the Permanent Court of Arbitration (PCA), to be a more effective and realistic option. In fact, revised ICSID Arbitration Rules entered into force in July 2022⁵³. After all, in the past 50 years, more than 3,000 BITs and FTAs have been concluded and more than 1,300 ISDS disputes have been initiated, much to the general satisfaction of the users. Indeed, according to statistics provided by the United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD), States win more cases than claimants⁵⁴. Thus, States have little reason to complain about the current ISDS system, which is also confirmed by the fact that States continue to conclude BITs and FTAs with ISDS provisions.

Meanwhile, the UNCITRAL Working Group III negotiations continue at a steady pace. The most recent discussions focus on the draft provisions for a “standing mechanism for the resolution of international investment disputes”, i.e., the MIC. The 40-plus draft provisions are already fairly detailed and indicate that the creation of the MIC is likely to happen⁵⁵. The MIC will consist of a Tribunal and an Appeals Tribunal, supported by a Secretariat. All members of both tribunals will be selected by the Contracting Parties for a non-renewable term. The members of the tribunals shall most likely serve on a full-time basis, meaning that they are not allowed to have any other jobs.

Compared with international arbitration, the MIC system will entirely cut out any influence of the investor/claimant regarding the selection of the members of the tribunals, the selection of the seat or the choice of the arbitration rules. Consequently, there is a clear danger that the MIC will become a pro-State biased institution.

In addition to drafting the provisions for the MIC, the UNCITRAL Working Group III has been discussing a whole range of so-called “cross cutting” issues, which aim to address mainly procedural issues, but which potentially could have far-reaching

⁵³ International Centre for Settlement of Investment Disputes, “ICSID Administrative Council Approves Amendment of ICSID Rules” (21 March 2022) <<https://icsid.worldbank.org/news-and-events/communiques/icsid-administrative-council-approves-amendment-icsid-rules>> accessed 23 January 2025.

⁵⁴ United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD), “Facts and Figures on Investor-State Dispute Settlement Cases” (IIA Issues Note No. 3, 2024) <<https://unctad.org/publication/facts-and-figures-investor-state-dispute-settlement-cases>> accessed 23 January 2025.

⁵⁵ United Nations Commission on International Trade Law, “Possible Reform of Investor-State Dispute Settlement (ISDS): Draft Statute of a Standing Mechanism for the Resolution of International Investment Disputes, Note by the Secretariat” (8 February 2024) UN Doc A/CN.9/WG.III/WP.239 <<https://undocs.org/en/A/CN.9/WG.III/WP.239>> accessed 23 January 2025.

consequences⁵⁶. For example, the facilitation of counterclaims by Respondent States, the restrictions on Third Party Funding, the elimination of shareholders' claims and restrictions on the calculation of damages. If adopted, these "reforms" will create further hurdles for claimants to successfully obtain adequate compensation, while at the same time, increasingly shielding States from ISDS claims, which appears to be the ultimate goal of "reforming" "crossing cutting issues".

Since the UNCITRAL parties have agreed that the Working Group III on ISDS reform must conclude its work by the end of 2026, it remains to be seen whether all these reform proposals will gain sufficient traction and support from all the major economies, the investors and the arbitration community generally to be adopted.

In any event, the draft provisions of the MIC foresee an "opt-in" system, thereby allowing each State to decide whether or not to join the MIC and for which Investment Treaties it shall be applicable. This will arguably make the multilateral treaty, which will contain the MIC, more acceptable as an optional protocol for a large number of States.

VII. Outlook

Over the past decade, the EU has become an active driver in shaping international investment law and arbitration. The impact of EU law on ISDS is particularly noticeable, by effectively banning intra-EU ISDS arbitrations based on intra-EU BITs and the ECT. Moreover, recognition and enforcement of intra-EU BITs/ECT awards within the EU is becoming very difficult, if not impossible. Consequently, the enforcement of awards is now clearly shifting towards jurisdictions outside the EU, in particular, US, UK, Australia and Switzerland⁵⁷.

⁵⁶ United Nations Commission on International Trade Law, "Possible Reform of Investor-State Dispute Settlement (ISDS): Draft Provisions on Procedural and Cross-Cutting Issues" (10 August 2024) UN Doc A/CN.9/WG.III/WP244 <<https://undocs.org/en/A/CN.9/WG.III/WP244>> accessed 23 January 2025.

⁵⁷ In the United States, see inter alia US District Court for the District of Columbia, *JGC Holdings Corporation v Kingdom of Spain*, Case 1:23-cv-02701-RC, [decision date not provided]; US Court of Appeals for the District of Columbia Circuit, *Micula v Government of Romania*, Case No. 23-7008, [decision date not provided]. In the United Kingdom, see inter alia Court of Appeal, *Infrastructure Services Luxembourg S.à.r.l. and Energia Termosolar B.V. (formerly Antin Infrastructure Services Luxembourg S.à.r.l. and Antin Energia Termosolar B.V.) v Kingdom of Spain*, [2024] EWCA Civ 1257, 22 October 2024; High Court, *NextEra Energy*

All this will inevitably lower the level of investment and investor protection within the EU. Therefore, it remains to be seen whether the European Court of Human Rights could compensate for this loss of investment and investor protection.

At the international level, it is notable that even after more than a decade of finalising the negotiations, none of the EU's so-called "new generation" investment agreements have entered into force. Meanwhile, the EU has signed a new type of "Sustainable Investment Facilitation Agreement" with Angola, which, however, lacks any ISDS provisions and provides for a very basic level of investment protection⁵⁸.

Despite the EU's limited success to get its investment treaties ratified by the EU Member States, it has been making significant progress in UNCITRAL Working III regarding the potential creation of the MIC and the reforms of the "cross-cutting" issues.

Thus, one can clearly identify a contradictory policy of the EU and its Member States regarding investment treaty arbitration: internally, within the EU, investment treaty arbitration is abolished within the EU, while externally, on the international level, it is maintained and further developed – albeit in a reformed version.

Consequently, whereas European investors are now prevented from bringing investment treaty arbitration proceedings against EU Member States, non-European investors continue to do so⁵⁹. At the same time, European investors enthusiastically continue to bring claims against third countries⁶⁰.

Global Holdings B.V. and NextEra Energy Spain Holdings B.V. v Kingdom of Spain, CL-2023-000259, [decision date not provided]; Supreme Court, *Micula and others v Romania*, [2020] UKSC 5, 19 February 2020. In Australia, see inter alia High Court of Australia, *Kingdom of Spain v Infrastructure Services Luxembourg S.à.r.l.*, [2023] HCA 11, 12 April 2023; Federal Court of Australia, *Eiser Infrastructure Ltd v Kingdom of Spain*, [2020] FCA 157, 24 February 2020. In Switzerland, see inter alia Swiss Federal Tribunal, *Natland Investment Group NV and others v Czech Republic*, Case No. 4A_244/2023, 3 April 2024; Swiss Federal Tribunal, *EDF Energies Nouvelles S.A. v Kingdom of Spain*, Case No. 4A_244/2023, 3 April 2024.

⁵⁸ See: EU-Angola Sustainable Investment Facilitation Agreement (1 September 2024) <<https://trade.ec.europa.eu/access-to-markets/en/content/eu-angola-sustainable-investment-facilitation-agreement-sifa>> accessed 23 January 2025; N M-P Potin, "EU-Angola Sustainable Investment Facilitation Agreement: Key Features, Benefits and Impact" (2024) 9(2) *European Investment Law and Arbitration Review* 245, 245-276.

⁵⁹ See: *Klesch Group Holdings Limited and others v European Union* (ICSID Case No. ARB(AF)/23/1); *Klesch Group Holdings Limited and Raffinerie Heide GmbH v Federal Republic of Germany* (ICSID Case No. ARB/23/49); *Klesch Group Holdings Limited, Klesch Refining Denmark A/S and Kalundborg Refinery A/S v Kingdom of Denmark* (ICSID Case No. ARB/23/48); *Huawei Technologies Co., Ltd. v Kingdom of Sweden* (ICSID Case No. ARB/22/2).

⁶⁰ See e.g.: *ENAGAS S.A. (España) and ENAGAS Internacional S.L.U. (España) v. Peru* (ICSID Case No. ARB/18/26), Award, 20 December 2024; *AXA S.A. v. United Mexican States* (ICSID Case No. ARB/24/49) (pending); *ENCORE Investment Group Limited v. Republic of Türkiye* (ICSID Case No. ARB/24/46) (pending); *Kurt Harald Grüninger, Alexandra Grüninger, and Sascha Spittel v. Republic of Costa Rica*

In sum, it is clear that EU law will continue to impact international investment law and arbitration over the coming years. The artificially created and unnecessary conflict between EU law and international investment law seems to have been decided in favour of EU law—at least within the EU and its Member States—. Meanwhile, arbitral tribunals continue to push back against *Achmea* and *Komstroy* and continue to exercise their jurisdiction⁶¹. However, most recently, two ICSID arbitral tribunals have declined jurisdiction in two intra-EU ECT disputes by accepting the EU law objections of Spain⁶². Further, domestic courts in jurisdictions outside the EU—i.e., US, UK, Australia and Switzerland—do not feel bound by EU law and thus continue to recognise and enforce intra-EU ISDS awards on the basis of their international treaty law obligations—stemming in particular from the ICSID Convention and New York Convention⁶³.

Consequently, the arbitration community must accept the lasting impact of EU law on international investment law, and deal with it by finding creative solutions for investors and their investments.

(ICSID Case No. ARB/23/16) (pending); *VINCI Highways SAS and VINCI Concessions SAS v. Republic of Peru* (ICSID Case No. ARB/21/60) (pending); IA Reporter, Germany's Wintershall lodges duo of treaty arbitrations against Russia, 1 October 2024, <<https://www.iareporter.com/articles/germanys-wintershall-lodges-duo-of-treaty-arbitrations-against-russia/>> accessed 23 January 2025.

⁶¹ See: *Vattenfall AB and others v Federal Republic of Germany* (Decision on the Achmea Issue, 31 August 2018) (ICSID Case No. ARB/12/12); *Masdar Solar & Wind Cooperatief U.A. v Kingdom of Spain* (Award, 16 May 2018) (ICSID Case No. ARB/14/11); *Stadtwerke München GmbH, RWE Innogy GmbH and others v Kingdom of Spain*, Decision on Jurisdiction, 2 December 2019) (ICSID Case No. ARB/15/1).

⁶² See: *Sapec SA v Kingdom of Spain* (Decision on Jurisdiction, 2024) (ICSID Case No. ARB/19/23); *European Solar Farms v Kingdom of Spain* (Decision on Jurisdiction, 2024) (ICSID Case No. ARB/18/45); IA Reporter, 'Revealed: Unpacking the Reasons Why Two ICSID Tribunal Majorities Upheld Spain's Intra-EU Jurisdictional Objection under the Energy Charter Treaty' (17 October 2024) <<https://www.iareporter.com/articles/revealed-unpacking-the-reasons-why-two-icsid-tribunal-majorities-upheld-spains-intra-eu-jurisdictional-objection-under-the-energy-charter-treaty/>> accessed 23 January 2025.

⁶³ See: IA Reporter, DC court declines Spain's request to stay proceedings for enforcement of intra-EU ECT award pending decision by US Supreme Court, 14 January 2025, <<https://www.iareporter.com/articles/dc-court-declines-spains-request-to-stay-proceedings-for-enforcement-of-intra-eu-ect-award-pending-decision-by-us-supreme-court/>> accessed 23 January 2025; IA Reporter, Analysis: Unpacking the DC Circuit Court's finding that US courts have jurisdiction to hear bids to enforce intra-EU ECT awards against Spain, but cannot issue anti-anti-enforcement injunctions, 17 August 2024, <<https://www.iareporter.com/articles/analysis-unpacking-the-dc-circuit-courts-finding-that-us-courts-have-jurisdiction-to-hear-bids-to-enforce-intra-eu-ect-awards-against-spain-but-cannot-issue-anti-anti-enforcement-injunction/>> accessed 23 January 2025. See also the Amicus Curiae Brief by International Law scholars submitted to the US Court of Appeals, <<https://www.qmul.ac.uk/ccls/media/law/docs/news/Micula-Amicus-Brief-IS.pdf>> accessed 23 January 2025.

Contratos de estado y arbitraje de inversión

HUGO CARDONA

MCIARB, PROFESOR ASOCIADO DE ARBITRAJE INTERNACIONAL & ADR, UNIVERSIDAD CEU SAN PABLO, MADRID

Resumen: El sistema de protección de inversiones extranjeras refleja la preeminencia de los tratados como la principal fuente sustantiva del arbitraje de inversión. Del mismo modo, la doctrina se centra en los tratados y en cierta medida omite la atención que requieren los contratos transnacionales. Sin embargo, las recientes estadísticas del arbitraje CIADI reflejan una tendencia creciente de disputas que se fundamentan en contratos celebrados entre inversores extranjeros y Estados receptores. Ante los actuales debates en torno al sistema de arbitraje basado en tratados, el artículo sostiene que los “contratos de Estado” podrían retomar su histórica relevancia, por cuanto resulta pertinente identificar su tipología, particularidades y la posible responsabilidad internacional emergente de los mismos.

Palabras clave: IED, Contratos de inversión, Arbitraje internacional, CIADI, Responsabilidad del Estado.

Abstract: The system of foreign investment protection reflects a pre-eminence of treaties as the main substantive source of international investment arbitration. Furthermore, legal doctrine focuses on treaties and tend to overlook the attention that transnational contracts require. However, recent ICSID caseload statistics show a growing trend towards investment disputes based on contracts concluded between foreign investors and host States. Considering the current debate around investment-treaty arbitration, the article argues that “state contracts” may regain their historical relevance, making it essential to identify their particularities and the potential international responsibility arising from them.

Keywords: FDI, Investment contracts, International arbitration, ICSID, State responsibility.

SUMARIO:

I. INTRODUCCIÓN. II. CONTRATOS DE INVERSIÓN COMO FUENTE DE OBLIGACIONES BILATERALES. III. EVOLUCIÓN Y TIPOS DE CONTRATOS DE INVERSIÓN. 1. Concesiones sobre recursos naturales. **2.** Concesiones sobre servicios públicos. **3.** Contratos de construcción, operación y transferencia. **4.** Asociaciones público-privadas. **IV. Matices del Arbitraje Internacional Emergente de Contratos de Inversión. V. ¿RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL POR VULNERACIÓN A CONTRATOS DE INVERSIÓN? 1.** Distinción entre la responsabilidad internacional en base a tratados y a contratos. **2.** Vulneración de cláusulas de estabilización y cláusulas paraguas. **3.** Aplicabilidad del estándar mínimo de trato a los contratos de estado. **VI. CONCLUSIÓN**

I. Introducción

Durante las últimas décadas, el análisis del derecho internacional de inversiones se ha enfocado en los tratados bilaterales y multilaterales de inversión como principales elementos sustantivos de protección jurídica. Estos acuerdos representan el origen de la mayor cantidad de reclamaciones de arbitraje inversor-Estado¹ y han generado un volumen relevante de decisiones². En este sentido, actualmente existe una prevalencia del estudio del arbitraje basado en tratados, (*investment-treaty arbitration*), y se ha omitido la observación jurídica al arbitraje fundamentado en contratos de inversión, (*contract-based investment arbitration*). Lo anterior, pese a que el mecanismo contractual ha sido la principal fuente para la canalización de inversiones extranjeras directas (IED) y medio a través del cual se concretan los proyectos transnacionales de mayor relevancia³.

¹ UNCTAD, *International Investment Agreements Navigator*, disponible en <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements> (Consultado en 29/09/24).

² A la fecha de presentación de este documento se registraron 1.332 casos de arbitraje inversor-Estado, de los cuales 958 se encuentran concluidos. Para obtener datos actualizados consultar: UNCTAD, *Investment Dispute Settlement Navigator*, disponible en <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement> (Consultado en 12/01/25).

³ UNCTAD., *State Contracts. UNCTAD Series on issues in international investment agreements*. Nueva York y Ginebra: United Nations Publications, 2004, pp. 3-4.

A partir de la propuesta de Paulsson relativa a que los Estados habrían realizado una oferta pública a arbitrar sus diferencias con inversores extranjeros tras haber otorgado el consentimiento anticipado en los tratados de protección de inversiones⁴, se ha restado importancia a los contratos de Estado y también se ha generado una percepción imprecisa de que el amparo internacional a las inversiones únicamente puede erigirse bajo tratados⁵. Por ello, se evidencia un vacío a partir de los años noventa en lo que respecta al análisis de los contratos transnacionales modernos celebrados entre empresas (de capital privado o mixto) y Estados receptores o subdivisiones del mismo, así como en lo referente al surgimiento de una posible doctrina de responsabilidad internacional del Estado por quebrantamientos de contratos de inversión⁶. Por ello, es necesario explorar la emergencia de un derecho de protección de inversiones extranjeras basado en contratos transnacionales⁷.

Es pertinente, asimismo, considerar un posible incremento de diferencias contractuales relativas a inversiones. Conviene por tanto remontarse a los orígenes del sistema arbitral, desarrollado mediante contratos de Estado, para evaluar sus posibilidades futuras⁸.

⁴ Paulsson, J., "Arbitration Without Privity", *ICSID Review-Foreign Investment Law Journal*, Vol. 10, Issue 2, 1995, pp. 232-257.

⁵ Sornarajah, M., *The International Law on Foreign Investment*. 5ª Ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2021, pp. 340-347.

⁶ Ho, J., *State Responsibility for Breaches of Investment Contracts*. Cambridge: Cambridge University Press, 2020; Anteriormente, los contratos en el derecho de las inversiones fueron objeto de estudio, pero se dejaron de lado a partir del auge del arbitraje centrado en tratados. En esta línea, conviene reabrir este campo de investigación, que ha sido abordado por la monografía de Jean Ho aquí citada. Para estudios previos ver, por ejemplo, Greenwood, C., "State Contracts in International Law-The Libyan Oil Arbitrations". *British Yearbook of International Law*, Vol. 53, Issue 1, 1982, pp. 27-81.

⁷ *Ibidem*. El presente artículo utiliza como sinónimos los términos contratos transnacionales, contratos de Estado y contratos de inversión.

⁸ Brower, C. "ISDS At a Crossroads: How the Settlement of Investor-State Disputes is Being Transformed", *Proceedings of the Annual Meeting, American Society of International Law*, Vol. 112, 2018, pp. 191-200. Disponible en <https://itainreview.org/articles/Fall2019/state-parties-in-contract-based-arbitration.html> (Consultado en 12/01/25); Brower hace referencia al término "*investmercial arbitration*", al referirse a que las disputas relativas a inversiones cuentan con elementos públicos y privados, y propone romper con la falsa dicotomía de que el arbitraje comercial, el arbitraje de inversión basado en tratados, y el arbitraje interestatal sobre disputas de inversiones, mantienen fronteras absolutas.

II. Contratos de inversión como fuente de obligaciones bilaterales

Históricamente, los contratos fueron la base legal para la canalización de la IED⁹ hacia grandes proyectos transnacionales de infraestructura, exploración y explotación de recursos naturales, y gestión y desarrollo de servicios públicos¹⁰. En general, estos acuerdos denominados contratos inversión o de Estado¹¹, incorporaron cláusulas de resolución de controversias a través del arbitraje internacional¹².

Al observar las estadísticas de los procedimientos de arbitraje de inversión ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), se evidencia que, desde su creación en 1966, hasta el año 1991¹³, las reclamaciones arbitrales ante esta institución se fundamentaron exclusivamente en contratos de inversión¹⁴.

Si bien el sistema de tratados constituye hoy por hoy el eje central de la protección a las inversiones extranjeras¹⁵, la trascendencia de los mecanismos contractuales inversor-Estado es creciente¹⁶; estos pueden adaptarse a las necesidades de las relaciones jurídicas de largo plazo. Asimismo, es preciso diseñar instrumentos flexibles en las relaciones híbridas; por ejemplo, mecanismos que incorporen

⁹ Sornarajah, M., *op. cit.* (cita 5), p. 340; *ibid.*, (nota 9), p. 110.

¹⁰ *Ibid.*, (cita 9).

¹¹ Zambrana Tevar, N., *La determinación del derecho aplicable en el arbitraje de inversiones*; Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi, 2010, pp. 84-86; Por tratarse de una representación de la globalización de los contratos administrativos.

¹² Arbitraje bajo contrato entre partes, y en este caso, en contraste con Paulsson, “Arbitration with privity” o “privity to arbitration”. Por ejemplo, ver: Magnarelli, M., *Privity of Contract in International Investment Arbitration: Original Sin or Useful Tool?* Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2020.

¹³ El primer arbitraje ante el CIADI emergente de un tratado bilateral de inversión es el caso *Asian Agricultural Products Ltd (AAPL) c República de Sri Lanka* en el año 1990.

¹⁴ ICSID Caseload Statistics 2023-1. Disponible en <https://icsid.worldbank.org/es/recursos/publicaciones/la-carga-de-casos-del-ciadi-estadisticas> (Consultado en 30/09/2024).

¹⁵ Global Arbitration Review, *Polasek reflects on ICSID's first 1.000 cases*. Report on the 10th Annual European Federation of Investment Law and Arbitration (EFILA) Lecture. Disponible en <https://globalarbitrationreview.com/article/polasek-reflects-icsids-first-1000-cases> (Consultado en 12/01/25).

¹⁶ Collins, D., *An Introduction to International Investment Law*. 2da Ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2023, p. 66.

elementos del derecho contractual comparado¹⁷, para viabilizar el cumplimiento de obligaciones dimanantes, tanto del derecho doméstico, como del derecho internacional. Por ejemplo, cuestiones relativas a la regulación internacional en materia de derechos humanos¹⁸ y medio ambiente¹⁹, sin que la observancia a estos principios o normas ulteriores colisione con la protección que requiere la inversión extranjera²⁰ ante un contexto geopolítico y regulatorio cada vez más desafiante.

En consecuencia, es oportuno ampliar el campo de investigación en el derecho de las inversiones, teniendo en cuenta las virtudes y propuestas de mejora del mecanismo arbitral²¹, (sin dejar de lado otros métodos de prevención y resolución de conflictos), pero desde la perspectiva material del derecho contractual transnacional como elemento relevante para el andamiaje jurídico de las inversiones transfronterizas.

Conviene puntualizar que, al referirnos al arbitraje de inversiones emergente de contratos, son las previsiones contractuales las que operan como base del arbitraje, a diferencia de lo que ocurre en los arbitrajes bajo tratados. En estos últimos, la propia “inversión” es la base del arbitraje²²; es decir, los contratos podrían considerarse “activos” o “inversiones” conforme a la definición de “inversión” de algunos tratados. Esta cuestión no es el objeto de este estudio. Se analiza en su lugar el litigio arbitral sobre inversiones no basado en tratados.

¹⁷ Moreno Rodríguez, J., *Private (and Public) International Law and Investment Arbitration*. Recueil des cours, Collected Courses, Tome 429, Leiden: Brill, 2023; Ver Proyecto de investigación conjunto entre UNIDROIT y el Instituto de Derecho Global de la Cámara de Comercio Internacional (CCI) sobre Principios UNIDROIT y Contratos Internacionales de Inversión. Presentación de Rocco Palma. Disponible en <https://www.unidroit.org/wp-content/uploads/2023/07/03.07-IPLD-UNIDROIT-Principles-and-Int-Investment-contracts-UPICC-IICs-R.-Palma.pdf> (Consultado en 12/01/25).

¹⁸ Por ejemplo, el comentario de los Principios Rectores sobre las Empresas y Derechos Humanos, No. 9 señala, que “(...) los Estados deben asegurarse de que retienen las facultades normativas y regulatorias para proteger los derechos humanos en el marco de tales acuerdos, sin dejar de ofrecer la necesaria protección a los inversores”. Disponible en https://www.ohchr.org/sites/default/files/documents/publications/guidingprinciplesbusinesshr_sp.pdf (Consultado en 12/01/2025).

¹⁹ Acuerdo de París sobre el Climático. Disponible en https://unfccc.int/files/meetings/paris_nov_2015/application/pdf/paris_agreement_spanish_.pdf (Consultado en 11/01/2025).

²⁰ Subedi, S, *International Investment Law. Reconciling Policy and Principle*. Oxford: Hart Publishing, 2016, p. 208.

²¹ Ver las actuales propuestas del Grupo de trabajo III de CNUDMI. Disponible en https://uncitral.un.org/es/working_groups/3/investor-state (Consultado en 11/01/2025).

²² En este punto residen los debates iniciales acerca de si se trata o no de una “inversión protegida” por el tratado de inversión invocado conforme este defina el término “inversión”.

Por otra parte, en el arbitraje de inversión existen circunstancias en las que el Estado puede actuar como parte accionante²³. Pese a esta igualdad formal, existen pocos ejemplos en los que el Estado haya iniciado una reclamación arbitral relativa a inversiones. Cabe resaltar que estos casos se fundamentaron en contratos de Estado²⁴, como reflejo de un sistema de obligaciones bilaterales que admite un método de resolución de disputas “de doble vía”²⁵.

III. Evolución y tipos de contratos de inversión

Desde las antiguas comisiones mixtas de resolución de controversias²⁶, la vía contractual se consideró como un mecanismo eficiente para resolver controversias transnacionales. Hoy por hoy, retorna la importancia del análisis sobre la relación entre el derecho contractual transnacional y el derecho internacional público²⁷. De forma previa, se describen las categorías más frecuentes de contratos de inversión²⁸.

Tradicionalmente, en el sector de los recursos naturales y energía, los Estados en vías de desarrollo requerían la exploración y explotación de las materias

²³ Brower, C., *op. cit.*, (cita 8), p. 113; Los redactores del Convenio CIADI habrían contemplado el acceso igualitario al mecanismo de resolución de controversias. En este sentido señalaron: “El Convenio permite la iniciación de procedimientos tanto por los Estados receptores como por los inversores, y los directores ejecutivos han tenido siempre presente que las disposiciones del Convenio deben adaptarse por igual a las exigencias de ambos casos”. (Traducción por el autor). CIADI, Informe de los Directores Ejecutivos sobre el Convenio CIADI, Art. III (13). Disponible en https://icsid.worldbank.org/en/Documents/resources/ICSID_Conv%20Reg%20Rules_EN_2003.pdf (Consultado en 12/01/2025).

²⁴ Por ejemplo, *Perú c. Caraveli Cotaruse Transmisora de Energía S.A.C.* Caso CIADI No. ARB/13/24. Resolución de suspensión de procedimiento (26/12/2013). Disponible en <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw9043.pdf> (Consultado en 12/01/2025).

²⁵ El sistema contractual de inversiones permite tanto a inversores como a Estados iniciar reclamaciones arbitrales, en contraste con el sistema de tratados.

²⁶ Ver, Bottini, G., *Admissibility of Shareholder's Claims under Investment Treaties*. Cambridge: Cambridge University Press, 2020, p. 79 y ss.

²⁷ Lowenfeld, A., *International Economic Law*. 2da Ed. Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 496 y ss.; Ver por ejemplo, Dolzer, R., *Petroleum Contracts and International Law*, Oxford: Oxford University Press, 2018.

²⁸ Bishop, D., Crawford, J., Reisman, M. *Foreign Investment Disputes. Cases, Materials and Commentary*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2005.

primas por parte de empresas extranjeras mediante la suscripción de contratos²⁹. Al tratarse de acuerdos con un ente de derecho público, las inversiones privadas en estos sectores se sujetaban a situaciones de riesgo político al considerarse que el Estado podría modificar las obligaciones pactadas ante un posible cambio gubernamental o mediante la modificación normativa³⁰.

En este sentido, los inversores extranjeros con capacidad de negociación y celebración de contratos con el Estado pretendían aislar los contratos mediante la elección del derecho aplicable, con la posibilidad de incorporar el derecho internacional (internacionalizar el contrato); o en su defecto, elegir una combinación del derecho domestico con el derecho trasnacional³¹ para dotar al acuerdo de mayores garantías³².

Asimismo, se pretendía la elección de un foro neutral de resolución de disputas. Finalmente, se incorporaron cláusulas contractuales especiales, como las cláusulas de estabilización³³.

Conforme a lo anterior, los contratos de Estado pueden definirse como aquellos acuerdos transnacionales entre inversores extranjeros (generalmente empresas multinacionales o conglomerado de empresas) y Estados o entidades estatales, que a través de una intención recíproca establecen sus derechos y obligaciones para llevar a cabo proyectos, normalmente a gran escala y largo plazo³⁴, para el cumplimiento de fines públicos que a la vez conllevan una contribución y riesgo distinto al comercial.

²⁹ UNCTAD, *State Contracts. UNCTAD Series on issues in international investment agreements*. Nueva York y Ginebra: Naciones Unidas, 2004.

³⁰ Zambrana Tevar, N., *op. cit.*, (cita 11), p. 91 y ss.

³¹ Para un panorama amplio sobre este aspecto ver: Douglas, Z., *The International Law of Investment Claims*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009; Kjos, Hege, E., *Applicable Law in Investor-State Arbitration; The interplay between national and International Law*. Oxford: Oxford University Press, 2013; Linares Cantillo, A., *El derecho aplicable en el arbitraje de inversión. La tensión con el derecho interno*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2019.

³² Ver por ejemplo, Fatouros, A., “International Law and the Internationalized contract”, En *American Journal of International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 1980 p. 134 y ss.; Sornarajah, M., *op. cit.*, (cita 5).

³³ Ver, Gjuzi, J., *Stabilization clauses in international investment law, A Sustainable Development Approach*. Cham: Springer, 2018.

³⁴ Lim, C.; Ho, J. y Paporinskis, M., *International Investment Law and Arbitration; Commentary, awards and other materials*. 2ª Ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2021, pp. 52-53.

Inicialmente se estructuraron mediante contratos de concesión y posteriormente adquirieron modelos conforme al sector económico. Como se detallará, se identifican los contratos de i) licencia; ii) servicios; iii) riesgo compartido y iv) operación conjunta³⁵. A efectos de su categorización y de forma meramente indicativa se señalan los siguientes:

- Concesiones sobre recursos naturales.
- Concesiones de servicios públicos.
- Contratos de construcción, explotación y transferencia.
- Asociaciones público-privadas.

1. Concesiones sobre recursos naturales

Bajo la modalidad de los primeros contratos de concesión, el Estado ofrecía al inversor el dominio de los recursos naturales, (por ejemplo, petróleo), dentro de áreas determinadas. En contraprestación, el inversor debía llevar a cabo el proyecto de exploración y explotación, y pagar una prima, más un canon al Estado por barril producido. Este tipo contractual generalmente guardaba silencio respecto a plazos perentorios u obligaciones de exploración o producción en cantidades mínimas³⁶.

A partir de la década de los años sesenta, el modelo fue sustituido por los Acuerdos de Producción Compartida (*Production Sharing Agreements*)³⁷. Esta modalidad enfatiza que los recursos existentes son de propiedad exclusiva del Estado, y que el inversor se compromete a explorar los recursos dentro de un área y plazo determinados, asumiendo el riesgo y coste³⁸. En caso de que el inversor descubriera un yacimiento, podría recuperar los costes en la primera producción y, en adelante, compartiría las utilidades con el Estado³⁹.

Conviene en este punto traer a colación dos resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas que marcaron una etapa en las relaciones económicas entre inversores y Estados, e incidieron en un cambio del modelo contractual de las concesiones tradicionales:

³⁵ *Ibidem*.

³⁶ Bishop, D., Crawford, J., Reisman, *op. cit.* (cita 28), p. 139 y ss.

³⁷ Ver Inocencio, F., *Production Sharing Agreements: A Global Legal Handbook*, Horsell: Globe Law and Business, 2021.

³⁸ *Ibid.*, (cita 34).

³⁹ *Ibid.*, (cita 36).

1. La Resolución 1803 de 1962 sobre “soberanía permanente sobre los recursos naturales” establece que los Estados y las Organizaciones Internacionales respetarán estrictamente la soberanía de los pueblos y naciones sobre sus riquezas y recursos naturales, de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas y los principios contemplados en la resolución. Dichos principios tienen relación con la exploración, desarrollo y disposición de recursos naturales, así como en aspectos concernientes a la nacionalización y expropiación, la inversión extranjera y la distribución de utilidades⁴⁰.
2. La Declaración 3201 de 1974 sobre el “establecimiento de un Nuevo Orden Económico Internacional (NOEI)”⁴¹, por su parte, realiza consideraciones en relación con el fomento de un sistema económico que permita a los Estados en desarrollo obtener mayor control material y jurídico sobre sus recursos naturales; mayor cooperación al desarrollo, precios equitativos de materias primas y mejora en el acceso a mercados⁴².

En adelante se utilizaron con frecuencia los acuerdos de infraestructuras y de servicios públicos. En virtud de estos, el inversor se compromete a construir, desarrollar y explotar servicios de interés general, (como la construcción y administración de centrales eléctricas, sistemas de distribución y transporte de energía, agua, telefonía, aeropuertos, instalaciones portuarias, carreteras, peajes, entre otros)⁴³. Los acuerdos difieren en aspectos inherentes al sector, pero contienen un núcleo de disposiciones críticas⁴⁴: Pueden destacarse las cláusulas de: derecho aplicable, fuerza mayor; estabilización, adaptación o renegociación; renuncia a inmunidades, buena fe; doctrina de la imprevisión y resolución de controversias.

⁴⁰ Resolución 1803 de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 14 de diciembre de 1962, de Soberanía permanente sobre los recursos naturales. Disponible en <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/general-assembly-resolution-1803-xvii-14-december-1962-permanent> (Consultado en 12/01/2025).

⁴¹ Declaración adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas 3201 (S-VI) de 1 de mayo de 1974, sobre el establecimiento de un nuevo orden económico internacional. Disponible en https://legal.un.org/avl/pdf/ha/ga_3201/ga_3201_s.pdf (Consultado en 12/01/2025).

⁴² *Ibidem*.

⁴³ Bishop, D., Crawford, J., Reisman, M. *op. cit.* (cita 28), p. 456.

⁴⁴ *Ibidem*.

En lo que respecta a la resolución de disputas y al arbitraje internacional, varios casos emblemáticos derivaron de concesiones de hidrocarburos, como la nacionalización libia de empresas petroleras BP⁴⁵, TOPCO⁴⁶, TEXACO⁴⁷ y LLAMCO⁴⁸. Estas devinieron del mismo antecedente fáctico y pueden resaltarse los efectos jurídicos del tipo contractual empleado en estas concesiones, de forma paralela al impulso de la declaración del Nuevo Orden Económico Internacional⁴⁹.

2. Concesiones sobre servicios públicos

Este modelo contractual es una variante por la cual el inversor percibe una remuneración a través de tasas de los usuarios. Por ejemplo, los contratos de suministro de agua, gas, electricidad, gestión de residuos o gestión de instituciones, como registros mercantiles⁵⁰. En materia de arbitraje de inversión, se observan numerosas controversias a raíz de concesiones de servicios, como las reclamaciones en contra de la República Argentina ante el CIADI⁵¹.

⁴⁵ *BP Exploration Company (Liba) Limited c. Gobierno de la República Árabe de Libia*, International Law Reports, Vol. 53, 1979, pp. 297-38.

⁴⁶ *Libyan American Oil Company (LIAMCO) c. Gobierno de la República Árabe de Libia*, 62 International Law Reports, p. 141 y ss.

⁴⁷ *Texaco Overseas Petroleum Company (TOPCO) and California Asiatic Oil Company c. Gobierno de la República Árabe de Libia*, 53 International Law Reports, p. 389 y ss.

⁴⁸ Lowenfeld, A. *op. cit.*, (cita 27), p. 495; Tradicionalmente, los grandes arbitrajes petroleros fueron casos fundacionales en materia de solución de controversias transfronterizas. El profesor Lowenfeld detalla estos casos como catalizadores del nuevo derecho internacional económico.

⁴⁹ Cuando los precios del barril de petróleo se incrementaron en la década de los años ochenta, los países ricos en estos recursos observaron que bajo el tipo contractual el alza de precios favorecía en mayor medida a las compañías inversoras. Estos contratos establecían que el inversor pagaría al Estado un canon nominal a cambio de la retención total de los ingresos por ventas. Ante ello, la intervención del Estado en estas concesiones de alta capacidad lucrativa fue inminente y dio lugar a una serie arbitrajes internacionales que constituyen laudos relevantes en cuanto a la doctrina de internacionalización de los contratos de Estado.

⁵⁰ Lim, C.; Ho, J. y Paporinskas, M., *op. cit.*, (cita 34), pp. 52-53.

⁵¹ Durante la década de los años noventa el Estado Argentino privatizó servicios públicos mediante el otorgamiento de concesiones. Estos acuerdos fueron objeto de revocación o renegociación a raíz de la crisis financiera que el país atravesó a partir del año 2001. Conforme a los tratados de inversiones que el Estado argentino había suscrito, diversas empresas iniciaron reclamaciones de arbitraje internacional argumentando que las medidas del Estado eran equivalentes a expropiaciones ilegales de concesiones de servicios públicos. En este contexto, pudieron observarse reclamaciones paralelas, tanto basadas en tratados, como en contratos. Esta dualidad continúa como un aspecto no resuelto en el derecho de las inversiones.

3. Contratos de construcción, operación y transferencia

Se identifica también los contratos de Construcción, Operación y Transferencia (COT), o “Build, Operate and Transfer”, mediante los cuales la empresa inversora se encarga de la construcción de infraestructura, así como de su explotación durante un plazo, para posteriormente traspasar el dominio al Estado⁵². Por ejemplo, la construcción de autopistas y aeropuertos, en los que el inversor pretende recuperar la inversión con el cobro de peajes o tasas al explotar la infraestructura.

Debido al beneficio público que involucran, estos contratos podrían asemejarse a las concesiones de servicios públicos. Sin embargo, la diferencia radica en que los contratos COT permiten la cesión de la explotación al Estado. Asimismo, en un contrato COT, el inversor no presta un servicio público durante la totalidad de la duración del contrato, cuestión que sí ocurre en el contexto de una concesión⁵³.

Por la dimensión y coste de las infraestructuras, los contratos COT suelen requerir la cooperación de las partes junto a subcontratistas e instituciones del Estado. El tratamiento de este tipo de contratos de largo plazo demanda mecanismos flexibles considerando el principio de la buena fe y la posibilidad de la revisión negociada ante situaciones imprevisibles⁵⁴.

4. Asociaciones público-privadas

Finalmente, las Asociaciones Público-Privadas (APP) son contratos de largo plazo entre una empresa privada y una entidad gubernamental celebrados para proveer bienes o servicios públicos, en los que la parte privada asume la responsabilidad de la gestión y un riesgo significativo, debido a que la remuneración se encuentra vinculada a los resultados⁵⁵.

⁵² Herdegen, M., *Principles of International Economic Law*. 2da. Ed. Oxford: Oxford University Press, 2016.

⁵³ *Ibidem*.

⁵⁴ Ver por ejemplo, Lein, E. *Breathing Space in International Contractual Disputes: Adapting to Global Crises*. Special Course delivered at The Hague Academy of International Law. Summer Course 2024, The Hague, 12-16 Aug. 2024. Para una versión escrita previa consultar https://www.biiicl.org/documents/10695_revised_concept_note_2_on_the_effect_of_the_pandemic_on_commercial_contracts_bd.pdf (Consultado el 10/01/2025).

⁵⁵ Lim, C.; Ho, J. y Papparinskis, M., *op. cit.*, (cita 34), p. 54.

De acuerdo con esta definición, puede inferirse que las APP abarcan a las concesiones de recursos naturales, de servicios públicos e incluso los contratos COT. En este sentido, es evidente que muchos contratos de Estado pueden adoptar esta modalidad, a excepción de los contratos llave en mano (*turnkey contracts*), de los contratos de gestión y de los de arrendamiento financiero, que generalmente tienen una menor duración⁵⁶.

IV. Matices del arbitraje transnacional emergente de contratos de inversión

El arbitraje de inversiones se fundamenta en la necesidad de proteger a la inversión extranjera para fomentar el flujo de capitales hacia los Estados y favorecer su desarrollo⁵⁷. Por ello, la comunidad internacional adoptó el sistema arbitral para superar las diferencias que en el pasado eran resueltos mediante el uso de la fuerza o la reclamación diplomática con la inminente politización de los conflictos⁵⁸. Si el objetivo del sistema es la protección y fomento del flujo de capitales, podrían considerarse vías jurídicas alternativas al sistema de tratados, alternativos a los tratados.

Por su propia naturaleza, los arbitrajes bajo tratados implican procedimientos híbridos⁵⁹ que se fundamentan en el posible daño material o económico a la inversión⁶⁰. El Estado receptor mediante una previsión en su legislación interna o por medio de un tratado bilateral o multilateral de inversiones⁶¹ puede otorgar el consentimiento al arbitraje por adelantado. En esta línea, el consentimiento llegaría a perfeccionarse en el momento en el que un inversor extranjero

⁵⁶ *Ibidem*.

⁵⁷ Douglas, Z., *op. cit.*, (cita 31); Ho, J., *op. cit.* (cita 6).

⁵⁸ Moreno, Rodríguez, J., *op. cit.*, (cita 17), pp. 99-101.

⁵⁹ *Ibid.*, (cita 59), p. 394.

⁶⁰ Douglas, Z., "The Hybrid Foundations of Investment Treaty Arbitration". *En British Yearbook of International Law*, 2003, N° 1, vol. 74, p. 195.

⁶¹ UNCTAD, *Course on Dispute Settlement*. Ginebra; United Nations, 2003, pp. 1-16.

presenta la solicitud de arbitraje⁶². La situación es distinta en los arbitrajes de inversión basados en contratos.

En este caso, se tiene presente que la base jurídica del arbitraje es el propio contrato mediante una cláusula de solución de controversias suscrita simultáneamente por las partes. Tanto el inversor como el Estado conocen la relación jurídica y la decisión de someterse a arbitraje conforme a sus necesidades concretas. Por otra parte, el núcleo de la protección son los derechos y obligaciones contractuales; no así los activos (*assets*) comúnmente enumerados en tratados de inversión⁶³.

Las partes pueden elegir libremente el método de solución de conflictos, Por ejemplo, el inversor nacional de un Estado parte del Convenio CIADI podría acordar contractualmente con el Estado receptor el someterse a mediación o arbitraje CIADI (bajo las Reglas y el Convenio de Washington), accediendo a las ventajas inherentes de este sistema, como la inmunidad, conducción del procedimiento y ejecución expedita del laudo arbitral⁶⁴.

Existen otras diferencias notables, entre los arbitrajes bajo tratados y contratos, como ser el derecho aplicable⁶⁵ a las distintas cuestiones jurídicas procesales y sustantivas⁶⁶: En el arbitraje bajo tratados, se tiene presente en primer lugar los requisitos generalmente de orden jurisdiccional, *rationae personae*, *rationae temporis* y en especial la definición de “inversión”⁶⁷. En el caso de los contratos de Estado, la interpretación de la definición de “inversión” no tiene la misma relevancia, lo cual permite centrarse en la resolución del fondo del asunto, en lugar de incidir en debates prolongados sobre jurisdicción.

⁶² Paulsson, J, *op. cit.*, (cita 4).

⁶³ Cardona, H., *Análisis de la evolución interpretativa del término “inversión” en el arbitraje internacional de protección de inversiones extranjeras*. Arbitraje. Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones, Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi, 2024, p. 63.

⁶⁴ Consultar documento emitido por el CIADI, *Spotlight on Contract-based Disputes at ICSID*, Disponible en <https://icsid.worldbank.org/es/noticias-y-eventos/blogs/spotlight-contract-based-disputes-icsid> (Consultado el 30/12/2024).

⁶⁵ Moreno, J., *op. cit.*, (cita 17), p. 394; señala Moreno que los contratos de Estado es un área en la que el derecho privado y público se encuentran y no puede observárselos desde una perspectiva puramente contractual sin tener en cuenta aspectos del derecho público y viceversa.

⁶⁶ Douglas, Z., *op. cit.*, (cita 31); Ver el conjunto de reglas desarrolladas por el autor para determinar el derecho aplicable a distintos aspectos dentro del arbitraje de inversión.

⁶⁷ *Ibidem*.

Por las características intrínsecas y tipología de los contratos de Estado⁶⁸, se marca una diferencia con los negocios jurídicos comerciales con una parte estatal⁶⁹. Lo anterior permite diferenciar el arbitraje de inversión bajo contratos⁷⁰ del arbitraje comercial internacional. Corresponde precisar, sin embargo, que el hecho de que una parte estatal se halle involucrada en una controversia contractual no convierte al litigio en un arbitraje de inversión, si la disputa es ajena a un contrato de Estado⁷¹.

Del mismo modo, no todo contrato celebrado por un inversor extranjero es un contrato de inversión⁷². Como señala Crawford, el ejemplo clásico es un contrato ordinario de compraventa de bienes, que por su propia naturaleza es de carácter estrictamente mercantil y no recaería por tanto dentro del ámbito de los contratos de Estado⁷³. Es indicativo en este sentido considerar los tipos contractuales descritos como ejemplos de contratos de inversión, o como denomina Cremades, “contratos administrativos globalizados”⁷⁴.

En cuanto a los elementos sustantivos, apunta Moreno que, a diferencia de los contratos domésticos de derecho privado, o contratos comerciales con una parte estatal, en los contratos de Estado existen elementos inherentes de derecho público. Por ejemplo, ante la terminación unilateral de un contrato de inversión por parte del Estado en el ejercicio de sus potestades soberanas (como ocurre en los contratos administrativos domésticos), emergerían reglas

⁶⁸ Es oportuno que organismos especializados como CNUDMI o UNIDROIT provean una definición y parámetros para la identificación de contratos de inversión, en favor de su adecuado tratamiento jurídico.

⁶⁹ Sornarajah, M., *op. cit.* (cita 5).

⁷⁰ Como subraya Cremades, el Convenio CIADI de 1965, estaba pensado más bien en inversiones extranjeras en recursos naturales, en la minería, en el petróleo, o en gas natural; Ver: Fernández Rozas, J., (Coord.) *Veinticinco años de arbitraje en España. Libro Conmemorativo de la Corte Civil y Mercantil de Arbitraje*, Madrid: Torreblanca Impresiones, 2015, p. 39.

⁷¹ UNCTAD, *op. cit.*, (cita 63).

⁷² Moreno, Rodríguez, *op. cit.*, (cita 60). Indica Moreno que, a diferencia de los contratos domésticos, los contratos internacionales de inversión pueden ser gobernados por reglas del derecho internacional público.

⁷³ Crawford, J., “Treaty and Contract in Investment Arbitration”. *Arbitration International*, 2008, Vol. 24, Issue 3, p. 351.

⁷⁴ CREMADES, Bernardo. “El arbitraje internacional en la encrucijada de la crítica”. *En Revista Argentina de Arbitraje*, 2018, n.º 2, p. 28.

del derecho internacional para amparar a las inversiones extranjeras⁷⁵. Pese a la elección del derecho interno como aplicable, el derecho internacional público sostiene que, una vez que un derecho ha entrado en existencia bajo la legislación local, no sería posible abstraer su significancia internacional por las posibles acciones estatales contrarias al derecho internacional⁷⁶. Por ello, las obligaciones derivadas de un contrato transnacional de inversión pueden permear el derecho doméstico, al menos en lo que respecta a la terminación contractual unilateral y a la resolución de disputas⁷⁷.

Tras estas consideraciones, es posible observar la presencia constante de disputas contractuales relativas a inversiones ante el CIADI⁷⁸. En efecto, anualmente se registran nuevos casos bajo contratos⁷⁹ ante esta institución y se pone de manifiesto que el arbitraje se hallaría en una posición central para alcanzar los objetivos de protección y fomento al flujo de capitales, siendo pertinente enfocar el debate desde la perspectiva contractual y las cláusulas críticas, como el derecho aplicable, la resolución de controversias y los efectos de la vulneración contractual para el derecho internacional como posible antecedente de responsabilidad del Estado.

V. ¿Responsabilidad internacional por vulneración a contratos de inversión?

En los procedimientos arbitrales de protección de inversiones de origen contractual la *causa petendi* principal es el posible quebrantamiento contractual de la parte estatal en detrimento del inversor⁸⁰. En el afán de equilibrar la relación jurídica, el Estado receptor normalmente se ampara en el derecho doméstico y el

⁷⁵ Moreno, Rodríguez, J., *op. cit.*, (cita 17), pp. 397-398.

⁷⁶ *Op., cit.*, (cita 75).

⁷⁷ *Ibidem.*

⁷⁸ *Op., cit.*, (cita 66).

⁷⁹ Ver: Estadísticas por sectores CIADI, Disponible en <https://icsid.worldbank.org/resources/publications/icsid-caseload-statistics> (Consultado en 16/01/2024).

⁸⁰ Ho, J., *op. cit.*, (cita 6), p. 2.

inversor extranjero en el derecho internacional⁸¹. Sin perjuicio de lo establecido en la cláusula de derecho aplicable, los tribunales arbitrales tienen la ardua labor de determinar si una vulneración contractual puede en algún caso constituirse como una vulneración del derecho internacional capaz de generar la responsabilidad del Estado⁸².

Hoy por hoy, no existe una doctrina formal que delimite el marco de esta posible atribución al Estado en los contratos de inversión⁸³. Parte de esta interrogante proviene de las miradas contrapuestas alrededor de la “internacionalización de los contratos de Estado”⁸⁴. Los defensores de esta doctrina sostienen que el objetivo de la internacionalización sería transformar las obligaciones contractuales en obligaciones internacionales, convirtiendo así el incumplimiento contractual del Estado en una vulneración al derecho internacional⁸⁵. Por su parte, los detractores sostienen que el derecho aplicable a los contratos de inversión sería el derecho interno estatal, por sus vínculos más próximos a la relación jurídica, y por ende, carecería de pertinencia el dar cabida al derecho internacional para responsabilizar al Estado⁸⁶.

Otro de los argumentos contrarios a esta teoría se refiere a que, al momento de redactarse los artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, no se habría incluido dentro de los supuestos a los quebrantamientos contractuales⁸⁷. Sin embargo, Ho identifica que la responsabilidad internacional por vulneración a contratos de Estado no provendría de esta fuente, sino de algunas decisiones arbitrales en las que los tribunales habrían incluido la aplicación del derecho internacional consuetudinario a las disputas contractuales⁸⁸. En definitiva, las cláusulas de derecho aplicable que no incluyen al derecho internacional no serían óbice para que en determinadas circunstancias pueda surgir

⁸¹ *Ibidem*.

⁸² Evans., M., *International Law*, 5ta Ed. Oxford: Oxford University Press, 2018, pp. 420-421.

⁸³ *Ibid.*, (cita 68).

⁸⁴ Zambrana Tevar, N., *op. cit.*, (cita 11), p. 115.

⁸⁵ Zambrana Tevar, N., *op. cit.*, (cita 86).

⁸⁶ Sornarajah, M., *op. cit.* (cita 5).

⁸⁷ Ho, J., *op. cit.* (cita 6), pp. 1-3; Crawford, J. *The International Law Commission's Articles on State Responsibility. Introduction, Text and Commentaries*. Nueva York: Cambridge University Press, 2007, p. 351; Moreno, Rodríguez, J., *op. cit.*, (cita 17), pp. 401-406.

⁸⁸ Kehinde, O., *Book review on State Responsibility for Breaches of Investment Contracts by Jean Ho, Journal of International Economic Law*, Oxford: Oxford University Press, 2020, pp. 294-295.

la responsabilidad internacional del Estado. No obstante, los incumplimientos contractuales no serían, *ipso facto*, vulneraciones al derecho internacional⁸⁹.

A este respecto, para que un contrato de inversión pueda dar lugar a responsabilidad internacional, su quebrantamiento debería ser grave y hallarse cercano a la vulneración de un tratado; cuestión por sí misma compleja, sujeta a evaluación arbitral. Por lo anterior, se tiene presente que solo los quebrantamientos más graves en el uso de la capacidad soberana del Estado (*iure imperii*) y por ende atribuibles al mismo, podrían generar responsabilidad internacional⁹⁰; no así los meros actos *iure gestionis*⁹¹.

A manera de ejemplo, puede citarse la terminación contractual de una concesión por medio de un decreto-ley/decreto legislativo, como un acto soberano, (que ningún actor de derecho privado puede ejercer), por cuanto se trataría de una actuación *iure imperii* con posibles elementos de responsabilidad internacional.

1. Distinción entre la responsabilidad internacional en base a tratados y a contratos

Como afirma Crawford, pocas cuestiones en el ámbito del arbitraje de inversión son tan controvertidas como la distinción entre tratados y contratos⁹². En este punto surge una interrogante relativa a si podría aplicarse el principio *pacta sunt servanda* (dimanante del derecho de los tratados) a los contratos de inversión⁹³.

Sobre la cuestión, Lauterpacht realizó la distinción entre la naturaleza jurídica de los contratos (de derecho privado) y los tratados (del derecho internacional). En su análisis, subraya que, por un lado, el derecho interno sería la base sobre la que se edifica la fuerza jurídica de los contratos y, por otro, el principio *pacta sunt servanda*, el que fundamenta la obligatoriedad de las normas de derecho internacional⁹⁴.

⁸⁹ Ho, J., *op. cit.* (cita 6), p. 282.

⁹⁰ *Ibidem*.

⁹¹ *Ibidem*.

⁹² Crawford, J. *op. cit.*, (cita 73) p. 13.

⁹³ Esta interrogante ha sido planteada por Jean Ho, quien profundiza los postulados propuestos por Sornarajah, en su monografía publicada por Cambridge University Press en 2020, titulada "State Responsibilities for Breaches of Investment Contracts".

⁹⁴ Lauterpacht, H. *Private Law Sources and Analogies of International Law. With special reference to international arbitration*. Londres: Longmans, Green, Co, 1927, p. 150.

Al hilo de este razonamiento, Sornarajah argumenta que debido a que el derecho internacional no reconoce la santidad incondicional de los tratados, tampoco reconocería la inmutabilidad absoluta de los contratos de inversión⁹⁵. Por ello, al aplicarse el principio *pacta sunt servanda* del derecho internacional a los contratos de inversión, este sería matizado por principios de derecho contractual, como la imposibilidad sobrevenida, *rebus sic stantibus*, entre otros, que permiten la liberación de obligaciones o la modificación contractual mediante adaptación por acuerdo entre partes⁹⁶.

Sin perjuicio de lo anterior, como se ha expuesto, dentro de los límites reconocidos el derecho internacional tiene cabida en la regulación e interpretación arbitral de los contratos de Estado⁹⁷. El derecho internacional consuetudinario sobre vulneraciones contractuales se vería reflejado en la decisión del Comité de anulación del caso CIADI *Vivendi c. República Argentina*⁹⁸.

En el citado caso, el Comité de Anulación entre otras cuestiones, subrayó que una conducta estatal puede vulnerar un estándar bajo el tratado bilateral aplicable y una disposición contractual, y viceversa. La responsabilidad del Estado por vulnerar el derecho internacional sería, en definitiva, distinta de la responsabilidad por incumplimiento de contratos. No obstante, según el contexto, el quebrantamiento hostil de un contrato podría elevarse de tal manera que puede resultar equiparable a una vulneración del derecho internacional⁹⁹.

2. Vulneración de cláusulas de estabilización y cláusulas paraguas

En primer lugar, las cláusulas de estabilización en los contratos de inversión consisten en la prohibición al Estado receptor de alterar su régimen jurídico en un área determinada. Como señalan Dolzer y Schreuer, la intención del inversor se centra en la estabilidad del contrato y busca determinar que los

⁹⁵ Sornarajah, M., *op. cit.* (cita 5), p. 344.

⁹⁶ *Ibidem.*

⁹⁷ Ho, J., *op. cit.* (cita 6), p. 152.

⁹⁸ *Aguas de Barcelona S.A. y Vivendi Universal S.A. c. la República Argentina* (Caso CIADI N.º ARB/03/19) Decisión de anulación. Disponible en <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw8784.pdf> (Consultado en 16/01/2024).

⁹⁹ *Ibidem.*

potenciales cambios en la legislación del Estado receptor no se apliquen al contrato¹⁰⁰. Podría considerarse como un método para “blindar” el sistema jurídico aplicable, de las mutaciones que el Estado pudiera propiciar. Por ejemplo, en ocasiones se pacta el alcance de la cláusula de estabilización a ámbitos específicos, como el régimen impositivo¹⁰¹. Una variante de las cláusulas de estabilización son las (*freezing clauses*), mediante las que se establece como ley aplicable al contrato el derecho nacional del Estado receptor, tal y como se halla en vigor al momento de su suscripción¹⁰².

En segundo lugar, refiriéndonos en esta ocasión a los tratados de inversión, pueden algunos de estos incluir cláusulas paraguas (*umbrella clauses*). Estas exigen la observancia de las obligaciones contraídas por el Estado receptor y su quebrantamiento podría generar su responsabilidad internacional¹⁰³. Resulta difuso no obstante si el incumplimiento de una obligación contractual general por parte del Estado puede infringir una cláusula paraguas. Se advierten escasas decisiones arbitrales que habrían “internacionalizado” las obligaciones generales del contrato para determinar la responsabilidad del Estado conforme al derecho internacional. Por ejemplo, los casos CIADI *Noeble Ventures c. Rumanía*¹⁰⁴, *BIVAC c. Paraguay*¹⁰⁵, *Duke Energy c. Ecuador*¹⁰⁶ y *SGS c. Filipinas*¹⁰⁷.

A *contrario sensu*, en la decisión de *El Paso c. Argentina*¹⁰⁸, el tribunal arbitral determinó que solo los actos soberanos son capaces de elevar la cláusula paraguas a un nivel internacional para que se configure la responsabilidad del

¹⁰⁰ Dolzer, R. y Schreuer, C. *Principles of International Investment Law*. 2da Ed. Oxford: Oxford University Press, 2012, pp. 82-83.

¹⁰¹ *Ibidem*.

¹⁰² *Ibidem*.

¹⁰³ Dolzer, R. y Schreuer, C. *op. cit.*, (cita 100), pp. 166-169.

¹⁰⁴ *Noble Ventures, Inc. c. Rumania, Caso CIADI No. ARB/01/11* Disponible en <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0565.pdf> (Consultado en 16/01/2024).

¹⁰⁵ *Bureau Veritas, Inspection, Valuation, Assessment and Control, BIVAC B.V. c. República de Paraguay*, Caso CIADI No. ARB/07/9. Disponible en <https://www.italaw.com/cases/179> (Consultado en 14/01/2024).

¹⁰⁶ *Duke Energy Electroquil Partners & Electroquil S.A. c. República de Ecuador*, Caso CIADI No. ARB/04/19 <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0257.pdf> (Consultado en 13/01/2024).

¹⁰⁷ *SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. Republica de Filipinas*, Caso CIADI No. ARB/02/6.

¹⁰⁸ *El Paso Energy International Company c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/03/15. Disponible en <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0271.pdf> (Consultado en 14/01/2024).

Estado, y así, la vulneración contractual pueda equipararse a una violación de un tratado. Según este tribunal, la internacionalización del contrato a través de esta cláusula no es absoluta¹⁰⁹. En todo caso, parece ser que la distinción entre vulneraciones *iure imperii/iure gestionis* continúa presente y resulta relevante para dilucidar la existencia o ausencia de responsabilidad internacional en contratos de Estado.

3. Aplicabilidad del estándar mínimo de trato a los contratos de Estado

El estándar mínimo de trato a los extranjeros deviene de periodos que preceden a los tratados de inversión¹¹⁰, por cuanto una evaluación cabal requeriría remontarse a estos periodos, lo que excede el alcance del presente artículo. No obstante, actualmente es posible afirmar la existencia de un estándar de trato mínimo a las inversiones extranjeras en el marco de los contratos transnacionales de Estado. Lo anterior emerge de la adaptación del estándar mínimo de trato a la propiedad extranjera del derecho internacional consuetudinario¹¹¹ que ha sido aplicado por tribunales arbitrales en disputas contractuales relativas a inversiones. A este respecto, la responsabilidad del Estado por el incumplimiento de un contrato de inversión *iure imperii* puede ser capaz de vulnerar este estándar mínimo¹¹².

Si bien se requiere mayor indagación científica y más bien se trata de una doctrina en desarrollo en esta materia, Ho señala que las circunstancias que colocarían al Estado en una posición de potencial vulneración de este estándar aplicado a los contratos de inversión, sería una combinación de: a) la existencia de una vulneración contractual estatal *iure imperii*; b) el nexo causal entre la existencia del daño material o económico con dicha vulneración y c); la ausencia de compensación¹¹³.

¹⁰⁹ *Ibidem*.

¹¹⁰ Ho, J., *op. cit.* (cita 6), p. 90 y ss.

¹¹¹ Lim, C.L, Ho, J., Paparinskis, M., *op. cit.*, (nota 34).

¹¹² *Ibidem*.

¹¹³ Ho, J., *op. cit.* (cita 6), p. 100.

VI. Conclusión

Los contratos de inversión y el arbitraje internacional históricamente han jugado un rol protagónico para viabilizar y concluir grandes proyectos transnacionales.

Hasta los años noventa, todos los arbitrajes tramitados ante el CIADI se fundamentaron en contratos transnacionales de inversión y hasta la fecha las estadísticas de esta institución reflejan que existe una presencia permanente de disputas relativas a inversiones fundamentadas en contratos. Uno de los nuevos proyectos a cargo del CIADI está relacionado precisamente con la diseminación de su rol institucional en la resolución de disputas contractuales, proveyéndoles de un procedimiento abreviado¹¹⁴.

Como resalta Brower al referirse al término *investomercial arbitration*¹¹⁵, el arbitraje de inversiones basado en contratos continuará siendo un método eficiente de resolución de controversias, e incluso empresas inversoras de cierto volumen podrían en el futuro decantarse por negociar sus propios acuerdos con el Estado, antes de someterse a las interpretaciones de tratados en cuya redacción naturalmente no han participado.

El mecanismo contractual también demuestra la posibilidad de adaptar las condiciones sustantivas y procesales a las necesidades específicas de la relación jurídica inversor-Estado, y asimismo permite un método de solución de conflictos donde ambas partes gozarían de legitimación activa. Desde el punto de vista sustantivo, se requiere reanudar el análisis en la interrelación del derecho contractual transnacional y el derecho internacional público, puesto que los contratos de Estado, por su naturaleza híbrida, cuentan con elementos que en ciertos casos permiten su amparo mediante principios que subyacen al derecho doméstico del Estado, independientemente de la elección del derecho aplicable.

En esta línea, una de las cuestiones centrales que surge al evaluar los procedimientos de arbitraje transnacional de inversiones originados bajo contratos, es si el quebrantamiento de estos por la parte estatal puede generar la posibilidad de atribución de responsabilidad conforme al derecho internacional. Si bien se trata de una cuestión que requiere mayor profundización, puede observarse

¹¹⁴ *Global Arbitration Review, op., cit.*, (cita 15).

¹¹⁵ *Brower, C., op., cit.* (cita 8).

la existencia de una adaptación del estándar mínimo de trato, del derecho internacional consuetudinario, que ha sido aplicado por tribunales arbitrales al tratamiento de las inversiones extranjeras llevadas a cabo mediante contratos de Estado.

Por lo anterior, su transgresión podría dar lugar a presupuestos de responsabilidad internacional del Estado por vulneraciones contractuales graves en el uso de la capacidad soberana. Esto puede representar el surgimiento de un “derecho internacional de protección de inversiones mediante contratos transnacionales”. En consecuencia, se hace necesario analizar esta corriente del derecho de las inversiones manteniendo al arbitraje como el método de resolución de controversias por sus ventajas intrínsecas, como se detrae de la experiencia de los arbitrajes petroleros históricos, pero teniendo como base a los contratos transnacionales que podrían retornar al centro del sistema de protección de inversiones extranjeras.

La expansión de los márgenes de la doctrina del abuso del proceso por actores estatales en el arbitraje de inversión

CAROLINE LAUK

LL.M. CANDIDATE, GEORGETOWN LAW, 2025

DUAL QUALIFIED (UK & SPAIN) (PENDING)

GEORGETOWN ARBITRATION MONTH LEAD ORGANIZER

EXECUTIVE BOARD OF THE GEORGETOWN INTERNATIONAL ARBITRATION SOCIETY (GIAS)

COACH FOR GEORGETOWN'S TEAM OF THE 32ND WILLEM C. VIS MOOT COURT

Resumen: El presente artículo aborda la doctrina del abuso de proceso en el contexto de los procedimientos arbitrales incoados al amparo de tratados bilaterales y multilaterales de inversión. Una de las causales más frecuentes de abuso de proceso se refiere a la actuación del inversor que, mediante la reestructuración de su organización corporativa, busca gozar de la protección que ofrece determinado tratado, adecuándose a las definiciones de “inversor” y de “inversión” previstas en el tratado. La autora explora las motivaciones de los Estados al plantear esta objeción, cuestionando si en ocasiones se invoca como una defensa legítima o, en su defecto, se instrumentaliza como una herramienta táctica que podría desbordar su propósito original. Este análisis considera además las implicaciones de tales prácticas para la legitimidad del arbitraje de inversiones internacionales, sugiriendo alternativas para abordar las inquietudes en torno a la equidad procesal y fortalecer la confianza en los procedimientos arbitrales.

Palabras Clave: Abuso de proceso, abuso de derecho, arbitraje de inversiones, equidad procesal, Estados.

Abstract: This article examines the doctrine of abuse of process within the framework of arbitral proceedings conducted under bilateral and multilateral investment treaties. A primary basis for alleging abuse of process involves the investor's strategic restructuring of its corporate framework to secure the protections of a specific treaty by aligning with its definitions of “investor” and “investment”. The author explores the motivations of States in raising this objection, questioning whether it is at times invoked as a legitimate defense or, alternatively, leveraged as a tactical tool that risks

exceeding its intended scope. This analysis further considers the implications of such practices for the legitimacy of international investment arbitration, suggesting alternatives to address concerns around procedural fairness and to bolster confidence in arbitral proceedings.

Key Words: Abuse of process, abuse of rights, investment arbitration, procedural fairness, States.

SUMARIO:

I. INTRODUCCIÓN. II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS. III. EVALUACIÓN DEL ABUSO DE PROCESO POR PARTE DE LOS TRIBUNALES ARBITRALES. IV. DISTINCCIÓN ENTRE EL ABUSO DE PROCESO Y LA ESTRUCTURACIÓN LEGÍTIMA DE LAS INVERSIONES. V. ¿AMPLÍAN LOS ESTADOS EL ALCANCE DE LA DOCTRINA DE ABUSO DE PROCESO?. 1. El rechazo de objeciones de abuso de proceso por parte de los tribunales. 2. Consideraciones estratégicas para los Estados. VI. LOS PELIGROS DE LA EXPLOTACIÓN DE LA DOCTRINA DEL ABUSO DE PROCESO. VII. EXPLORACIÓN DE ALTERNATIVAS PROCESALES A LA EXPLOTACIÓN DE LA DOCTRINA DEL ABUSO DE PROCESO. VIII. FUTURAS PERSPECTIVAS. IX. CONCLUSIÓN.

I. Introducción

En la actualidad, más de 2.200 tratados bilaterales de inversión (“TBI”) están en vigor¹, y la conclusión y negociación de los nuevos acuerdos multilaterales de inversión acaparan la atención mundial. En un mundo cada vez más globalizado, también ha incrementado el número de controversias entre inversores y Estados. Tanto los Estados como los inversores son cada vez más conscientes de las ventajas que ofrece el mecanismo de solución de controversias entre inversionistas y Estados². Los Estados incorporaron este mecanismo sobre la base de reciprocidad que implica brindar protección internacional y arbitral a las inversiones extranjeras, a cambio de su intención de atraer mayores flujos

¹ Brebner, T., y Watson, D., “*Nationality Planning and Abuse of Process: A Coherent Framework*”, en *ICSID Review*, vol. 33, 2018.

² Born, G., y Kent, R., “*Rules of the Game*” en *Legal Business Arbitration Report*, 2006, p.4.

de inversión extranjera³. Como consecuencia de este aumento en el arbitraje de inversiones, la doctrina del abuso del proceso se invoca cada vez con mayor frecuencia⁴. Este trabajo explorará el abuso del proceso en el contexto de la jurisdicción de los tribunales arbitrales constituidos bajo tratados de inversión. Según Emmanuel Gaillard, este concepto hace referencia al intento de una empresa inversora de asegurarse la protección bajo un tratado de inversión, mediante una reorganización corporativa que le permita cumplir con las definiciones de “inversor” e “inversión” establecidas en dicho tratado, con el fin de obtener protección arbitral internacional⁵.

Los Estados receptores recurren a la objeción de abuso de proceso como un medio para impugnar la jurisdicción del tribunal, alegando que el inversor extranjero está utilizando sus derechos procesales de forma impropia. Si la objeción prospera, la controversia suele terminar en la fase jurisdiccional⁶. Esto limita la posibilidad de evaluar los méritos del caso. Por lo tanto, las alegaciones de abuso de proceso pueden constituir una herramienta estratégica beneficiosa para los Estados, permitiéndoles evitar que una controversia avance.

II. Fundamentos jurídicos

En la actualidad, la doctrina del abuso de proceso es un principio invocado con frecuencia en el derecho internacional. La comunidad jurídica sostiene que la doctrina se deriva del principio de buena fe, el cual es de importancia primordial en todos los ámbitos del Derecho. En el laudo del caso *Phoenix Action c. República Checa*, el tribunal arbitral basó su aceptación de la doctrina del abuso

³ Douglas, Z., *The International Law of Investment Claims*, Cambridge: Cambridge University Press, 2009, pp. 161-162.

⁴ Brabandere, Eric., “Good Faith and Abuse of Process and the Initiation of Investment Treaty Claims” en *Journal of International Dispute Settlement*, vol. 3, 2012, p. 162. Vid. Skinner, M., Miles, C.A., y Lutrell, S., “Access and advantage in investor-state arbitration: The law and practice of treaty shopping” en *Journal of World Energy Law & Business*, 2010, p. 283.

⁵ Gaillard, E., “Abuse of Process in International Arbitration”, en *ICSID Review*, 2017, pp. 3-6.

⁶ *Ibid.* pp. 11-12.

de derecho en el principio de buena fe⁷. Como declaró el tribunal (CIADI) en *Orascom c. Argelia*⁸, la doctrina es aplicable en el derecho internacional y prohíbe el ejercicio de un “derecho” para fines distintos de aquellos para los que dicho derecho fue creado, lo que a su vez constituye una desviación del principio de buena fe. En opinión del tribunal arbitral, este abuso de derecho incluiría una “falta abusiva de buena fe en el ejercicio de un derecho procesal, como una objeción a la jurisdicción de un tribunal”⁹. Cabe destacar que, bajo el actual marco del sistema de arbitraje de inversión puede resultar difícil determinar si ciertas acciones estratégicas por parte de un Estado son lo suficientemente abusivas como para atribuirles como una explotación de la doctrina del abuso de proceso, o simplemente una táctica dilatoria. Como señaló el tribunal arbitral en el caso *Orascom*, la consecuencia sería que se puede denegar un derecho legal a una parte cuando se comprueba que está abusando de dicho derecho¹⁰.

Aunque la doctrina del abuso de proceso es ampliamente aceptada, pocas veces se incluye en los tratados internacionales de inversiones. Algunas excepciones notables son el Acuerdo de Protección de Inversiones UE-Vietnam, el Acuerdo Eslovaquia-UAE, el tratado bilateral de inversión entre la Asociación India Taipéi en Taipéi y el Centro Económico y Cultural Taipéi en India¹¹.

El abuso del proceso es una cuestión que ha surgido a raíz de la jurisprudencia tanto arbitral como de la Corte Internacional de Justicia (CIJ), y corresponde a los tribunales arbitrales evaluar los hechos del caso y determinar si se ha producido dicho abuso.

⁷ *Phoenix Action Ltd. v. Czech Republic*, CIADI, caso n° ARB/06/5, laudo de 15 de abril de 2009), párr. 143.

⁸ *Orascom TMT Investments S.A. v. Argentine Republic*, CIADI caso n° ARB/12/35, laudo de 31 de mayo de 2017.

⁹ *Ibid.* párr. 59.

¹⁰ *Clorox Spain S.L. v. Bolivarian Republic of Venezuela*, CPA caso n° 2015-30, laudo de 20 de mayo 2019, párr. 420. (*Clorox v. Venezuela*.)

¹¹ Acuerdo de protección de inversión UE-Vietnam (Firmado el 30 de junio de 2019, entró en vigor el 1 de agosto de 2020); Acuerdo Bilateral de Inversión Eslovaquia-Emiratos Árabes Unidos (Eslovaquia-EAU) (Firmado el 22 de septiembre de 2016, entró en vigor el 5 de febrero de 2018); Acuerdo Bilateral de Inversión entre la Asociación India Taipei en Taipei y el Centro Económico y Cultural de Taipei en India (Taipei-India) (Firmado el 18 de diciembre de 2018, entró en vigor el 14 de febrero de 2019), Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (Montego Bay, 10 dic. 1982) 1833 U.N.T.S. 3, 21 I.L.M. 1261 (1982), entrada en vigor 16 nov. 1994, Art. 2941(1).

III. Evaluación del abuso de proceso por parte de los tribunales arbitrales

La doctrina del abuso del proceso está estrechamente relacionada con el principio de buena fe, ya que las partes la infringen cuando ejercen indebidamente un determinado derecho procesal. No obstante, según fue establecido por el tribunal arbitral instaurado bajo la administración de la Corte Permanente de Arbitraje (CPA) en el laudo del caso *Philip Morris c. Australia*¹², no basta con demostrar una violación de la buena fe, sino que también se requiere una prueba objetiva.

En caso citado, la empresa tabaquera presentó una demanda contra el acto legislativo estatal que imponía una restricción que afectaba al inversor, específicamente la prohibición de vender cigarrillos en paquetes de marca, (“*Plain Packaging Legislation*”)¹³. Anteriormente constituida en Hong Kong, la demandante reorganizó su estructura corporativa para establecerse en Australia unos meses después de la promulgación de la Ley sobre empaquetado sencillo¹⁴. En el caso en cuestión, el Estado alegó que la demandante había incurrido en abuso de procedimiento al reestructurar su sociedad, ya que la legislación “perjudicial” ya había sido promulgada. En el laudo sobre jurisdicción, el tribunal arbitral comenzó su análisis indicando que no es suficiente con demostrar una noción subjetiva de mala fe por parte de una de las partes, sino que se requiere una prueba objetiva. La necesidad de una prueba objetiva para demostrar el abuso de proceso fue reafirmada por el tribunal arbitral en *Clorox c. Venezuela*¹⁵. En este caso, el tribunal afirmó que no se puede esperar que el mismo determine las intenciones y pensamientos subjetivos del demandante al determinar si

¹² *Philip Morris Asia Limited v. The Commonwealth of Australia*, CNUDMI, CPA caso n° 2012-12, laudo de 17 de diciembre de 2015, párr. 539.

¹³ *Vid.* Ley Australiana de 2011 del empaquetado sencillo del tabaco.

¹⁴ *Op. cit.* (cita 13), párr. 176 (la reestructuración de Philip Morris se produjo en febrero de 2011, mientras que la legislación australiana se aprobó en noviembre del 2011).

¹⁵ *Clorox v. Venezuela, op. cit.* (cita 11) párr. 413: (“Ambas partes comparten el criterio de que son elementos objetivos y no subjetivos los que se tienen que probar. La Demandada se refiere a parámetros objetivos y la Demandante indica que la prueba no es subjetiva y que no se trata de predecir los pensamientos e intenciones del inversionista que realiza la reestructuración. También para ella, el objeto de la prueba es objetivo”).

hubo abuso de procedimiento. Por el contrario, sería necesario que analizara objetivamente el mérito de tal alegación.

Cabe mencionar que los tribunales han enfatizado continuamente que el umbral para probar el abuso de proceso es alto: en *Clorox c. Venezuela*, el tribunal sostuvo que las circunstancias utilizadas para evaluar los méritos de tal demanda de abuso de proceso deben ser claras, y convincentes¹⁶. El tribunal (CIADI) de *Renée Rose Levy y Grencitel c. Perú*, declaró que el abuso de proceso debe probarse definitivamente, y el Tribunal solo afirmará la existencia del abuso en “circunstancias excepcionales”¹⁷, ya que advirtió del peligro de legitimar alegaciones infundadas de comportamiento de mala fe¹⁸.

Adicionalmente, el criterio de previsibilidad de una controversia para determinar si hubo abuso de proceso fue acuñado como la prueba *Pac Rim*. En el caso de *Pac Rim c. El Salvador*, el tribunal arbitral (CIADI) estableció que el principal criterio para determinar si hubo dicho abuso sería la previsibilidad de la controversia en el momento en que el inversor cambió de nacionalidad mediante una reestructuración empresarial¹⁹. La prohibición que afectaría negativamente a la demandante ya había sido impuesta por El Salvador antes del cambio de nacionalidad de la demandante, lo que significa que la disputa era razonablemente previsible y que, en consecuencia, el demandante participó en un abuso de proceso²⁰. Esta prueba jurídica es utilizada sistemáticamente por los tribunales. En *Philip Morris c. Australia*²¹, donde el tribunal, haciendo referencia a *Pac Rim*, consideró que los tests jurídicos, derivados del abuso de derecho, son aplicables al abuso de proceso por analogía. En particular, se determinó que el concepto de previsibilidad era el criterio jurídico apropiado. El tribunal CPA concluyó que hubo abuso de procedimiento en *Philip Morris c. Australia*, ya que la reestructuración corporativa para cambiar la nacionalidad se produjo en un momento en el que ya era razonablemente previsible que se produjera una disputa.

¹⁶ *Ibid.* párr. 416.

¹⁷ *Renée Rose Levy v Grencitel c. República del Perú*, CIADI caso n° ARB/11/17, laudo de 9 de enero de 2015, párr. 186.

¹⁸ *Ibid.* párr. 153.

¹⁹ *Pac Rim Cayman LLC v. Republic of El Salvador*, CIADI caso n° ARB/09/12, Decisión sobre las objeciones jurisdiccionales del demandado de 1 de junio de 2012.

²⁰ *Ibid.* párr. 2.94.

²¹ *Philip Morris v. Australia*, *op. cit.* (cita 13) párr. 554.

La prueba de previsibilidad de una disputa también se aplicó en el caso *Tokios Tokelés c. Ucrania*, en el que se trataba de una controversia relativa a una sociedad constituida con arreglo a las leyes de Lituania, pero propiedad al 99% de nacionales ucranianos²². Se planteó la cuestión de si la sociedad podía recurrir al arbitraje internacional como sociedad lituana, o si tendría que buscar soluciones internas, dado que es propiedad de ucranianos. En última instancia, el tribunal consideró que: “el estatus de la Demandante como entidad jurídica de Lituania está bien establecido bajo las leyes tanto de Lituania como de Ucrania y es bien conocido por la Demandada. Para el tribunal fue evidente que la demandante no creó Tokios Tokelés con el fin de acceder al arbitraje del CIADI”²³. En otras palabras, el tribunal reconoció que el elemento definitorio que legitimaba la constitución de la sociedad en Lituania era el hecho de que lo hizo antes de necesitar acceder al arbitraje del CIADI.

En el caso de *Cascade Investments c. Turquía*²⁴, se determinó que el inversor actuó de mala fe, ya que participó en un plan para llevar a cabo una inversión bajo pabellón extranjero, cuando en realidad la inversión fue realizada por inversores nacionales en su país de origen²⁵. Además, el inversor cambió de nacionalidad cuando la disputa ya era razonablemente previsible. Por estas razones, en opinión del tribunal arbitral, la inversión no tiene derecho a protección en virtud del tratado bilateral de inversión (TBI), ya que no se realizó con el “propósito genuino de dedicarse a una actividad económica en el Estado receptor”²⁶. El intento de *Cascade Investment* de obtener protección a través del TBI constituye un abuso de proceso.

En el asunto *Capital Financial Holdings c. Camerún*²⁷, se evidencia que la forma en que se produjo el abuso de proceso está estrechamente relacionada con el *treaty shopping*. A pesar de que el demandante ya contaba con una

²² *Tokios Tokelés v. Ukraine*, CIADI caso n° ARB/02/18, decisión sobre jurisdicción y disenso de 29 de abril de 2004.

²³ *Ibid.* párr. 56.

²⁴ *Cascade Investments NV v. Republic of Turkey*, CIADI caso n° ARB/18/4, laudo de 20 de septiembre de 2021, párr. 340.

²⁵ *Ibid.* párr. 444.

²⁶ *Ibid.*

²⁷ *Capital Financial Holdings Luxembourg S.A. v. Republic of Cameroon*, CIADI caso n° ARB/15/18, laudo de 22 de junio de 2017, párr. 365.

oficina, no fue hasta que la disputa fue previsible que empezó a utilizarla. El tribunal CIADI concluyó que se producía un abuso de proceso en el contexto del *treaty shopping* cuando el inversor únicamente utilizaba su domicilio social para obtener la protección de un TBI en el momento que le era conveniente.

Cabe mencionar que algunos tribunales han señalado que la prueba del abuso de proceso generalmente consta de dos elementos. En primer lugar, la reestructuración para cambiar de nacionalidad se llevó a cabo en un momento en el que la controversia ya era razonablemente previsible²⁸. En segundo lugar, la parte demandada debe demostrar que la reestructuración de la demandante fue motivada por la obtención de la protección del tratado para esa disputa previsible²⁹. Es importante mencionar que el umbral para el abuso de proceso no siempre es tan alto, como por ejemplo en el caso *Philip Morris v Australia*, donde se sostuvo que el primer criterio de previsibilidad era suficiente³⁰. Sin embargo, en la mayoría de los casos analizados, los tribunales consideraron que la intención es un factor clave para determinar el abuso de proceso³¹.

Por tanto, el tribunal CPA en *Philip Morris* tenía razón al afirmar que un análisis objetivo de los hechos es clave, sin embargo, también es necesaria cierta subjetividad a la hora de determinar el abuso de proceso. No basta con objetar que el demandante actúa de mala fe; debe probarse algún tipo de intencionalidad. Como afirmó Winter: “Puede que esto es lo que pretendían los tribunales Tidewater y Philip Morris, es decir, que la intención subjetiva del demandante debe determinarse objetivamente, es decir por referencia a todas las pruebas

²⁸ La previsibilidad como único criterio utilizado para determinar el abuso de proceso ha sido criticado por varios autores. *Vid.* Jagusch, S., y otros, “Restructuring Investments to Achieve Investment Treaty Protection”, en Kinnear, M., y otros (eds.), *Building International Investment Law: The First 50 Years of ICSID*, Kluwer International Law, 2015, pp. 188-190; Brebner, T., y Watson, D., *op. cit.* (cita 1), p. 318: (“El elemento de previsibilidad tiene dificultades reales que no pueden resolverse por completo simplemente refinando. Puede que no sea posible determinar, con verdadera Certeza, si una reestructuración propuesta se considerará posteriormente abusiva. La incapacidad de asesorar ‘en tiempo real’ puede ser un argumento de peso a favor de abandonar por completo el elemento de previsibilidad”).

²⁹ *Vid.*, *Philip Morris v Australia*, *op. cit.* (cita 13) párr. 495.

³⁰ *Ibid.* párr. 420: el Tribunal consideró tanto el elemento de “previsibilidad” como el de ‘motivación’ al evaluar si hubo abuso de proceso.

³¹ *Phoenix Action v. Czech Republic*, *op. cit.* (cita 7) párr. 142; *Cementownia “Nowa Huta” SA v. Republic of Turkey*, CIADI caso n° ARB(AF)/06/2, laudo de 17 de septiembre de 2009, párr. 154; *Philip Morris v. Australia*, *op. cit.* (cita 18) párr. 587.

y no solo a las alegaciones del demandante sobre su intención subjetiva. No está claro cómo la intención de una parte podría ser 'objetiva' de otro modo. Desentrañar esta distinción debería ayudar a aportar claridad al análisis"³².

En conclusión, los tribunales han decidido que para determinar si hubo abuso de proceso, es necesario comprobar (i) si la disputa era previsible en el momento en que el inversor adoptó una determinada nacionalidad; y (ii) si la nacionalidad se cambió a la luz de la disputa, o, si el cambio de nacionalidad también se habría producido independientemente de la existencia de la disputa. No obstante, la frontera entre el concepto de abuso de proceso y la reestructuración legítima de inversiones es sumamente sutil, ya que ambos conceptos, *prima facie*, suelen aparentar cumplir con los requisitos previamente mencionados.

IV. Distinción entre el abuso de proceso y la estructuración legítima de las inversiones

Los inversores prudentes buscan estructurar sus inversiones de la forma que les resulte más ventajosa, incluyendo la posibilidad de acogerse a la protección de ciertos tratados de inversión. La planificación de la nacionalidad se convierte así en un interés primordial para las empresas que invierten en el extranjero, al permitirles beneficiarse de la protección otorgada por los TBI, los acuerdos multilaterales y las disposiciones de inversión de los tratados de libre comercio³³. No obstante, la distinción entre la planificación legítima de la nacionalidad y el abuso indebido del proceso es sumamente delicada³⁴. Es importante trazar una distinción clara entre ambos conceptos al abordar el abuso de proceso. Los tribunales arbitrales no condenan la planificación de la nacionalidad per se y reconocen que los inversores internacionales pueden estructurar sus inversiones de la manera que mejor responda a su necesidad

³² Brebner, T., y Watson, D., *op. cit.* (cita 1), p. 319.

³³ Jagush, S., *op. cit.* (cita 29), p. 323.

³⁴ Brebner, T., y Watson, D., *op. cit.* (cita 1), p. 1.

de protección internacional³⁵. La protección que ofrece un tratado es relevante no sólo para los inversores que aún no han invertido, sino también para aquellos ya establecidos. Con frecuencia, riesgos políticos como golpes de Estado, elecciones o cambios legislativos amenazan una inversión. Cabe destacar que es de interés primordial para el Estado atraer inversores y, con ello, incrementar el flujo de capitales en el país. Por esta razón, algunos autores sostienen que muchos países han permitido tácitamente la planificación de la nacionalidad, aplicando requisitos de nacionalidad flexibles para que los inversores puedan acogerse a dicha protección³⁶. Por ejemplo, varios TBI han impuesto tales requisitos de derecho indicativo, entre ellos: TBI entre Australia y Uruguay, TBI entre El Salvador y el Reino Unido, TBI entre Cuba y Grecia, y el TBI entre la República Checa y Eslovaca y los Países Bajos³⁷.

La planificación legítima de la nacionalidad es reconocida por los tribunales y no se considera un abuso de proceso. Este concepto se refiere a empresas que canalizan sus inversiones a través de un país que les permite acceder a protecciones de tratados favorables, a las cuales no tendrían acceso si mantuvieran su constitución en el Estado de origen³⁸. En *Aguas del Tunari S.A. c. República de Bolivia*, el Tribunal señaló que “no es infrecuente en la práctica y –en ausencia de una limitación particular– no es ilegal ubicar la propia operación de una jurisdicción que se percibe como proveedora de un entorno regulatorio y legal beneficioso en términos, por ejemplo, de tributación o del derecho sustantivo de la jurisdicción, incluyendo la disponibilidad de un TBI”³⁹. Los tribunales

³⁵ *Renée Rose Levy, op. cit.* (cita 18) párr. 184: (“En opinión del Tribunal, ahora está bien establecido, y con razón, que una organización o reorganización de una estructura corporativa diseñada para obtener los beneficios del tratado de Inversión no es una perse ilegítima, incluso cuando esto se hace con miras a proteger la Inversión de posibles controversias futuras con el Estado receptor”).

³⁶ Gordillo, A., y Willcocks, A., “*Nationality Planning*” en *Jus Mundi*, 11 de Agosto de 2022, disponible en <https://jusmundi.com/en/document/publication/en-nationality-planning>

³⁷ Tratado Bilateral de Inversiones entre Australia y Uruguay (Australia-Uruguay) (Firmado el 5 de abril de 2019, entró en vigor el 23 de enero de 2022); Tratado Bilateral de Inversiones entre El Salvador y el Reino Unido (El Salvador-U.K.) (Firmado el 14 de enero de 1999, entró en vigor el 1 de diciembre de 2000); Tratado Bilateral de Inversiones entre Cuba y Grecia (Cuba-Grecia) (Firmado el 18 de junio de 1996, entró en vigor el 18 de octubre de 1997), Art. 1: (definición de “inversión”).

³⁸ Gordillo, A., y Willcocks, A., *op. cit.* (cita 37).

³⁹ *Aguas del Tunari S.A. v. Republic of Bolivia*, CIADI caso n° ARB/02/3, decisión sobre las objeciones del demandado a la jurisdicción de 21 de octubre de 2005, párr. 330.

han aceptado que el interés legítimo del inversor es mitigar los riesgos, lo que también incluye la búsqueda de protección en virtud de un TBI⁴⁰. En relación a la carga de prueba, corresponde al demandado demostrar el abuso de proceso, mientras que el inversor no tiene obligación de justificar una reestructuración que no sea la minimización del riesgo⁴¹.

Es fundamental precisar la distinción entre el abuso de proceso y la reestructuración legítima, que radica en si la disputa era razonablemente previsible en el momento de la reestructuración y si esta se realizó con la intención específica de obtener protección para una disputa determinada.

Los tribunales arbitrales han aceptado en su mayoría que la reestructuración de una empresa para cambiar de nacionalidad y obtener protección bajo un tratado de inversión, sin previsibilidad de una disputa, no constituye abuso de proceso. Dada la sutil precisión de esta distinción, esto da lugar a que los Estados puedan formular objeciones por abuso de proceso en casos que involucren reestructuraciones corporativas en términos generales.

V. ¿Amplían los estados el alcance de la doctrina de abuso de proceso?

1. El rechazo de objeciones de abuso de proceso por parte de los tribunales

La admisión de una demanda por abuso de proceso conlleva la terminación del procedimiento arbitral sin necesidad de un juicio sobre el fondo del asunto, lo cual representa una ventaja para el Estado en su rol de demandado en estos casos. Los casos siguientes ofrecen un análisis de demandas de abuso de proceso presentadas por Estados y posteriormente desestimadas por los tribunales. En otras palabras, se examinarán ejemplos de cómo los Estados han recurrido a la doctrina del abuso de proceso como parte de su estrategia de defensa.

⁴⁰ *Cervin Investissements S.A. and Rhone Investissements S.A. v. Republic of Costa Rica*, CIADI caso n° ARB/13/2, decisión sobre jurisdicción de 15 de diciembre de 2014, párr. 292.

⁴¹ *Ibid.*

En *Infracapital c. España*⁴², el demandado alegó que Infracapital había incurrido en abuso de procedimiento, ya que reestructuró su inversión cuando el litigio ya era previsible. Si embargo, el tribunal arbitral consideró que tal alegación carecía de fundamento. El tribunal razonó que en las alegaciones de abuso de proceso la carga de la prueba recae sobre el demandado. En este caso, el demandado no pudo demostrar la prueba necesaria de que la demandante había actuado de mala fe con el objetivo de obtener protección en virtud de un tratado de inversión. El tribunal arbitral razonó de que en este caso se trataba de una reestructuración legítima.

En un caso similar, *Tatneft c. Ucrania*, el Estado argumenta que Tatneft reestructuró sus inversiones de mala fe con el objetivo de beneficiarse del acceso al arbitraje a través de tratados favorables a los que no estaría sujeto⁴³. El tribunal, correctamente, estableció que la carga de la prueba recae sobre la demandada, quien no pudo demostrar que el cambio de nacionalidad se produjera después de que la disputa fuera previsible, ni que el acceso del inversor al nuevo TBI entre EE.UU. y Ucrania le otorgara una ventaja sobre las protecciones a las cuales tenía acceso a través de su tratado de inversión original (Tratado sobre la Carta de Energía y el TBI entre EE.UU. y Ucrania), con base en las cuales podría haberse iniciado un acuerdo de arbitraje antes de la reestructuración⁴⁴. Por lo tanto, el tribunal arbitral consideró que, debido a la falta de pruebas, así como la ausencia de ventajas derivadas de la aplicación del nuevo TBI, no se había detectado ningún abuso de proceso.

En el caso *Renée Rose Levy contra Perú*⁴⁵, el demandado alegó que se había producido un abuso de procedimiento, ya que el demandante no había actuado de buena fe al realizar la inversión. Sin embargo, Perú no pudo demostrar que la demandante actuó de mala fe. Naturalmente, el tribunal arbitral no aceptó la petición de Perú de presumir mala fe⁴⁶. Si bien Perú no logró probar que el reordenamiento de los activos dentro de la familia del demandante tenía como objetivo acceder a las protecciones bajo el tratado, razonó que “la única

⁴² *Infracapital F.I.S.à.r.l. and Infracapital Solar B.V. v. Kingdom of Spain*, CIADI caso n° ARB/16/18, decisión sobre jurisdicción, responsabilidad y directrices sobre quantum de 13 de septiembre de 2021, párr. 332.

⁴³ *OAO Tatneft v. Ukraine*, sentencia de la corte de apelaciones de París de 29 de noviembre de 2016, párr. 33.

⁴⁴ *Ibid.* párr. 34-36.

⁴⁵ *Renée Rose Levy v. Perú*, *op. cit.* (cita 18).

⁴⁶ *Ibid.* párr. 153.

explicación lógica (...) es fabricar la jurisdicción del CIADI para esta disputa”⁴⁷. Las objeciones del demandado por abuso de proceso contradicen el ampliamente aceptado principio de presunción de buena fe⁴⁸.

En *Saluka c. República Checa*, el demandado presentó una objeción por abuso de procedimiento alegando que el inversor había actuado de mala fe al no revelar su intención de comprar acciones a las autoridades del Estado. No obstante, el tribunal de la CPA discrepó en que la omisión de dicha información pudiera constituir un abuso de derecho⁴⁹, especialmente si se tiene en cuenta que el inversor forma parte de un gran grupo financiero, y la inversión puede formar parte de una estrategia más amplia. El tribunal de la CPA estimó que resultaría poco razonable exigir a un inversor la revelación de sus objetivos finales al llevar a cabo una inversión determinada⁵⁰.

Como ilustran estos casos, los Estados en ocasiones formulan objeciones por abuso de proceso aun en circunstancias cuya fundamentación jurídica podría resultar cuestionable, y la diversidad de argumentos expuestos sugiere que esta alegación se ha consolidado como una estrategia frecuentemente empleada por los abogados para salvaguardar los intereses de la parte demandada⁵¹. La siguiente sección explora cómo la formulación de una objeción por abuso de proceso puede ser parte de los mecanismos de defensa jurisdiccional. Si bien se presume la buena fe de los Estados al plantear estas objeciones, el análisis expone incentivos o razones que podrían llevar a su uso como herramienta estratégica en ciertos contextos, sin que ello implique una acusación.

2. Consideraciones estratégicas para los Estados

Las etapas iniciales de una disputa de inversión son fundamentales para las partes, ya que es en ese momento cuando el tribunal arbitral forma su primera impresión de ellas, basada en las conclusiones preliminares. Además,

⁴⁷ *Ibid.* párr. 124.

⁴⁸ Willcocks, A., y Zouari, M., “The ‘Bona Fide’ (Good Faith) Principle” en *Jus Mundi*, 27 de septiembre 2022, disponible en <https://jusemundi.com/en/document/publication/enbona-fide-principle>

⁴⁹ *Saluka Investments B.V. v. Czech Republic*, CNUDMI, CPA caso n° 2001-04, párr. 235.

⁵⁰ *Ibid.* párr. 232.

⁵¹ Cremades, B., “The Use and Abuse of “Due Process” in International Arbitration”, en *Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, vol. 9, 2016, p. 671.

si un Estado logra demostrar la falta de jurisdicción del tribunal, los méritos de la disputa no serán evaluados, lo cual presenta un beneficio procesal para el demandado en la etapa jurisdiccional. Así, se hace evidente que el Estado tiene un interés considerable en sustentar una objeción por abuso de proceso.

El Estado puede obtener una amplia gama de beneficios al probar el abuso de proceso. En primer lugar, los hechos pertinentes a la fase de jurisdicción tienden a ser más favorables para el Estado, mientras que los hechos relevantes para la fase de méritos suelen inclinarse a favor del inversor⁵². Los hechos relacionados con las objeciones jurisdiccionales son los que muestran una posible corrupción o abuso del proceso. Si se desestima la disputa en la fase jurisdiccional, es probable que no se consideren los hechos relacionados con los méritos, como medidas de expropiación, trato injusto o no equitativos por parte del Estado⁵³. “Al dar forma y acotar la historia de esta manera, el demandado obtiene una ventaja estratégica”⁵⁴.

Los Estados demandados también examinan como posibilidad: las objeciones como el abuso de proceso pueden generar retrasos en el calendario procesal, lo cual podría aplazar la emisión de un posible laudo en su contra⁵⁵.

Algunos autores sostienen que, en casos donde el Estado cuenta con fundamentos jurídicos bien sustentados sobre los méritos de la disputa, como la ausencia de expropiación o de violación del principio de Trato Justo y Equitativo (FET), plantear una objeción por abuso de proceso no fortalece su posición. De esta manera, cuando un Estado plantea una objeción por abuso de proceso sin un abuso claro y evidente, esto podría reflejar la falta de solidez en los hechos que sustentan los méritos de la disputa⁵⁶.

Aunque la presunción de buena fe dicta que un Estado solo planteará objeciones por abuso de proceso en situaciones en las que esté convencido de que el inversor ha cometido tal abuso de sus derechos procesales, no se puede descartar

⁵² Carlson, M., y Childress, P., “Chapter 5: Bifurcation in Investment Treaty Arbitration” en *The Investment Treaty Arbitration Review*, 4º ed., 2019, p. 54; *Mesa Power Group, LLC v. Government of Canada*, UNCITRAL, PCA Caso No. 2012-17, (18 de enero de 2013), Orden Procesal No. 2.

⁵³ *Ibid.*

⁵⁴ *Ibid.*

⁵⁵ Greenwood, L., “Does Bifurcation Really Promote Efficiency?”, en *Journal of International Arbitration*, Kluwer Law International, 2011.

⁵⁶ Carlson, M., y Childress, P., *op. cit.* (cita 34), p. 54.

la posibilidad de que los demandados en la previa sección hayan tenido en cuenta las consideraciones estratégicas mencionadas anteriormente al plantear cualquier objeción por abuso de proceso. El uso de la doctrina por parte de los abogados del Estado puede presentar dificultades para la justicia en el proceso arbitral.

VI. Los peligros de la explotación de la doctrina del abuso de proceso

El uso inapropiado de la doctrina del abuso de proceso, llevado al extremo, no solo genera injusticia procesal, sino que también puede poner en riesgo la legitimidad y percepción pública del arbitraje internacional de inversiones.

El derecho de inversiones fue originalmente creado para apoyar el desarrollo económico de naciones en desarrollo⁵⁷. Esto se reafirmó en el caso *Amco contra Indonesia*, en el que el tribunal arbitral hizo la siguiente afirmación clave:

Basta señalar, a este respecto, la primera frase del Preámbulo de la Convención (de Washington):

Considerando la necesidad de la cooperación internacional para el desarrollo económico y el papel que en ella desempeñan las inversiones privadas internacionales.

Esta declaración demuestra que el arbitraje del CIADI es un método de solución que corresponde a los intereses, no solo de los inversores, sino también de los Estados contratantes, siempre que, mediante su adhesión al Convenio, hayan demostrado que consideraban que este método respondía efectivamente a sus intereses, entendiéndose también que conservan plena libertad para aplicarlo o no, con respecto a cada acuerdo de inversión en particular. En cuanto a los inversores, huelga decir que prácticamente en todos los casos tienen interés en someter a este arbitraje internacional todas y cada una de las controversias con el Estado receptor relativas a la inversión. Así pues, el Convenio

⁵⁷ Schreuer, C., “Nationality Planning”, en Rovine, A., “Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation” en *The Fordham Papers*, 2013, p. 6.

tiene por objeto proteger, en la misma medida y con el mismo vigor, al inversor y al Estado receptor, sin olvidar que proteger las inversiones es proteger el interés general del desarrollo y de los países en desarrollo”⁵⁸.

La conclusión de este tribunal (CIADI) resulta relevante al referirse al propósito original del Convenio del CIADI y, en extensión, del derecho internacional de las inversiones. Al interpretar el derecho internacional de las inversiones, debe anteponerse el interés general de los países (en desarrollo). Atraer inversiones es fundamental para el desarrollo económico de un país, por lo que el abuso de la doctrina del abuso del proceso, y su consecuencia de disminución de inversión, es inconsistente con las teorías del derecho internacional de las inversiones. Como declaró el tribunal arbitral en el caso *ST-AD c. Bulgaria*⁵⁹, el sistema del CIADI fue diseñado para facilitar la resolución de controversias entre Estados e inversores extranjeros con vistas a “estimular un mayor flujo de capital internacional privado hacia aquellos países que desean atraerlo”⁶⁰. En consecuencia, los tribunales reconocen que los inversores extranjeros gozan de derechos especiales con vistas a atraer capital privado extranjero⁶¹.

El propósito del arbitraje internacional de inversiones es brindar seguridad jurídica para atraer flujos de capital a los Estados; sin embargo, el abuso de esta doctrina contraviene dicho objetivo al introducir riesgos que pueden desalentar la inversión. Dicha práctica puede socavar la legitimidad del arbitraje y erosionar la confianza pública en él. Además, el planteamiento de una objeción de este tipo podría aumentar los costos y prolongar los plazos del arbitraje, lo que podría desalentar a futuros inversores a recurrir a este mecanismo de resolución de conflictos o incluso a invertir en el extranjero.

⁵⁸ *Amco Asia Corporation v. Republic of Indonesia*, CIADI caso n° ARB/81/1, decisión sobre jurisdicción de 25 de septiembre 1983, párr. 23.

⁵⁹ *ST-AD GmbH v. Republic of Bulgaria*, CPA caso n° 2011-06, párr. 408; David R. Aven, Samuel D. Aven, Carolyn J. Park, Eric A. Park, Jeffrey S. Shiolen, Giacomo A. Buscemi, David A. Janney and Roger Raguso v. *The Republic of Costa Rica*, CIADI caso n° UNCT/15/3, laudo final de 18 de septiembre de 2018, párr. 226.

⁶⁰ Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento, *Informe de los Directores Ejecutivos sobre el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados*, Informe de los Directores Ejecutivos, 18 de marzo. 1965, <https://icsid.worldbank.org/ICSID/Static-Files/basicdoc/partB.htm> párr. 9, en *ST-AD v. Bulgaria*, op. cit. (cita 61) párr. 408.

⁶¹ Janig, P., “Cynicism and Nationality Planning in International Investment Law”, en Baade, B., Burchardt, D., Feihle, P., Köppen, A., Mührel, L., Riemer, L., Schäfer, R., (eds.), *Cynical International Law? Abuse and Circumvention in Public International and European Law*, Berlín: Springer, 2021, pp. 309-35.

VII. Exploración de alternativas procesales a la explotación de la doctrina del abuso de proceso

Resulta relevante analizar alternativas equitativas que un Estado podría emplear para enfrentar reestructuraciones corporativas sin recurrir a la invocación de la doctrina del abuso de proceso, salvo en casos justificados. Desde una perspectiva jurídica, el análisis de estas alternativas contribuye a la transparencia y fomenta la confianza en el sistema arbitral. Asimismo, al fortalecer la legitimidad de las decisiones arbitrales en estas materias, se busca preservar la integridad del sistema y asegurar que las partes involucradas actúen en conformidad con el marco legal aplicable.

Si un Estado desea interceptar la reestructuración de una inversión, puede contratar de ello de manera privada con el inversor, o, promulgar una normativa que así lo exija⁶². Alternativamente, los Estados también podrían hacer más estricta la definición de “inversor” que figura en los TBI y en los tratados multilaterales de inversión (“TMI”). Esta redefinición de lo que se entiende por “inversor” e “inversión” se está llevando a cabo en el marco de la modernización del Tratado sobre la Carta de Energía (“TCE”). En la versión actual de la TCE, un inversor que puede gozar de protección en virtud del TCE es cualquier persona física con residencia, ciudadanía o nacionalidad de una parte contratante. Las personas jurídicas se constituirán de conformidad con la legislación de una parte contratante. El acuerdo de principio⁶³, así como el texto del TCE modernizado, recientemente publicado⁶⁴, prevén una definición más estricta de lo que constituye un inversor⁶⁵. Las personas con doble nacionalidad, en las que una de las nacionalidades es la del Estado, ya no pueden considerarse inversores⁶⁶. Además, las empresas deben demostrar que tienen actividades comerciales sustanciales en el Estado. Esto puede demostrarse mediante el pago de impuestos o la presencia física.

⁶² Jagush, S., *op. cit.* (cita 29), p. 325.

⁶³ Decisión de la Conferencia sobre la Carta de la Energía (“Acuerdo de principio”) de 24 de junio de 2022. El acuerdo de principio se alcanzó el 24 de junio de 2022 tras cinco años de negociaciones.

⁶⁴ El 13 de septiembre de 2022 se publicó el texto del TCE modernizado.

⁶⁵ Propuesta de Texto de la UE para la modernización del Tratado sobre la Carta de la Energía “TCE” de 13 de septiembre de 2022. (“El texto modernizado”).

⁶⁶ Greenop, M., y Lauk, C., “A Review of the ECT Modernisation Efforts: The Agreement in Principle”, en *Jus Mundi*, 22 de agosto. 2022, disponible en <https://blog.jusmundi.com/review-of-the-ect-modernisation-efforts-the-agreement-in-principle>

Se ha reforzado la definición de “inversión” con criterios específicos que deben cumplirse para optar a ella⁶⁷. Los esfuerzos de modernización del TCE constituyen un ejemplo destacado de cómo un Estado receptor puede limitar la planificación de la nacionalidad sin obstaculizar el acceso de los inversores a la justicia y previsibilidad jurídica.

En lugar de recurrir a la doctrina del abuso de proceso, una alternativa más viable para un Estado es la inclusión de una cláusula de negación de beneficios. La incorporación de este tipo de cláusulas excluye de la protección del tratado a determinados inversores que no estaban contemplados en su ámbito de aplicación⁶⁸. Las cláusulas de negación de beneficios pueden entenderse como un contrapeso a la planificación de la nacionalidad, dado que ambos conceptos responden a un razonamiento subyacente similar. Por un lado, los inversores buscan estructurar sus empresas para obtener las protecciones más favorables posibles bajo el tratado; por otro, los Estados pueden intentar restringir el acceso de estos inversores a tales beneficios mediante la inclusión de cláusulas de negación de beneficios⁶⁹. Estas cláusulas de negación de beneficios son eficaces para contrarrestar las “estrategias que buscan la protección de tratados mediante la adquisición de una nacionalidad favorable”⁷⁰. Un Estado puede activar la cláusula de negación de beneficios cuando el inversor es (i) una entidad propiedad de una tercera parte no contratante del tratado que no tiene una actividad empresarial sustancial en el Estado; (ii) entidades propiedad de nacionales del Estado; y (iii) entidades propiedad de nacionalidad de Estado que no mantienen relaciones amistosas con el Estado⁷¹.

⁶⁷ Texto modernizado, art. 6.

⁶⁸ Cannu, P., y Gastrell, L., “*Procedural Requirements of Denial of Benefits’ Clauses in Investment Treaties: A Review of Arbitral Decisions*”, en *ICSID Review*, vol.30, 2015; *Big Sky Energy Corporation v. Republic of Kazakhstan*, CIADI caso n° ARB/17/22, laudo de 24 de noviembre de 2021, párr. 275; *Limited Liability Company Amto v. Ukraine*, SCC caso n° 080/2005, laudo de 26 de marzo de 2008, párr. 61; *Ulysseas, Inc. v. Republic of Ecuador*, CNUDMI, CPA caso n° 2009-19, párr. 167.

⁶⁹ Bashir, M., y Ugale, A., “*Denial of Benefits*”, en *Jus Mundi*, 24 de agosto de 2022, disponible en <https://jusmundi.com/en/document/publication/en-denial-of-benefits#:~:text=I.-,Definition,did%20not%20intend%20to%20protect>

⁷⁰ Schreuer, C., y Dolzer, R., *Principles of International Investment Law*, Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 55.

⁷¹ *Hope Services LLC v. Republic of Cameroon*, CIADI caso n° ARB/20/2, sentencia de 23 de diciembre de 2021, párr. 105; Tratado Bilateral de Inversión entre Ruanda y los Estados Unidos de América (Ruanda-EE.UU.) (Firmado el 19 de febrero de 2008, entró en vigor el 1 de enero de 2012), Art. 17 (“Una Parte podrá denegar los beneficios de este Tratado a un inversor de la otra Parte que sea una empresa de dicha

VIII. Futuras perspectivas

La doctrina del abuso de proceso es un concepto jurídico en constante evolución, lo que hace interesante la consideración de sus posibles desarrollos futuros. Un aspecto con un futuro incierto es la prueba *Pac Rim*, que define la intención y la previsibilidad de una disputa en el momento de la inversión como criterios para determinar si se ha producido un abuso del proceso. Esta prueba ha sido criticada por autores⁷² ya que, la previsibilidad de una controversia es difícil de determinar, y depende en gran medida de las circunstancias específicas del caso⁷³. Como se ha mencionado anteriormente, el arbitraje de inversiones es un campo en constante evolución –para bien o para mal– y permanece bajo el escrutinio de la opinión pública. En este contexto, ha surgido el debate sobre la posibilidad de perfeccionar la prueba destinada a determinar el abuso de proceso. Concretamente, el tribunal arbitral en *Philip Morris* ha planteado la posibilidad de modificar la prueba *Pac Rim*, sugiriendo una estructura diferente⁷⁴: En primer lugar, el tribunal determinaría si la disputa era razonablemente previsible. Si el tribunal considera que lo era, entonces la carga de la prueba recaería en el demandante (el inversor), creando así una presunción refutable de que el inversor efectivamente reestructuró con el fin de obtener la protección del tratado para una disputa previsible. Es importante destacar que esta sugerencia no pone necesariamente a este en desventaja, ya que seguramente es él el más cualificado para aportar pruebas de sus intenciones⁷⁵.

otra Parte y a las inversiones de ese inversor si personas de una Parte no Parte poseen o controlan la empresa [...]”); *GCM Mining Corporation v. Republic of Colombia*, CIADI caso n° ARB/18/23, decision jurisdiccional de 23 de noviembre de 2020, párr. 133, en Ugale, Bashir, *op. cit.* (cita 56).

⁷² Jagush, S., *op. cit.* (cita 29) p. 339.

⁷³ *Ibid.*

⁷⁴ *Philip Morris v. Australia*, *op. cit.* (cita 13) párr. 495.

⁷⁵ Brebner, T., y Watson, D., *op. cit.* (cita 1), p. 319: Los autores señalan además que el Tribunal de Philip Morris puede haber aludido a esta sugerencia: *Philip Morris v. Australia*, *op. cit.* (cita 13) párr. 495: “[Corresponde] a la Demandada alegar y probar los hechos en que se basan sus objeciones; y, en la medida en que la Demandada haya establecido un caso prima facie, a la Demandante refutar esta prueba”. A continuación, el Tribunal valoró las pruebas aportadas por la Demandante, que son contrarias a lo establecido en el test de *Pac Rim*, párr. 584: “la Demandante no ha podido probar que razones fiscales u otras razones empresariales fueran determinantes para la reestructuración”.

Otro aspecto de interés a considerar es la interacción entre el abuso de proceso y el elemento *ratione personae*. Si bien el hecho de que un inversor haya reestructurado su sociedad antes de que fuera razonablemente previsible que se produjera un litigio le otorga jurisdicción *ratione temporis*, la planificación de la nacionalidad aún podría impedir que el tribunal obtuviera jurisdicción *ratione personae*. Queda a la discreción del tribunal evaluar la validez de la nacionalidad del inversor, basándose en el control efectivo o en el test de incorporación. Mientras que el abordaje de *constitución jurídica* adopta un enfoque puramente jurídico y determina la nacionalidad en función de dónde la sociedad esté formalmente constituida, el criterio del *control efectivo* tiene en cuenta la realidad económica. El debate entre constitución y control se vincula con la jurisdicción del tribunal y puede influir en objeciones por abuso de proceso cuando el tribunal considera que el inversor carece de control efectivo sobre la inversión, lo cual podría indicar que el arbitraje se inició de mala fe. Por ejemplo, el tribunal arbitral en el caso *Caratube c. Kazajstán* trató de determinar el control efectivo de la empresa cuando no estaba seguro de la buena fe de su inversión⁷⁶. Es relevante que los inversores consideren esta distinción en el contexto de la planificación de la nacionalidad⁷⁷.

IX. Conclusión

Aunque la doctrina del debido proceso, y por ende la del abuso de proceso, posee raíces antiguas, su aplicación en el ámbito del arbitraje internacional de inversiones ha adquirido una relevancia creciente. No obstante, esto plantea la cuestión de si los Estados involucrados en una disputa invocan esta objeción de manera indebida con el fin de obtener ventajas procesales.

La doctrina del abuso de proceso encuentra su marco jurídico en el ámbito del derecho internacional y está estrechamente entrelazada con el principio de buena fe, lo cual ha sido afirmado por los Tribunales en *Phoenix Action c. la*

⁷⁶ *Caratube International Oil Company LLP v. Republic of Kazakhstan*, CIADI caso n° ARB/08/12, laudo de 5 de junio de 2012, párr. 336-337, 380-381.

⁷⁷ Baumgartner, J., *Treaty Shopping in International Investment Law*, Oxford: Oxford University Press, 2016, p. 121.

*República Checa*⁷⁸, y *Orascom c. Argelia*⁷⁹. Al evaluar si la objeción de un demandado sobre esta base tiene fundamento, se aplica una prueba objetiva, teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso, para determinar si la controversia era previsible en el momento en que el inversor adoptó una nacionalidad que le otorgara la protección favorable del tratado. Además, la intención del inversor también se evalúa como un criterio adicional utilizado por algunos tribunales. Para evaluar este elemento más bien subjetivo, los tribunales se fijaron en si el cambio de nacionalidad también se habría producido con independencia de la existencia de la controversia.

La doctrina de abuso de proceso constituye una herramienta de protección que los Estados pueden emplear para evitar que los inversores accedan a beneficios de tratados que, conforme a los hechos, no les corresponderían. No obstante, la jurisprudencia arbitral reciente sugiere que, en ciertos casos, los Estados han presentado esta objeción sin un respaldo fáctico suficiente, utilizándola en algunos contextos como parte de sus mecanismos de defensa jurisdiccional.

Dado que las etapas iniciales de un procedimiento arbitral son fundamentales, obtener ventaja en la fase jurisdiccional reviste gran interés para las partes. En esta etapa, los hechos suelen favorecer al Estado, principalmente en relación con objeciones por abuso de proceso o casos de corrupción, mientras que en la fase de méritos los elementos tienden a beneficiar al inversor, centrándose en pruebas de expropiación o trato discriminatorio. Asimismo, los retrasos procesales pueden representar una ventaja estratégica adicional para el Estado. Diversos casos han examinado objeciones por abuso de proceso que han sido desestimadas por falta de pruebas concluyentes o de relevancia jurídica.

En numerosos casos, los Estados han difuminado la línea entre la doctrina del abuso de proceso y la legítima planificación de la nacionalidad mediante la reestructuración empresarial. Los inversores prudentes buscan (re)estructurar sus inversiones para acogerse a la protección de los tratados de inversión, una estrategia generalmente aceptada por los tribunales arbitrales. La segunda parte de este documento examina la distinción entre estos dos conceptos aparentemente intercambiables, observando que la delgada frontera que separa

⁷⁸ *Phoenix Action. v. Czech Republic, op. cit.* (cita 7).

⁷⁹ *Orascom TMT Investments S.A.v. Republico f Argentina*, CIADI caso n.º ARB/12/35, laudo de 31 de mayo de 2017.

una estrategia de buena fe del inversor prudente de una apropiación indebida y malintencionada de los derechos procesales reside en la previsibilidad objetiva. Esta interacción reviste especial interés considerando que, en cierta medida, la planificación de la nacionalidad puede resultar beneficiosa para los Estados receptores, al ofrecerles la oportunidad de atraer inversores y, con ello, fomentar la entrada de capital en el país. Sin embargo, el abuso de proceso puede perjudicar al Estado de acogida al permitir que los inversores accedan a beneficios de tratados sin cumplir con los requisitos establecidos.

Se han considerado mecanismos más equitativos disponibles para los Estados receptores que deseen limitar el acceso de un inversor a las protecciones de un tratado. Los Estados pueden establecer acuerdos específicos con el inversor, o bien optar por endurecer la definición de “inversor” e “inversión” en los TBI y TMI, ya que estas definiciones determinan la aplicabilidad de un tratado a un acuerdo de inversión. Este endurecimiento ha sido particularmente visible en la modernización del TCE. Asimismo, como contrapeso a la planificación de la nacionalidad, los Estados receptores pueden incorporar cláusulas de denegación de beneficios en sus TBI. A diferencia de las reclamaciones infundadas de abuso de proceso, esta medida facilita la observancia de la equidad procesal. Al aplicar esta cláusula, el Estado puede prevenir de forma anticipada que ciertos inversores accedan a los beneficios del tratado, estableciendo previamente su exclusión en la cláusula de denegación de beneficios.

Recurrir a las herramientas mencionadas en la sección anterior, en lugar de alegaciones de abuso de proceso, contribuirá a salvaguardar la legitimidad del arbitraje inversor-Estado y proporcionará a los inversores un mayor grado de seguridad jurídica, lo cual, a su vez, favorecerá la consecución sostenida del propósito original del arbitraje de inversiones: fomentar la afluencia de capital hacia los países en desarrollo.

La doctrina del abuso de proceso plantea preguntas sobre su uso potencialmente estratégico por parte de los Estados y examina ejemplos en los que podría haberse invocado con ese propósito. A medida que esta doctrina sigue desarrollándose y ganando visibilidad, resulta fundamental observar cualquier cambio que pueda afectar su aplicación en el arbitraje de inversiones, siempre recordando el propósito central del derecho internacional comercial: promover un entorno de seguridad jurídica que fomente la inversión y el crecimiento económico.



Varia

Ejecución en arbitraje internacional de las decisiones “vinculantes y definitivas” y “vinculantes pero no definitivas” del *dispute board* conforme a los modelos que integran la Rainbow Suite FIDIC

International arbitration enforcement of ‘binding and final’ and ‘binding but not final’ decisions of the dispute board under the Rainbow Suite FIDIC models

FRANCISCO JULIO DOSAL GÓMEZ

ABOGADO, LL.M. EN DERECHO INTERNACIONAL DE LOS NEGOCIOS, CENTRO DE ESTUDIOS GARRIGUES

Resumen: El presente estudio versa sobre la ejecución en arbitraje internacional de las decisiones “vinculantes y definitivas” y “vinculantes pero no definitivas” del *dispute board* en los supuestos de incumplimiento, de acuerdo con los cauces contractuales de impugnación y reclamación previstos en los modelos que integran la Rainbow Suite FIDIC de 1999 y de 2017, aclarando la distinción entre la eficacia vinculante y el carácter definitivo y no definitivo de la decisión. Con el fin de superar las dudas que aún existen en la materia, el autor propone, como fórmula óptima para obtener una rápida ejecución de la citada decisión, la bifurcación del procedimiento arbitral mediante la petición de un laudo parcial, solicitando la ejecución de la decisión vinculante pero no definitiva, así como la revisión de la controversia subyacente mediante un laudo final.

Palabras clave: *dispute board*, arbitraje internacional, FIDIC, ADR, disputas en materia de derecho de la construcción.

Abstract: The present study addresses the international arbitration enforcement of “binding and final” and “binding but not final” dispute board decisions, in accordance with the procedures provided for in the 1999 and 2017 editions of the Rainbow Suite FIDIC models, clarifying the distinction between the binding effectiveness and the final and non-final nature of the decision. In order to overcome the doubts that still exist in this field regarding the enforcement of the dispute board

decisions, the author proposes, as an optimal formula for obtaining a rapid enforcement of the aforementioned decision, the bifurcation of the arbitration proceedings by means of the petition for a partial award, requesting the enforcement of the binding but not final decision as well as the review of the underlying dispute by means of a final award.

Keywords: dispute board, international arbitration, FIDIC, ADR, construction law disputes.

SUMARIO:

I. INTRODUCCIÓN. II. EFICACIA VINCULANTE DE LAS DECISIONES DEL *DISPUTE BOARD*. III. CARÁCTER DEFINITIVO O NO DEFINITIVO DE LA DECISIÓN. IV. CAUCE GENERAL DE IMPUGNACIÓN DE LAS DECISIONES DEL *DISPUTE BOARD*. V. CAUCE ESPECIAL DE RECLAMACIÓN EN VÍA ARBITRAL FRENTE AL INCUMPLIMIENTO DE LAS DECISIONES DEFINITIVAS Y NO DEFINITIVAS DEL *DISPUTE BOARD*. VI. CONCLUSIONES. VII. BIBLIOGRAFÍA.

I. Introducción

Los proyectos internacionales de construcción e ingeniería constituyen uno de los sectores más propensos al surgimiento de disputas, caracterizadas generalmente por su elevada complejidad, tanto técnica como jurídica, su elevado volumen probatorio así como la existencia de múltiples reclamaciones hasta la efectiva resolución del conflicto. En los últimos años el sector ha experimentado un aumento generalizado tanto en el número como en la duración de los procedimientos, manteniéndose su cuantía media todavía en máximos históricos¹. Aunque la negociación y el arbitraje internacional continúan erigiéndose

¹ Según el informe *2022 Global Construction Disputes Report Successfully navigating through turbulent times*, elaborado por la consultora Arcadis y disponible en www.arcadis.com/en-gb/knowledge-hub/perspectives/global/global-construction-disputes-report el valor medio de las disputas entre 2020 y 2021 aumentó hasta los 57,5 millones de dólares americanos en Europa continental y hasta los 90,4 millones en Oriente Medio. No obstante, en este mismo periodo, se advirtió una reducción aproximada del 21% en el valor medio de las disputas en la región de Norteamérica, desde los 37,9 a los 30,1 millones y en Reino Unido, desde los 38,6 a los 37,8 millones. En cualquier caso, el valor medio de las disputas continúa manteniéndose en el rango de máximos históricos, siendo significativamente superiores a los valores observados en 2019 y años anteriores. Por otra parte, se advierte una tendencia al aumento en la duración de las disputas,

como los mecanismos predominantes de resolución de disputas comerciales transfronterizas, se advierte desde hace años una tendencia creciente a la estipulación, dentro de los estándares y contratos internacionales de construcción, tanto de sistemas de prevención como de mecanismos alternativos de resolución de disputas en combinación con el arbitraje internacional². El fundamento de la estipulación contractual de estos sistemas no es otro que facilitar oportunidades para que las partes, bien por sí mismas o a través de mecanismos estructurados, puedan resolver las reclamaciones y controversias que surjan durante la ejecución del proyecto, evitando la escalada de los conflictos y con ello el alcance y el número de disputas que finalmente se someten a arbitraje. Sin embargo, no resulta infrecuente que tales mecanismos acaben por convertirse una auténtica carga procedimental que las partes recalcitrantes afrontarían bien de forma superficial o con una finalidad meramente dilatoria, hasta la efectiva resolución a través del arbitraje³; máxime en los supuestos de disputas complejas o de elevada cuantía, en los que será frecuente el incumplimiento de las soluciones alcanzadas en sede prearbitral⁴ junto a la formulación de múltiples reclamaciones.

aproximadamente de un 20%, alcanzándose una duración media de 16,7 meses en la región de Norteamérica; 11,8 meses en Reino Unido; 17,5 meses en Europa continental y 15,8 meses en Oriente Medio.

- ² La *2021 International Arbitration Survey: Adapting arbitration to a changing world*, elaborada por White & Case en colaboración con *Queen Mary University of London* y disponible en arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/LON0320037-QMUL-International-Arbitration-Survey-2021_19_WEB.pdf el 90% de los encuestados identificaron el arbitraje internacional como el mecanismo preferido para la resolución de disputas transfronterizas, ya de forma independiente (31%) o en combinación con mecanismos alternativos de resolución de disputas (59%) incluyendo, de dentro de este grupo, la adjudicación, los *dispute board*, las determinaciones por experto, la mediación o la negociación.
- ³ *2018 International Arbitration Survey: The Evolution of International Arbitration*, elaborada por White & Case en colaboración con *Queen Mary University of London*, disponible en [arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/2018-International-Arbitration-Survey--The-Evolution-of-International-Arbitration-\(2\).PDF](http://arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/2018-International-Arbitration-Survey--The-Evolution-of-International-Arbitration-(2).PDF), p. 6.
- ⁴ Según el *International Arbitration Survey – Driving Efficiency in International Construction Disputes* de 2019, elaborado por Pinsent Masons en colaboración con *Queen Mary University of London* y disponible en [www.pinsentmasons.com/thinking/special-reports/international-arbitration-survey#:~:text=Download%20report%20\(49%20pages%20/%205.2%20MB\)](http://www.pinsentmasons.com/thinking/special-reports/international-arbitration-survey#:~:text=Download%20report%20(49%20pages%20/%205.2%20MB)), respecto al grado de cumplimiento voluntario con las soluciones derivadas de los mecanismos prearbitrales de resolución de disputas –entre las que se incluiría la negociación, la mediación, los *dispute boards*, las decisiones de experto o la adjudicación, entre otros– el 41% de los encuestados informaron que las partes no cumplían voluntariamente y de forma habitual con las soluciones alcanzadas; el 31% experimentaron el cumplimiento la mitad de las veces; y solo el 28% experimentaron un cumplimiento frecuente.

La creciente popularidad de los *dispute boards* como mecanismos de resolución de disputas en los proyectos internacionales de construcción –gracias, entre otros aspectos, a su inclusión en estándares internacionales ampliamente adoptados como la *Rainbow Suite* de la *Fédération Internationale Des Ingénieurs-Conseils* (“FIDIC”)⁵– responde no solo a la posibilidad de obtener una solución rápida y técnicamente adecuada, dada su configuración, sino también a las ventajas en términos de costes temporales y económicos, con un coste de mantenimiento aproximado entre el 0,05% y 0,15% del coste total del proyecto⁶. Un mecanismo que brillará en ambientes más cooperativos que contenciosos, especialmente cuando exista un compromiso real de cumplir con la decisión; pues lo que generalmente determinará la necesidad de acudir a ulteriores procedimientos arbitrales será, precisamente, la inobservancia o falta de cumplimiento respecto a la decisión del *dispute board*.

No en vano, subsisten todavía importantes cuestiones en cuanto al cauce especial previsto para la ejecución de las decisiones del *dispute board* en vía arbitral, dado el régimen tradicionalmente diferenciado según se trate de decisiones definitivas o no definitivas, así como respecto al cauce general de impugnación; el contenido y límites a la eficacia vinculante de la decisión o el impacto de la ley del contrato sobre los aspectos anteriores, lo que obliga a tener en cuenta tales particularidades, pues lo que el sector internacional de la construcción necesita, ante todo, es certeza en cuanto a los respectivos derechos y obligaciones de las partes. El presente estudio tiene por objeto resolver tales cuestiones, a la luz de la redacción contenida en los modelos que integran la *Rainbow Suite* FIDIC en sus ediciones de 1999 y de 2017 y las conclusiones alcanzadas por los laudos arbitrales administrados por la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (“CCI”), al ser el procedimiento al que remiten por defecto los modelos que integran la *Rainbow Suite* FIDIC.

⁵ La referencia en el presente estudio a los modelos que integran la *Rainbow Suite* FIDIC (1999), ha de considerarse circunscrita conjuntamente a los modelos FIDIC *Red Book* (1999) *Conditions of Contract for Construction*; FIDIC *Silver Book* (1999) *Conditions of Contract for EPC/Turnkey Projects* y FIDIC *Yellow Book* (1999) *Conditions of Contract for Plant and Design-Build*; mientras que la referencia a los modelos que integran la *Rainbow Suite* FIDIC (2017) deberán entenderse referida conjuntamente a los modelos FIDIC *Red Book* (2017) *Conditions of Contract for Construction*, FIDIC *Silver Book* (2017) *Conditions of Contract for EPC/Turnkey Projects*; y FIDIC *Yellow Book* (2017) *Conditions of Contract for Plant and Design-Build*.

⁶ *Manual de Dispute Board: Guía de Mejores Prácticas y Procedimientos*, elaborado por la *Dispute Resolution Board Foundation* (DRBF), p. 21.

II. Eficacia vinculante de las decisiones del *dispute board*

Conforme al párrafo cuarto de la subcláusula 20.4 de los modelos que integran la *Rainbow Suite* FIDIC de 1999, las decisiones del *dispute board* serán vinculantes para las partes, quienes deberán dar efecto a las mismas sin demora, a menos y hasta que fueran revisadas por acuerdo entre las propias partes o por laudo arbitral⁷. Bajo la aparente sencillez de esta previsión contractual, se halla un aspecto enormemente complejo y de capital importancia en el marco del sistema de resolución de disputas, constituyendo la infracción de esta disposición el fundamento principal de la reclamación frente al incumplimiento de las decisiones del *dispute board*. Esta eficacia vinculante se concreta en la obligación de las partes de dar efecto a la misma sin demora, cuya naturaleza y origen –dada la propia configuración y naturaleza estrictamente contractual del *dispute board*⁸– determinará que la misma quede concretada en cuanto a su contenido no solo por las disposiciones incluidas en la redacción presente en los modelos sino también y principalmente, por la interpretación y límites derivados del derecho de obligaciones y contratos y del derecho imperativo previsto por la ley aplicable al contrato. Así, por ejemplo, trasunto del principio de relatividad presente en el derecho de obligaciones que resulte de la ley aplicable al contrato, la obligación de dar efecto sin demora a la decisión solo alcanzará a quienes consintieron respecto a la misma –y generalmente a sus sucesores– no pudiendo alcanzar a terceros que no manifestaron su consentimiento.

Respecto al contenido de la obligación, la previsión contractual relativa al cumplimiento “sin demora”, cualifica el contenido de la obligación, atribuyendo generalmente carácter esencial al tiempo; habiendo sido igualmente empleada, en ocasiones, como fundamento contractual sustantivo del régimen de garantía o seguridad contractual de pago –dirigido, en términos generales, a facilitar el flujo de efectivo de los contratistas, quienes ocuparán, casi invariablemente, la parte más débil en los proyectos internacionales de construcción e ingeniería en

⁷ Subcláusula 20.4, párrafo cuarto, *Rainbow Suite* FIDIC (1999).

⁸ Bailey, J., *Current issues with FIDIC dispute adjudication board*, Society of Construction Law, enero de 2015, p. 5.

comparación con el empleador⁹— sin perjuicio de que sea predicable no solo respecto a obligaciones de pago sino respecto a cualquier obligación derivada en la decisión del *dispute board*. En cuanto a sus límites, se establece contractualmente que la eficacia vinculante de la decisión solo quedará afectada por acuerdo entre las partes o por laudo arbitral posterior, habiendo sido definida por la doctrina como un efecto temporalmente definitivo y vinculante¹⁰ o vinculante provisional¹¹. Un aspecto trascendental es que la misma no resultará afectada por la remisión de una notificación de insatisfacción ni, por ende, por su carácter definitivo o no definitivo; resultando, hasta cierto punto, tautológico hablar de decisiones vinculantes del *dispute board*, cuando estas se reputen como válidamente emitidas y notificadas. En su edición de 2017, la FIDIC introdujo una aclaración útil aunque innecesaria¹², señalando que las decisiones del *dispute board* serán vinculantes para las partes, las cuales deberán cumplirlas sin demora, con independencia de que cualquiera de ellas hubiera manifestado su disconformidad frente a la decisión, mediante la remisión de una notificación de insatisfacción¹³.

Ahora bien, en aquellos casos en que la decisión no se hubiera ajustado a las normas de procedimiento u otros presupuestos y requisitos previstos para la adopción y notificación de la misma, así como en los supuestos de emisión extemporánea, falta de motivación o de indicación de la subcláusula por la que se emite, remisión de las copias pertinentes u otros requisitos generales de notificación, se ha planteado si podría llegar a justificarse la ausencia de eficacia vinculante y de la obligación de las partes de cumplir con su contenido, cuando a la luz de la interpretación que resulte de la ley aplicable al contrato de tales presupuestos y requisitos se concluya que no fue voluntad de las partes vincularse por la decisión en tales circunstancias. Así, por ejemplo, en el laudo interino CCI núm. 10619, en un proyecto sometido a un modelo FIDIC *Red Book* 4ª edición de 1987, el tribunal arbitral concluyó, respecto a dos determinaciones emitidas por el ingeniero fuera de plazo que, en defecto de pacto, este no

⁹ PT Perusahaan Gas Negara (Persero) TBK v CRW Joint Operation (Indonesia) [2014] SGHC 146, párrafos 20 a 26.

¹⁰ Bunni, N.G., *The Gap in Sub-Clause 20.7 of the 1999 FIDIC Contracts for Major Works* International Construction Law Review, 272, 2005, p. 3.

¹¹ Chern, C., *Chern on Dispute Boards Practice and Procedure*, fourth edition, Informa Law, 2021.

¹² Baker, Ellis; Mellors, Ben; Chalmers, Scott; y Lavers, Anthony, *FIDIC Contracts: Law and Practice*, Informa Law Routledge, 5ª Edición, 2009, p. 538.

¹³ Subcláusula 21.4.3, párrafo cuarto *Rainbow Suite* FIDIC (2017).

tendría autoridad para apartarse de una norma que seguía siendo vinculante para las partes. Sin embargo, en el laudo final CCI núm. 23652/MHM, el tribunal razonó que aunque el plazo para que el *dispute board* emitiera su decisión se trataría de un plazo contractual acordado por las partes, sería dudoso que una decisión extemporánea –y, en particular, con un retraso de sólo un par de días– pudiera despojar por completo a la decisión de su fuerza vinculante según la intención razonable de las partes¹⁴.

A este respecto, existen a nuestro juicio determinados límites derivados del derecho de obligaciones y contratos así como del derecho imperativo y prohibitivo que resulte de la ley aplicable al contrato, incluyendo aquellas derivadas del lugar de ejecución, que podrán afectar igualmente a la eficacia vinculante de la decisión y de la obligación de las partes de cumplir con su contenido. En tal sentido, cabría justificar, por ejemplo que las partes no resultaran obligadas a cumplir con la decisión cuando esta resolviera una controversia no susceptible de calificarse como disputa o se adoptara en infracción manifiesta de las normas de procedimiento, falta de imparcialidad o independencia, fraude, dolo o culpa grave, error manifiesto en la valoración o sobre la base de documentos falsos o en los casos en que mediara violencia o intimidación; a los que habría que añadir los supuestos en que la decisión del *dispute board* ordenara el cumplimiento de una prestación contraria a las normas imperativas o prohibitivas o ser las mismas contrarias al orden público, o cuando entrañara el cumplimiento de prestaciones imposibles o que recayeran sobre materias indisponibles. No obstante, los tribunales arbitrales tienden a mostrarse reacios a admitir la existencia de motivos que pudieran afectar a la obligación de cumplir con su contenido, como se advierte en el citado laudo final CCI núm. 23652/MHM, en el que el tribunal arbitral consideró que el *dispute board* está facultado para determinar su propia competencia y, por ende, decidir si puede conocer o no de una determinada disputa; calificándose su decisión como válidamente dictada de acuerdo con el procedimiento contractual acordado, incluso si el mismo juzga erróneamente y, por lo tanto, usurpaba o excedía su competencia; sin perjuicio de reconocer que una decisión del *dispute board* que excediera su mandato no sería una decisión válida y ejecutable¹⁵. Asimismo, concluyó que, mientras que un acuerdo contractual que infringiera una norma imperativa sería nulo, una decisión del *dispute board* no puede equipararse ni juzgarse como una

¹⁴ Laudo final CCI núm. 23652/MH, párrafo 258.

¹⁵ *Ibid.*, párrafo 263 y 264.

cláusula contractual más, pues la misma constituye el resultado de un procedimiento prearbitral de resolución de litigios acordado contractualmente que, a pesar de su naturaleza contractual, tiene fuertes características cuasi-judiciales¹⁶. De esta forma, según este tribunal arbitral, la obligación contractual de cumplir sin demora con el contenido de la decisión de *dispute board* no se vería afectada por errores o inexactitudes, percibidos o reales, respecto al fondo de la decisión¹⁷; considerando que ello sería particularmente así, incluso si la decisión de *dispute board* fuera errónea en el fondo, por ser la misma contraria al contrato o a la ley imperativa, la cual será vinculante en el ínterin, esto es, siempre y cuando no haya sido revisada.

Finalmente, dada la naturaleza estrictamente contractual de la obligación de dar efecto a las decisiones del *dispute board*, estas carecerán de eficacia ejecutiva, lo que constituye una importante distinción de las mismas frente a los laudos arbitrales; careciendo igualmente de la posibilidad de reconocimiento internacional a través de instrumentos como el Convenio de Nueva York de 1958¹⁸. En consecuencia, ante el incumplimiento de una decisión del *dispute board*, la parte perjudicada deberá seguir los cauces de ejecución previstos por el contrato para los casos de incumplimiento de este tipo de decisiones. No obstante, ello no obstará a que pueda emplear cualesquiera otros derechos de los que la misma pueda disponer, entre los que se incluye acudir a otros cauces y disposiciones previstos en los modelos que integran la *Rainbow Suite* FIDIC y en los que también se proyecta la eficacia vinculante de la decisión. Así, por ejemplo, en caso de que la decisión del *dispute board* reconociera ciertas cantidades como debidas al contratista, este podrá incluir dichas cantidades en la declaración formulada al ingeniero a fin de solicitar su inclusión en el certificado de pago provisional; la cual no podrá ser denegada fuera de los motivos previstos por la subcláusula que los regula y, en caso de no atenderse por el empleador, dará lugar a un nuevo incumplimiento contractual basado en un fundamento de reclamación diferente¹⁹, sin perjuicio de que el cumplimiento tardío también legitime al perjudicado a reclamar la indemnización por el retraso²⁰.

¹⁶ *Ibid.*, párrafo 285.

¹⁷ *Ibid.*, párrafo 287.

¹⁸ Draetta, U., *Dispute Resolution in International Construction-Linked Contracts*, Diritto del commercio internazionale: pratica internazionale e diritto, vol. 24, núm. 1, 2010, pp. 3-26.

¹⁹ Subcláusulas 14.3 (f), 14.6 y 14.7 (b) *Rainbow Suite* FIDIC (1999); 14.3 (vi), 14.6 y 14.7 *Rainbow Suite* FIDIC (2017).

²⁰ Subcláusulas 14.8 *Rainbow Suite* FIDIC (1999); 14.8 *Rainbow Suite* FIDIC (2017).

Más aún, en los modelos que integran la *Rainbow Suite* FIDIC de 2017, cuando el incumplimiento por el empleador de la decisión del *dispute board* conlleve un incumplimiento sustancial de sus obligaciones en virtud del contrato, el contratista podrá, transcurridos 21 días tras su notificación, suspender los trabajos o reducir el ritmo de trabajo hasta que el empleador cumpla con la decisión²¹ –siendo este un incentivo poderoso ampliamente celebrado por la doctrina respecto al cumplimiento voluntario de las decisiones del *dispute board*²²– quedando igualmente legitimado el contratista a reclamar al empleador por los retrasos y sobrecostes, que sufra como consecuencia de la suspensión o reducción de los trabajos. Asimismo, el incumplimiento de la decisión por el empleador permitirá al contratista notificar su intención de dar por rescindido o terminado el contrato, legitimándole a notificar la rescisión o terminación si no cumple con la decisión en un plazo de 14 días tras la primera notificación²³. Por su parte, cuando el incumplimiento por el contratista de la decisión del *dispute board* conlleve un incumplimiento sustancial de sus obligaciones en virtud del contrato, el empleador también podrá notificar su intención de dar por rescindido o terminado el contrato, legitimándole igualmente a notificar la rescisión o terminación si no cumple con la decisión en un plazo de 14 días tras la primera notificación²⁴.

III. Carácter definitivo o no definitivo de la decisión

El carácter definitivo o no definitivo de la decisión del *dispute board* dependerá de la válida remisión o no de una notificación de insatisfacción, sujeta contractualmente a un importante número de requisitos y formalidades²⁵. En este sentido, la falta de remisión de esta notificación por cualquiera de las partes,

²¹ Subcláusula 16.1.(d).(ii) FIDIC *Red Book* y *Yellow Book* (2017); 16.1.(c).(ii) FIDIC *Silver Book* (2017).

²² Gillion, E; Morson, R.; Jackson, S. y De Jager, C. *The New FIDIC Suite 2017: Significant Developments And Key Changes*, International Construction Law Review 384, parte 4, 2018, p. 405.

²³ Subcláusula 16.2.1.(d).(ii) y 16.2.2. FIDIC *Red Book* y *Yellow Book* (2017); 16.2.1.(c).(ii) y 16.2.2. FIDIC *Silver Book* (2017).

²⁴ Subcláusula 15.2.1.(a).(iii) y 15.2.2. *Rainbow Suite* FIDIC (2017).

²⁵ Subcláusulas 1.3 y 20.4 párrafo quinto a séptimo *Rainbow Suite* FIDIC (1999); 1.3 y 21.4.4 párrafo cuarto *Rainbow Suite* FIDIC (2017).

en el plazo de 28 días tras la recepción de la decisión o, en su caso, de la expiración del plazo previsto para que el *dispute board* deba emitirla, determinará que la decisión sea definitiva para ambas partes²⁶; mientras que, por el contrario, la válida remisión de esta notificación por cualquiera de las partes, dentro de dicho plazo, determinará que la decisión sea no definitiva. Respecto a su validez, entran nuevamente en juego los criterios de interpretación conforme a la ley aplicable al contrato respecto a sus requisitos y formalidades, especialmente en los casos de inobservancia de algunos de sus presupuestos. Así, por ejemplo, ante la falta de expresión o identificación de las razones de hecho o de derecho que justificaran la insatisfacción, en el laudo final CCI núm. 18320, en un proyecto sometido a un modelo de FIDIC *Yellow Book* de 1998 (“*test edition*”), el tribunal concluyó que la notificación de insatisfacción debía reputarse como válida mientras ésta hubiera servido a sus fines fundamentales, siempre que, en todo caso, se hubiera identificado expresa e inequívocamente como tal, pues de lo contrario, no serviría a su propósito principal de permitir que la otra parte comprendiera, sin incertidumbre alguna, que la controversia seguía sin resolverse²⁷.

La remisión de una notificación de insatisfacción por una de las partes comportará que la decisión se convierta en no definitiva no solo para el remitente sino también para la otra parte contratante, quien podrá someter la disputa subyacente a arbitraje conforme al cauce general de impugnación, tal y como señaló el citado laudo final CCI núm. 18320²⁸. Por otra parte, respecto al plazo de 28 días, se ha sugerido que la remisión extemporánea podría conllevar que la misma se reputara como no efectuada, tal y como señaló el tribunal arbitral en el laudo final CCI núm. 19346²⁹ respecto a un modelo FIDIC *Yellow Book* (1999). Sin embargo, el tribunal consideró finalmente que, en tanto el demandante había remitido su notificación de insatisfacción exitosamente –aunque sobre dos cuestiones diferentes a las contenidas en la notificación extemporánea– ello no le impediría conocer, examinar y decidir sobre todas las cuestiones relativas a esa disputa, siendo que el alcance de su competencia vendría definido por la

²⁶ Subcláusulas 20.4 párrafo séptimo *Rainbow Suite* FIDIC (1999); 21.4.4 párrafo cuarto *Rainbow Suite* FIDIC (2017).

²⁷ Laudo final CCI núm. 18320, párrafos 176 y 177.

²⁸ *Ibid.*, párrafo 183.

²⁹ Laudo final CCI núm 19346, párrafo 137, 142.

propia disputa según la subcláusula 20.4³⁰. Esta conclusión, sería cuestionable respecto a los modelos de 2017, dado régimen de insatisfacción parcial previsto por los mismos, y que señalan que deberá identificarse expresamente las partes de la decisión a las que alcance la insatisfacción –así como aquellos elementos afectados por esta o se basen en ella para su integridad– dado su carácter separable, pues el resto de la decisión será definitiva y vinculante para ambas partes como si la notificación no se hubiera efectuada.

IV. Cauce general de impugnación de las decisiones del *dispute board*

El carácter definitivo o no definitivo de la decisión afectará a la posibilidad de impugnación, conforme al cauce general, respecto al fondo de la disputa subyacente así como a la capacidad del tribunal arbitral para abrir, examinar y revisar la decisión del *dispute board*; proyectando también importantes efectos respecto a los cauces de ejecución de las decisiones en los supuestos de incumplimiento. A salvo ciertas excepciones –relativas al cauce especial en los que la disputa podrá remitirse directamente a arbitraje³¹– ninguna de las partes en el contrato tendrá derecho a iniciar el arbitraje de una disputa a menos que se hubiera remitido una notificación de insatisfacción frente a la decisión del *dispute board*³². De esta forma y salvo en las excepciones referidas, tanto la remisión de la disputa ante el *dispute board* como la remisión de la notificación de insatisfacción frente a la misma o, en caso de no haberse emitido, frente a su omisión, constituirán una condición o requisito para el arbitraje.

A este respecto, cabe plantearse si la inobservancia de tales presupuestos afectaría a la competencia del tribunal arbitral para adoptar una decisión que afecte al fondo de la disputa subyacente o si, por el contrario, afectaría únicamente a la admisibilidad de la reclamación en vía arbitral; pues en este último

³⁰ *Ibid.*, párrafo 146 y 156.

³¹ Subcláusulas 20.7, 20.8 *Rainbow Suite* FIDIC (1999); 3.7.5, párrafo cuarto, 21.7 y 21.8 FIDIC *Red Book* y *Yellow Book* (2017); 3.5.5, párrafo cuarto, 21.7, 21.8 FIDIC *Silver Book* (2017).

³² Subcláusulas 20.4 párrafo sexto *Rainbow Suite* FIDIC (1999); 21.4.4 párrafo tercero *Rainbow Suite* FIDIC (2017).

caso, el tribunal podría volver a conocer –o continuar conociendo, en el caso en que hubiera suspendido el procedimiento– una vez cumplida la condición; mientras que, de considerarse como una cuestión de competencia, el tribunal no podrá entrar a conocer sobre el fondo de la disputa, sin posibilidad de subsanación alguna³³. También se proyectará en el eventual procedimiento de anulación del laudo arbitral posterior, pues tratándose de una cuestión de admisibilidad, su determinación corresponderá en exclusiva al tribunal arbitral, no quedando sujeto a la supervisión por parte del tribunal, lo que impedirá la estimación de la anulación por este motivo, a salvo los supuestos en que se hubieran vulnerado las garantías a un debido proceso o de orden público; no así de considerarse como una cuestión de competencia, en cuyo caso, el tribunal que conozca de la anulación, podría llegar a estimar la misma por este motivo.

En la práctica arbitral, en el laudo parcial CCI núm. 16262, en un asunto sometido a FIDIC *Yellow Book* de 1999, se consideró que el sometimiento de la disputa ante el *dispute board* constituía un requisito o condición necesaria para someter la disputa a arbitraje, de forma que, al no haberse cumplido, el tribunal arbitral carecía de competencia³⁴. En el laudo final CCI núm. 6535, en un asunto sometido a las condiciones de la *Institution of Civil Engineers* (“ICE”), el tribunal consideró que carecía de competencia, ante la inobservancia del procedimiento escalonado en dos fases; observándose igualmente este criterio en el laudo final CCI núm. 16435, en el que el tribunal, ante la inobservancia de ciertas notificaciones inherentes al procedimiento pre-arbitral de resolución de disputas, concluyó que carecía de competencia salvo en uno de los supuestos, procediendo a desestimar las pretensiones del reclamante³⁵. No obstante, en opinión de este autor, tanto el sometimiento de la disputa ante el *dispute board* como la remisión de la notificación de insatisfacción, constituyen aspectos que afectarán a la admisibilidad de la reclamación y no a la competencia del tribunal arbitral. Esta resulta ser, precisamente, la línea interpretativa seguida por los tribunales en la mayoría de ordenamientos en cuanto a los mecanismos escalonados que integren sistemas alternativos de resolución de disputas (“ADR”). En esta línea, en el laudo interino

³³ McErlaine, M. y Allsop, J., *Trends in Questions of Jurisdiction and Admissibility in International Arbitration*, Kluwer Arbitration, 2021, disponible en arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2021/11/02/trends-in-questions-of-jurisdiction-and-admissibility-in-international-arbitration/

³⁴ Laudo parcial CCI núm. 16262, párrafos 58, 60 y 62.

³⁵ Laudo final CCI núm. 16435, párrafos 107, 161 y 162.

CCI núm. 14431, el tribunal consideró que el sometimiento de la disputa ante el *dispute board* constituía un paso obligatorio para las partes, previo a la vía arbitral conforme al cauce general, cuya inobservancia llevó al tribunal a estimar la excepción de admisibilidad, ordenando al demandante comenzar el procedimiento ante el *dispute board* dentro de las cuatro semanas siguientes. En el laudo final CCI núm. 19581, el árbitro único señaló que mientras que la falta de competencia significa que la disputa no puede en absoluto plantearse ante el órgano requerido, la falta de admisibilidad significa que la reclamación formulada no era idónea ni madura para el tratamiento por parte del tribunal por faltar alguna de sus condiciones necesarias conforme al cauce general³⁶; las cuales no operarán cuando el asunto esté amparado por alguna de las excepciones al cauce general, como fue el caso, al admitirse la excepción contenida en la subcláusula 20.8.

Conforme al cauce general, tras la remisión de la notificación de insatisfacción, ambas partes deberán intentar resolver la disputa de forma amistosa antes de iniciar el arbitraje³⁷, pudiendo optar por cualquier clase de mecanismos alternativos de resolución. No obstante, salvo acuerdo en contrario entre las partes, el arbitraje podrá comenzar, conforme a los modelos de la *Rainbow Suite* FIDIC de 1999, a partir del quincuagésimo sexto día siguiente al de la notificación de insatisfacción; mientras que, tratándose de los modelos que integran la *Rainbow Suite* FIDIC de 2017, será a partir del vigésimo octavo día siguiente a aquel en que la notificación fue remitida; señalando Christopher Seppälä³⁸ que la referencia a que el arbitraje “podrá comenzar” debe entenderse referida a la formulación de su solicitud. En la práctica, se ha cuestionado la necesidad de esperar el transcurso de este periodo antes de iniciar el arbitraje, existiendo diversidad de opiniones en la doctrina. Jeremy Glover y Simon Hughes, consideran que operaría como una suerte de condición o presupuesto necesario para acudir a la vía arbitral, cuya inobservancia alcanzaría a la competencia del tribunal³⁹; mientras que otros como Robert Knutson consideran que, en la mayoría de legislaciones, los acuerdos de negociación no son normalmente

³⁶ Laudo final del caso CCI núm. 19581, párrafos 256, 262.

³⁷ Subcláusula 20.5, *Rainbow Suite* FIDIC (1999); 21.5 *Rainbow Suite* FIDIC de 2017.

³⁸ Seppälä, C., *Pre-Arbitral Procedure on the Settlement of Disputes under the FIDIC Conditions*, *International Construction Law Review*, 315, 1986.

³⁹ Glover, J. y Hughes, S. *Understanding the FIDIC Red and Yellow Books*, London Sweet & Maxwell, 2006, p. 542.

vinculantes, especialmente si no se identifican claramente las consecuencias de su incumplimiento⁴⁰; señalando Andrew Tweeddale⁴¹ que sería absurdo justificar la anulación de un laudo simplemente porque las partes no esperaron el transcurso de este periodo, siendo más bien una obligación procesal cuyo incumplimiento podría dar lugar a una indemnización. En nuestra opinión y sin perjuicio de que se trate de una cuestión que deberá interpretarse conforme a la ley aplicable al contrato, la observancia de este plazo constituye un requisito de admisibilidad de la reclamación en vía arbitral, que se sumaría a la necesidad de sometimiento de la disputa ante el *dispute board* y la remisión de la notificación de insatisfacción. En línea con este criterio, en el laudo final CCI núm. 13686 el tribunal, si bien en un asunto no referido a un modelo FIDIC, consideró que el plazo dirigido al intento de resolución amistosa no planteaba una cuestión de competencia, sino que constituía, precisamente, un requisito o condición previa para el inicio de un procedimiento arbitral⁴², que debía cumplirse antes de someter el asunto a arbitraje. En consecuencia, dado que la solicitud de arbitraje no había sido precedida por las negociaciones, la demanda debía considerarse prematura, debiendo desestimarse o, alternativamente, suspenderse el procedimiento hasta que concluya el plazo previsto para la negociación y, por consiguiente, para el cumplimiento de la condición.

Finalmente, a menos que fuera resuelta de forma amistosa, cualquier disputa que no hubiera sido resuelta mediante una decisión definitiva –si la hubiera– se resolverá definitivamente en vía arbitral⁴³, lo que restringe este cauce de impugnación a las disputas resueltas mediante decisiones no definitivas. El alcance de este arbitraje no estará definido por los argumentos presentados previamente ante el *dispute board*, sin que ninguna de las partes se limite, en esta vía, como ya hemos adelantado, a las pruebas o argumentos presentados previamente ante el *dispute board* ni a los motivos incluidos en la notificación de insatisfacción⁴⁴;

⁴⁰ Knutson, R. *FIDIC: An Analysis of International Construction Contracts*, Kluwer Law International, 2005, p. 76.

⁴¹ Tweeddale, A., *The Courtesy Trap – FIDIC's Sub-clause 20.5 – Amicable Settlement and Emirates trading*, International Construction Law Review, 2016, pp. 87-88.

⁴² Laudo final CCI núm. 13686, párrafos 253 y 256.

⁴³ Subcláusula 20.6, párrafo primero *Rainbow Suite* FIDIC (1999); 21.6 párrafo primero *Rainbow Suite* FIDIC (2017).

⁴⁴ *Ibid.*

considerándose posible por el laudo interino inicial CCI núm. 11813 la invocación de derechos de compensación bajo los modelos de la *Rainbow Suite* FIDIC de 1999⁴⁵, no así en los modelos de 2017⁴⁶. Respecto al plazo de remisión en vía arbitral, no se establece un plazo máximo de formulación, quedando sujeto a las normas sobre prescripción de acciones que resulten de la ley aplicable. El arbitraje podrá iniciarse antes o después de la terminación de las obras, debiendo tener en cuenta que las obligaciones de las partes, el ingeniero y del *dispute board* no se verán alteradas por el hecho de que el arbitraje se lleve a cabo durante el progreso de las obras⁴⁷, sin perjuicio de las previsiones sobre suspensión de los trabajos o reducción del ritmo de trabajo a que hicimos referencia al hablar de la eficacia vinculante de la decisión. En el procedimiento arbitral, el árbitro único o, en su caso, el tribunal arbitral, tendrán capacidad para abrir, examinar y revisar, entre otros, cualquier decisión del *dispute board* que fuera relevante para la disputa, debiendo entenderse referida a excepción de las decisiones definitivas. En aclaración a esta cuestión, en la edición de 2017, se previó expresamente que el árbitro único o, en su caso, el tribunal arbitral tendrían capacidad para abrir, examinar y revisar, entre otros, cualquier decisión del *dispute board* que fuera relevantes para la disputa, con excepción de aquellas decisiones vinculantes y definitivas⁴⁸.

V. Cauce especial de reclamación en vía arbitral frente al incumplimiento de las decisiones definitivas y no definitivas del *dispute board*

Una de las principales causas de reclamación en vía arbitral en los proyectos sometidos a modelos que integran la *Rainbow Suite* FIDIC, se circunscribe a los supuestos de incumplimiento de las decisiones del *dispute board*, justificándose en el incumplimiento contractual derivado de la inobservancia de la

⁴⁵ Laudo interino inicial CCI núm. 11813, párrafos 71 a 73.

⁴⁶ Subcláusula 20.2.7 párrafo segundo *Rainbow Suite* FIDIC (2017).

⁴⁷ Subcláusula 20.6 párrafo cuarto *Rainbow Suite* FIDIC (1999); 21.6, párrafo quinto *Rainbow Suite* FIDIC (2017).

⁴⁸ Subcláusula 20.6 párrafo segundo *Rainbow Suite* FIDIC (1999); 21.6 párrafo segundo *Rainbow Suite* FIDIC (2017).

obligación de dar efecto sin demora a la decisión⁴⁹. Sin embargo, la principal cuestión que hizo correr ríos de tinta a este respecto se derivó del régimen diferenciado en los modelos que integran la *Rainbow Suite* FIDIC de 1999 respecto a los supuestos de incumplimiento en función del carácter definitivo o no definitivo de las decisiones del *dispute board*. En los modelos de dicha edición, se preveía por sus respectivas subcláusulas 20.7 la posibilidad de someter directamente a arbitraje, conforme a la subcláusula 20.6, el incumplimiento de las decisiones del *dispute board*, sin que resultaran aplicables las subcláusulas 20.4 y 20.5, si bien únicamente cuando ninguna de las partes hubiera notificado su insatisfacción dentro del plazo establecido en la subcláusula 20.4; la decisión del *dispute board*, en caso de haberla, fuera definitiva y vinculante; y una de las partes no acatará esta decisión⁵⁰, lo que restringía *de facto* la aplicación de esta disposición a los supuestos de incumplimiento de las decisiones definitivas.

En cuanto al sometimiento en vía arbitral del incumplimiento de decisiones definitivas, los modelos prevén la exclusión a la remisión de las subcláusulas 20.4 y 20.5, de forma que no será necesario someter el incumplimiento ante el *dispute board* ni esperar el plazo previsto para el intento de resolución amistosa. Esta excepción, cuya inclusión se justificaría en el reconocimiento del incumplimiento como una disputa independiente de aquella resuelta por la decisión definitiva, supone, por consiguiente, la adopción del enfoque de doble disputa. Según Christopher Seppälä, en los asuntos acumulados CCI núm. 3790/3902/4050/4051/4054 relativos a un asunto sometido al modelo FIDIC *Second Edition* de 1969, encontramos un ejemplo de reclamación frente al incumplimiento de diversas determinaciones definitivas del ingeniero, ordenando el tribunal al pago de dichas cantidades⁵¹. Igualmente, en el segundo laudo parcial CCI núm. 12048, relativo a un proyecto de construcción y rehabilitación de la carretera entre Biriwa y Takoradi, se formuló una reclamación por el contratista frente al Gobierno de la República de Ghana y el Ministerio de Carreteras y Transporte por el impago de ciertas cantidades reconocidas como debidas

⁴⁹ Subcláusula 20.4, párrafo cuarto *Rainbow Suite* FIDIC (1999); 21.4.3, párrafo cuarto *Rainbow Suite* FIDIC (2017).

⁵⁰ Subcláusula 20.7, *Rainbow Suite* FIDIC (1999); 21.7 *Rainbow Suite* FIDIC (2017).

⁵¹ Seppälä, C., *International Construction Contract Disputes: Second Commentary on ICC Awards Dealing Primarily with FIDIC Contracts*, ICC International Court of Arbitration Bulletin, Vol. 19, núm. 2, 2008.

mediante determinaciones definitivas del ingeniero, ordenando el tribunal al pago de dichas cantidades⁵². En sentido similar, el laudo final CCI núm. 23988/MHM/HBH (c-24011/MHM/HBH) de 1 de septiembre de 2020, relativo a un proyecto de construcción de la autopista entre Tirana y Elbasan sometido al modelo FIDIC *Multilateral Development Bank* (“MDB”) *Harmonised Edition* de 2005 se formuló una reclamación de pago en vía arbitral frente a la Administración de Carreteras de Albania solicitando las cantidades reconocidas como debidas en una decisión definitiva incumplida del (A)DBR⁵³, la cual fue estimada por el tribunal y confirmada, tras un intento fallido de anulación, por el Arrêt de la Cour d’appel de Paris de 31 de mayo de 2022.

Gran parte de la doctrina consideró la subcláusula 20.7 como una excepción al régimen general, permitiendo someter a arbitraje el incumplimiento de las decisiones definitivas, las cuales de otro modo quedarían excluidas en virtud del párrafo primero a la subcláusula 20.6⁵⁴. Asimismo, respecto a los modelos de 1999, cabe considerar ostensible que el árbitro único o, en su caso, el tribunal arbitral carecerán de capacidad para abrir, revisar o examinar las decisiones definitivas del *dispute board*; alcanzándose esta conclusión en el segundo laudo parcial CCI núm. 12048, relativo a un proyecto sometido a modelo FIDIC *Red Book* 4ª edición de 1987, por el que el tribunal concluyó que las determinaciones definitivas del ingeniero dejaban de ser susceptibles de apertura o anulación; de forma que el tribunal arbitral ya no tendría autoridad para reconsiderar posibles defensas contractuales, limitándose a constatar si hubo o no incumplimiento. Del mismo modo, en el citado laudo final CCI núm. 18320, el tribunal señaló que de haberse constatado la decisión como definitiva, no estaría sujeta a revisión en cuanto al fondo, independientemente de la solidez de las reclamaciones subyacentes y de la exactitud de la decisión del *dispute board*⁵⁵; lo que advierte de la importancia para las partes de la adecuada remisión de una notificación de insatisfacción.

⁵² Laudo parcial CCI núm. 12048, párrafos 33 a 35.

⁵³ Laudo final CCI núm. 23988/MHM/HBH (c-24011/MHM/HBH), párrafos 269, 362, 366 y 401.

⁵⁴ Dedezade, T., *Mind the Gap: Analysis of Cases and Principles Concerning the Ability of ICC Arbitral Tribunals to Enforce Binding DAB Decisions under the 1999 FIDIC Conditions of Contract*, *International Arbitration Law Review*, número 4, 2012, p. 147.

⁵⁵ Laudo final CCI núm. 18320, párrafo 171.

Ahora bien, la principal cuestión que se planteó fue la relativa al cauce de ejecución frente al incumplimiento de las decisiones no definitivas, cuestionándose los motivos de la omisión en la subcláusula 20.7. Las posiciones más radicales consideraban que, a falta de previsión expresa, la parte perjudicada por el incumplimiento de la decisión no definitiva –sin perjuicio de la impugnación respecto al fondo conforme a las subcláusulas 20.5 y 20.6– debía someter el incumplimiento ante el *dispute board* a fin de obtener una nueva decisión por la que se constatará si hubo o no incumplimiento; de forma que si esta segunda decisión fuera incumplida y no se remitiera una notificación de insatisfacción, podría acudir directamente a arbitraje conforme a la subcláusula 20.7, mientras que si se remitiera tal notificación, tras el intento de resolución amistosa previsto por la subcláusula 20.5, podría referirse la disputa subyacente en vía arbitral, sin perjuicio de que, en tal caso, el segundo incumplimiento daría lugar a una nueva disputa, que podría volver a someterse al cauce general. Como el lector podrá observar, esta solución resulta gravemente insatisfactoria e inconsistente con el propósito de cumplimiento sin demora con el contenido de la decisión, además de un elevado riesgo de procedimientos arbitrales potencialmente contradictorios. Con todo, autores como Frédéric Gillon, aun reconociendo el efecto indeseable de la remisión del incumplimiento conforme al principio “pague ahora, reclame después”, consideraron que el mismo, lamentablemente, a la luz de las disposiciones expresas del contrato, era un mal necesario⁵⁶.

Autores como Nael G. Bunni señalaron que dada su redacción, la subcláusula 20.7 limitaba la posibilidad de acudir directamente a arbitraje en los supuestos de incumplimiento de las decisiones definitivas, dando lugar a una laguna contractual respecto a las decisiones no definitivas –existente desde el modelo FIDIC *Red Book* 4ª edición de 1987– considerando que la imposibilidad de someter directamente a arbitraje el incumplimiento de la decisión no era aceptable⁵⁷ y sugiriendo la posibilidad de plantear el incumplimiento en arbitraje pues las partes no estarían limitadas por las pruebas o fundamentos expuestos ante el *dispute board*. Según informa Christopher Seppälä, involucrado en la redacción de la subcláusula 20.7, no era intención de la FIDIC excluir de la

⁵⁶ Gillon, F., *The Court of Appeal decision in Persero II: Are we now clear about the steps to enforce a non-final DAB decision under FIDIC?* International Construction Law Review, Volumen 4, 2016, p. 14.

⁵⁷ *Op. Cit.* (nota 10), p. 8. No ha sido singularizada la fuente.

ejecución en vía arbitral las decisiones no definitivas, señalando que tanto ésta como la subcláusula 67.4. existente en el modelo FIDIC Red Book 4ª edición de 1987 no debían interpretarse en el sentido de que las decisiones no definitivas no pudieran ejecutarse en vía arbitral⁵⁸. Según este autor, se consideró innecesario referirse en dicha redacción a las decisiones no definitivas del *dispute board*, ya que estaba claro o así se pensaba, que dado que las mismas habían sido objeto de una notificación de insatisfacción, estas podrían, por definición, ser remitidas al arbitraje en virtud de la subcláusula 20.6.

Un ejemplo de remisión del incumplimiento al *dispute board* lo encontramos en el laudo final CCI núm. 16948, en el que fue sometido ante el *dispute board* el incumplimiento de dos decisiones no definitivas, emitiéndose una nueva decisión respecto a la cual se remitió una notificación de insatisfacción, siendo esta última decisión igualmente incumplida⁵⁹. El perjudicado sometió a arbitraje únicamente el incumplimiento de esta última decisión⁶⁰, considerando el árbitro único que ésta era una decisión diferente de las anteriores y basada en otro fundamento jurídico⁶¹ y concluyendo que no había obstáculo alguno para dictar un laudo únicamente en relación con el incumplimiento cuando esta fuera la única cuestión sometida a arbitraje; amparando esta conclusión en que la subcláusula 20.6 establece una facultad y no una obligación de entrar a revisar el fondo de la decisión del *dispute board*⁶². En consecuencia, el árbitro único del caso ordenó al pago inmediato de las cantidades fijadas por el *dispute board*, más los intereses y costas, basándose en que el empleador era responsable de todos los daños y perjuicios resultantes o relacionados con el hecho de no haber cumplido a tiempo o de conformidad con los términos del contrato o de no haber cumplido en absoluto⁶³.

Por otra parte, cabe citar la sentencia del Tribunal Superior de Singapur de 20 de julio de 2010, en anulación del laudo final CCI núm. 16122/CYK de 2009, relativo al primero de los casos *Persero*. En 2006, la empresa estatal indonesia

⁵⁸ Seppälä, C., *Sub-Clause 20.7 of the FIDIC Red book does not justify denying enforcement of a 'binding' DAB decision* Construction Law International, 6, 2011.

⁵⁹ Laudo final CCI núm. 16948, párrafo 131.

⁶⁰ *Ibid.*, párrafo 53, 113, 115.

⁶¹ *Ibid.*, párrafo 133.

⁶² *Ibid.*, párrafo 67

⁶³ *Ibid.*, párrafo 134

PT Perusahaan Gas Negara (“PGN”) había celebrado con el contratista CRW un contrato para la construcción de un gasoducto y un cable óptico desde Grissik a Pagardewa, sometido a un modelo FIDIC *Red Book* (1999) con modificaciones, bajo ley de Indonesia. Tras diversas modificaciones de proyecto por parte de PGN, se formularon por CRW diversas reclamaciones por pagos adicionales, que al no ser atendidas, dieron lugar a una disputa que fue sometida ante el *dispute board*. Este reconoció como debidas a CRW diversas cantidades, remitiéndose una notificación de insatisfacción por PGN que, además, no atendió al pago correspondiente. Frente a ello, CRW sometió a arbitraje el referido incumplimiento –dando lugar al caso CCI núm. 16122/CYK, antes citado– reclamando que se diera efecto a la decisión, sin solicitar que se entrara al fondo de la disputa subyacente, lo cual fue estimado por el tribunal arbitral. En el procedimiento de anulación de dicho laudo por parte de PGN, el Tribunal Superior de Singapur reconoció que el incumplimiento de una decisión era una disputa separada y como tal debería haber sido remitida primero al *dispute board* para que se pronunciara conforme a la subcláusula 20.4; concluyendo, además, que el tribunal arbitral no podía dictar un laudo final sin entrar al fondo de la disputa subyacente, concluyendo que el mismo se había excedido respecto a sus poderes, procediendo a su anulación⁶⁴. Un planteamiento similar fue confirmado ante la Corte de Apelación de Singapur, en su sentencia de 13 de julio de 2011, la cual concluyó que el árbitro único no ejerció su facultad de abrir, examinar y revisar la decisión, considerando el laudo no era conforme a la subcláusula 20.6, afirmando, adicionalmente, que la denegación de la solicitud de abrir y examinar la decisión constituía una violación de la justicia natural⁶⁵. Ello llevó a la Corte de Apelación a concluir, en definitiva, que no podría dictarse un laudo final, confirmando la anulación⁶⁶.

No obstante, apoyándose en los trabajos de Nael G. Bunni y Christopher Seppälä, el tribunal concluyó *obiter* que resultaría posible ejecutar la decisión no definitiva incumplida mediante un laudo parcial o provisional, siempre que el fondo de la controversia subyacente también se abordara en ese mismo

⁶⁴ PT Perusahaan Gas Negara (Persero) TBK *v* CRW Joint Operation [2010] SGHC 202, párrafos 25, 38 y 43.

⁶⁵ CRW Joint Operation *v* PT Perusahaan Gas Negara (Persero) TBK [2011] SGCA 33, párrafos 79, 80 y 82.

⁶⁶ *Ibid.*, párrafo 101.

arbitraje⁶⁷. En los trabajos citados, informaba este autor que en el laudo interino inicial CCI núm. 10619, relativo a un proyecto sometido a un modelo FIDIC *Red Book* 4ª edición de 1987 y sede en Francia, el tribunal consideró que si las determinaciones del ingeniero tenían un efecto vinculante para las partes, su inobservancia constituiría un incumplimiento del contrato; no existiendo razón alguna para que, ante tal incumplimiento, el tribunal tuviera que abstenerse de dictar un laudo que otorgara a las determinaciones del ingeniero su plena fuerza y efecto, tratándose simplemente, de la ley del contrato; procediendo a ordenar la ejecución provisional a través de dicho laudo interino inicial⁶⁸. En consecuencia, según este autor, las previsiones contenidas en el laudo interino del caso CCI núm. 10619, incluida la posibilidad de ejecución vía laudo interino o provisional⁶⁹, también resultarían aplicables a los modelos que integran la *Rainbow Suite* FIDIC de 1999 respecto a las decisiones no definitivas del *dispute board*.

Ahora bien, el propio Christopher Seppälä y otros autores, como Frédéric Gillion⁷⁰, consideraron errónea la interpretación de las subcláusulas 20.6 y 20.7 por parte de los tribunales de Singapur. En este sentido, consideraron errónea la interpretación de la facultad para abrir, examinar y revisar la decisión, pues aun reconociendo esta facultad, la misma estaría condicionada en su ejercicio a las demandas y reconvenciones que, en su caso, hubieran hecho valer las partes en dicho arbitraje, así como al contenido del acta de misión redactada para el mismo, en línea con el reglamento de la CCI. Particularmente Christopher Seppälä consideró que los tribunales de Singapur interpretaron erróneamente la subcláusula 20.7 al considerar la misma como una suerte de exclusión a la ejecución de las decisiones no definitivas así como diversos aspectos inherentes a la subcláusula 20.6, relativos a la necesidad de revisar el fondo de la disputa subyacente en su integridad o la necesidad de resolver todas las disputas en

⁶⁷ *Ibid.*, párrafos 63 a 66.

⁶⁸ Laudo interino inicial CCI núm. 10619, párrafos 22 y 27.

⁶⁹ *Op. Cit.*, (nota 51); y Seppälä, C., *Enforcement by an Arbitral Tribunal of a Binding but not Final Engineer's or DAB's decision under the FIDIC Conditions*, *International Construction Law Review*, 2009, p. 414.

⁷⁰ Gillion, F., *Enforcement of DAB decisions under the 1999 FIDIC Conditions of Contract – a recent development: CRW Joint Operation (Indonesia) v PT Perusahaan Gas Negara (Persero) TBK*, *International Construction Law Review*, 2011.

el mismo arbitraje, no entendiendo dicho autor la dificultad de los tribunales de Singapur para admitir la posibilidad de ejecución a través de un arbitraje separado, circunscrito exclusivamente al incumplimiento cuando esta fuera la única cuestión sometida a arbitraje y a través de un laudo final⁷¹.

Por su parte, siguiendo las indicaciones *obiter* de la sentencia de la Corte de Apelación de Singapur de 2011, CRW inició un segundo arbitraje, dando lugar al caso CCI núm. 18272/CYK –que fuera inicio de la saga *Persero II*– solicitando la ejecución de la decisión del *dispute board* a través de un laudo interino o provisional a la espera de un laudo final respecto a la disputa subyacente. En la sentencia del Tribunal Superior de Singapur de 16 de julio de 2014, este consideró que el régimen previsto por las subcláusulas 20.4 a 20.7, además de establecer el arbitraje como método para que las partes puedan resolver finalmente sus disputas, estipula un régimen de garantía contractual de pago, destinado a estar disponible para las partes incluso si no existe un régimen legal en virtud de la ley aplicable⁷². Señala esta sentencia que dicho régimen de garantía contractual, cuyo propósito principal se centraría en garantizar el flujo de efectivo al contratista, encontraría su principio impulsor en el aforismo “pague ahora, reclame después” (*pay now, argue later*) el cual permitiría que, cuando surja una disputa sobre una obligación, generalmente de pago –sin perjuicio de que resulte aplicable a cualquier obligación derivada del contrato– la otra parte pueda exigir que el obligado cumpla con la obligación inmediatamente o sin demora, sin que ello perturbe el derecho de este último a discutir el fondo de la disputa subyacente respecto a esa obligación. Este régimen, dotaría, por tanto, de un correlativo derecho independiente a ser “pagado ahora”, sin tener que esperar a que la disputa se resolviera de forma definitiva sobre el fondo de la disputa subyacente en arbitraje ni conllevar efectos preclusivos para la misma⁷³; permitiendo a la parte perjudicada por el incumplimiento de la decisión no definitiva acudir a la vía arbitral y obtener su ejecución a través de un laudo interino o provisional.

⁷¹ Seppälä, C., *How not to interpret the FIDIC Disputes Clause: The Singapore Court of Appeal Judgment in Persero* International Construction Law Review, vol. 29, parte 1, 2012, pp. 12-18.

⁷² PT Perusahaan Gas Negara (Persero) TBK v CRW Joint Operation (Indonesia) [2014] SGHC 146, párrafo 22.

⁷³ *Ibid.*, párrafo 33.

En este sentido, el Tribunal Superior de Singapur, para determinar si las condiciones previstas en la subcláusula 20.6 continuarían aplicándose a la remisión del incumplimiento de una decisión no definitiva; así como para determinar tanto los límites a la facultad del tribunal para abrir la decisión como la capacidad de las partes para atacar la misma, evaluó los enfoques de doble disputa y de disputa única. Tras constatar la existencia de ciertas deficiencias en el enfoque de doble disputa, optó por un enfoque de disputa única, el cual llevaría a considerar que el incumplimiento constituye simplemente un aspecto más de la disputa subyacente, que debe ser resuelto en el mismo procedimiento invocado para la resolución de la misma⁷⁴. Finalmente, el tribunal denegó el intento de anulación por parte de Persero, concluyendo que CRW tenía derecho a ejecutar la decisión no definitiva a través de un laudo interino o provisional, el cual sería, en sí mismo, final y vinculante sobre esa cuestión, sin necesidad de entrar en el fondo de la disputa subyacente, la cual sería resuelta posteriormente a través de un laudo final.

Según Christopher Seppälä, la adopción del enfoque de disputa única y su aplicación a las decisiones no definitivas del *dispute board* por el Tribunal Superior de Singapur en esta sentencia hace efectivas las características esenciales del régimen contractual de garantía de pago, previniendo que el contratista quede atrapado en un bucle recursivo infinito y reconociendo que la subcláusula 20.6 prevé un arbitraje derivado de una decisión del *dispute board* que resuelve con carácter definitivo todos los aspectos del conflicto entre las partes, el cual comprenderá tanto el conflicto principal respecto al fondo como el secundario respecto al incumplimiento⁷⁵. Según la sentencia del Tribunal Superior de Singapur, en ausencia de cualquier indicación contractual, el enfoque de una sola disputa indicaría con claridad cuándo en un arbitraje podrá invocarse legítimamente el párrafo segundo y tercero de la subcláusula 20.6 y cuándo no, lo que tendría lugar cuando se resuelva sobre el fondo de la disputa subyacente, pero no en ningún otro caso; señalando, además, que el mismo exigiría un único arbitraje que comprenda una serie integrada de procesos destinados a resolver con carácter definitivo todos los aspectos del

⁷⁴ *Ibid.*, párrafos 59 y 60.

⁷⁵ Seppälä, C., *A welcome decision from Singapore: the second Persero case*, Construction International Law, Volumen 10, asunto 1, 2010.

único litigio entre las partes. Ese arbitraje único podría dar lugar a cualquier número de laudos antes de su conclusión, siempre que todos esos laudos en su conjunto cumplieran con la subcláusula 20.6 y determinaran todos los aspectos de esa única controversia en cuanto al fondo y con carácter definitivo. Así, si un contratista deseara obligar al empleador a “pagar ahora” mientras las partes esperan a que concluya el proceso respecto al fondo de la disputa subyacente, podría hacerlo solicitando al tribunal un laudo anterior a tal efecto. Ello permitiría plantear únicamente la disputa relativa al incumplimiento, la cual no afectaría a ningún aspecto de la disputa subyacente; impidiendo, además, que el empleador actúe tácticamente respecto a la notificación y sin que el mismo pudiera alegar que obligarle a “pagar ahora” le impida “reclamar más tarde” sobre la disputa subyacente⁷⁶.

La sentencia de la Corte de Apelación de Singapur de 27 de mayo de 2015 siguió el enfoque de disputa única para determinar si la obligación de cumplir con la decisión del *dispute board* era susceptible de ser ejecutada mediante un arbitraje separado o, bien mediante un laudo interino o provisional, dentro del mismo arbitraje, en el que también se sometiera el fondo de la disputa subyacente. Tras señalar que la remisión del incumplimiento ante el *dispute board* no solo sería superflua sino también contraria al párrafo cuarto de la subcláusula 20.4, al generar una demora excesiva inconsistente con el propósito y el contexto del *dispute board*⁷⁷, el tribunal concluyó que la cláusula 20 debía interpretarse en el sentido de garantizar el pronto cumplimiento de la decisión del *dispute board* –independientemente del carácter definitivo o no definitivo de la decisión– permitiendo que el incumplimiento de una decisión no definitiva se remitiera directamente a arbitraje sin que las partes tuvieran que seguir los pasos prescritos en las subcláusulas 20.4 y 20.5. Según el tribunal, el incumplimiento sería una cuestión separada y conceptualmente independiente, susceptible de ser definitivamente resuelta mediante un arbitraje separado, en cuyo caso, el tribunal arbitral debería circunscribirse a constatar si se cumplió o no con la decisión, sin entrar a revisar el fondo de la disputa subyacente, pues ello se trataría de un aspecto diferente. No obstante, consideró que de someterse en el mismo procedimiento tanto el incumplimiento

⁷⁶ PT Perusahaan Gas Negara (Persero) TBK v CRW Joint Operation [2014] SGHC 146, párrafos 71 a 76.

⁷⁷ PT Perusahaan Gas Negara (Persero) TBK v CRW Joint Operation [2015] SGCA 30, párrafo 66.

de la decisión como la disputa subyacente resuelta por la misma, el tribunal arbitral podría dictar inicialmente un laudo interino o provisional o un laudo parcial respecto al incumplimiento de la decisión, a la espera de resolver sobre el fondo de la disputa subyacente a través de un laudo final. En consecuencia, el tribunal denegó el recurso frente a la sentencia anterior, confirmando que el laudo interino o provisional era un laudo válido y no podía ser anulado.

A lo largo del presente estudio hemos podido observar diferentes tipos de laudos en ejecución de las decisiones definitivas y no definitivas del *dispute board*. Según informa Andrew Tweeddale⁷⁸, en el caso CCI núm. 16119/GZ, el árbitro único consideró que las decisiones del *dispute board* no son definitivas y cualquier pago concedido en virtud de las mismas puede ser revisado y anulado, de ahí que, aunque no podría dictar ningún laudo final ordenando el pago de las sumas decididas, sí estaría facultado para dictar una orden interina o provisional conforme al artículo 23 del Reglamento de la CCI, pues cualquier orden de pago en esta fase debía ser provisional. Así, por ejemplo, informa Tanner Dedezade que en el laudo del caso CCI núm. 15751/JHN, el árbitro único admitió la ejecución través de un laudo parcial final a la espera de un laudo final respecto al fondo de la disputa subyacente⁷⁹. En el laudo parcial del caso CCI núm. 15956/GZ, en un proyecto sometido a un modelo FIDIC *Red Book* de 1999, se procedió a la ejecución de una decisión no definitiva incumplida del *dispute board* contra el Ministerio de Finanzas rumano a través de un laudo parcial, confirmando la validez de la decisión del *dispute board* y ordenando al empleador pagar al contratista el dinero concedido por la misma. Según informa Marcello Viglino, en un laudo no publicado, relativo a un proyecto sometido a un modelo FIDIC *Red Book* (1999), el tribunal arbitral admitió la ejecución de dos decisiones no definitivas incumplidas a través de un laudo parcial, a la espera de la revisión en cuanto al fondo de la disputa subyacente a través de un laudo final⁸⁰. En el laudo parcial CCI núm. 11813/DK, el tribunal reconoció la posibilidad de ejecutar la decisión a través de un laudo provisional o bien

⁷⁸ Tweeddale, A. *FIDIC's Guidance Memorandum to users – a half-baked solution?* Construction Law International, vol. 9, núm. 2, 2014, p. 9.

⁷⁹ Dedezade, T., *Are 'binding' DAB decisions enforceable?* Construction Law International, vol. 6, núm. 3, 2011.

⁸⁰ Viglino, M., *Can Parties to a FIDIC Contract Safely Decline Giving Effect to a Dispute Board's Decision?* The Dispute Resolution Board Foundation, Vol. 15, núm. 3, 2011.

de un laudo parcial, debiendo resolverse sobre el incumplimiento a través de un laudo y no de una orden⁸¹. En el ya citado laudo final del caso CCI núm. 18320, se consideró que si cualquiera de las partes impugnaba la decisión, el tribunal estaría obligado a ejercer su facultad de abrir, examinar o revisar la decisión y, en consecuencia, a examinar la controversia subyacente y las pretensiones que las partes habían sometido al *dispute board* en cuanto al fondo⁸². De esta forma y aunque reconoció que el tribunal arbitral podía ordenar la ejecución provisional de una decisión no definitiva del *dispute board* mediante un laudo provisional o una medida cautelar⁸³, dado que aun habiéndose impugnado la corrección de la decisión no se había entrado a revisar el fondo de la disputa subyacente, el árbitro único rechazó la reclamación. Por su parte, en el laudo final del caso CCI núm. 21477/MHM, en un arbitraje con sede en Bucarest y ley aplicable rumana, relativo a un proyecto de construcción sometido a un modelo FIDIC *Yellow Book* de 1999, se autorizó un laudo final, el cual decidía sobre todas las reclamaciones y solicitudes presentadas, incluido el incumplimiento⁸⁴.

En consecuencia, existen diversas opciones de ejecución preliminar de la decisión, las cuales quedarán sometidas a los requisitos y formalidades inherentes a la formulación elegida. A este respecto, deberán tenerse en cuenta las previsiones contenidas en el reglamento aplicable –que, salvo acuerdo en contrario, será el Reglamento de la CCI– y la *lex arbitri* en cuanto a los requisitos necesarios para su apreciación, sin perjuicio de que también resulte conveniente tener en consideración las previsiones contenidas por la *lex loci executionis*, esto es, la relativa al lugar donde vayan presumiblemente a ejecutarse así como los criterios previstos en cuanto al reconocimiento internacional conforme a instrumentos como el Convenio de Nueva York de 1958, a fin de evaluar y anticipar las posibilidades de su reconocimiento. Sin perjuicio de lo anterior y de la necesidad de evaluar las circunstancias concurrentes al caso concreto, las vías más habituales consistirán en la solicitud de ejecución bien a través de un laudo interino o provisional y particularmente, a través de un laudo parcial, a la espera de la resolución en cuanto al fondo de la disputa subyacente a través de un laudo final, pues a pesar

⁸¹ Laudo parcial CCI núm. 11813/DK, párrafo 22.

⁸² Laudo final CCI núm. 18320, párrafo 195.

⁸³ *Ibid.*, párrafo 197.

⁸⁴ Laudo final CCI núm. 21477/MHM, párrafos 329 a 331.

de los avances respecto al reconocimiento internacional de laudos interinos y de medidas cautelares, la ejecución a través de un laudo parcial comportará, generalmente, una mayor facilidad de ejecución y reconocimiento a través de instrumentos como el Convenio de Nueva York de 1958.

Por otra parte, superando algunas de las cuestiones tradicionalmente planteadas a este respecto, los modelos que integran la *Rainbow Suite* FIDIC de 2017 señalaron que, en caso de que una de las partes incumpliera cualquier decisión del *dispute board*, independientemente de que esta fuera definitiva o no definitiva y sin perjuicio de cualesquiera otros derechos de los que la misma pudiera disponer –entre los que se incluirán, por ejemplo, los cauces previstos para su inclusión de las cantidades reconocidas como debidas en la decisión del *dispute board* en certificados provisionales de pago u otros derechos derivados del contrato o de la ley aplicable– la otra parte podría remitir el incumplimiento directamente a arbitraje en virtud de la subcláusula 21.6, en cuyo caso, las subcláusulas 21.4 y 21.5 no se aplicarían a esta remisión⁸⁵, de forma que no será necesario someter el incumplimiento de la decisión no definitiva ante el *dispute board* ni esperar el plazo previsto para el intento de resolución amistosa. El árbitro único o, en su caso, el tribunal arbitral estará facultado para ordenar, mediante procedimiento sumario u otro procedimiento acelerado, ya sea mediante una medida interina o provisional o un laudo –según proceda con arreglo a la legislación aplicable o de otro modo– la ejecución de dicha decisión; la cual también podrá incluir una orden o un laudo de indemnización por daños y perjuicios u otra reparación⁸⁶.

Particularmente, en cuanto al empleo de medidas interinas o provisionales, señala Tanner Dedezade que, tratándose de la ejecución de una decisión no definitiva del *dispute board*, será difícil persuadir al tribunal arbitral de que se cumple el criterio de urgencia necesario para justificar que se dicten tales medidas; al considerar este autor que, de ordinario, no habrá urgencia o riesgo real de daño irreparable o daño grave o real si no se pagan al contratista las sumas ordenadas por el *dispute board*, a la espera de su resolución definitiva en un laudo final por el tribunal arbitral, pues podría considerarse que los intereses

⁸⁵ Subcláusula 21.7, párrafo primero, *Rainbow Suite* FIDIC (2017).

⁸⁶ Subcláusula 21.7, párrafo primero y tercero, *Rainbow Suite* FIDIC (2017).

son un remedio adecuado⁸⁷. Esto, con todo el respeto, no solo no es adecuado desde la perspectiva de la obligación de dar efecto sin demora al contenido de la decisión y de la necesidad de garantizar el flujo de efectivo en los proyectos internacionales de construcción; sino que tampoco sería correcto, debiendo considerar que en la ejecución de una decisión no definitiva incumplida a través de una medida provisional podría justificarse acreditando, *prima facie*, además de la competencia del tribunal arbitral, la apariencia de un derecho susceptible de protección o *fumus boni iuris*, acreditado, en este caso, mediante la prueba de la existencia de una válida decisión del *dispute board* y la constatación de la inobservancia o incumplimiento de dicha decisión, en infracción de la obligación de cumplir sin demora con el contenido de la misma; así como la urgencia en la ejecución; la existencia de un riesgo o peligro inminente o *periculum in mora*, que causaría un daño inmediato y difícilmente reparable si no se concede la medida solicitada, dada precisamente la necesidad de garantizar el flujo de efectivo en esta tipología de proyectos; así como la proporcionalidad de la medida. Más aún, en el plano práctico, parece deducirse que dichas medidas quedarán sujetas a un régimen particular, que dispensaría de la necesidad de acreditar la concurrencia de los presupuestos generales inherentes a este tipo de medidas. Así, por ejemplo, en el laudo provisional del caso CCI núm. 10619 se subrayó que ni las disposiciones del artículo 23 del reglamento de la CCI, ni las normas del nuevo código de procedimiento civil francés, relativas a las *ordonnances de référé* eran pertinentes, pues no se trata de una medida conservatoria o interina *stricto sensu*, sino de dar pleno efecto inmediato a un derecho del que goza una parte sin discusión sobre la base del contrato y que las partes han acordado que se prolongue al menos hasta el final del arbitraje; añadiendo que la voluntad de las partes prevalecerá sobre cualquier consideración de urgencia o daño irreparable o *fumus boni iuris* que se encuentran entre los fundamentos de la *référé* francesa.

A primera vista, la posibilidad de remisión directa en vía arbitral del incumplimiento de una decisión no definitiva del *dispute board* permitirá obtener la ejecución de la decisión, sin entrar a evaluar el fondo de la disputa subyacente. No obstante, debe tenerse en cuenta que, según el párrafo segundo de la subcláusula 21.7 que, en el caso de una decisión no definitiva, la medida cautelar o

⁸⁷ *Op. Cit.* (nota 54) p. 153.

provisional o el laudo por el que se ejecute la decisión estarán sujetos a la reserva expresa de los derechos de las partes en cuanto al fondo de la controversia, los cuales quedarán reservados hasta que se resuelvan mediante laudo⁸⁸. Atendiendo a esta redacción, surgen diversas cuestiones respecto al contenido y alcance de dicha reserva expresa, planteándose si será necesario someter el fondo de la disputa subyacente como parte del mismo procedimiento o si será posible la ejecución independiente, centrada en el incumplimiento, sin entrar en el fondo de la disputa subyacente, quedando únicamente sujeta a reserva expresa.

Respecto a su contenido, parece lógico considerar que la reserva no condicionará suspensivamente la posibilidad de ejecución preliminar de la decisión –de forma que hubiera que esperar a la resolución de los derechos de las partes en cuanto al fondo de la decisión– pues ello privaría completamente de sentido a dicha posibilidad, desnaturalizando, además, la obligación de cumplir sin demora con el contenido de la decisión; siendo más coherente considerar que será posible la ejecución de la decisión no definitiva incumplida a través de una medida cautelar o provisional o un laudo, de forma final y vinculante, sin perjuicio de que el mismo pueda ser objeto de revisión ulterior tras la concreción final de los derechos de las partes, a través de un laudo arbitral posterior que resuelva sobre el fondo de la disputa subyacente. Algunos autores consideran que esta “reserva expresa”, aunque busca responder a algunas preocupaciones planteadas durante la saga Persero, resulta, no obstante, indeseable, al poder afectar la ejecutabilidad de los laudos provisionales o parciales que ejecutan las decisiones del *dispute board*, desvirtuando su propósito⁸⁹. En tal sentido, señala Taner Dedezade que si se dictara una orden o un laudo provisional en ejecución de una decisión no definitiva, no sería esta ejecutable en virtud de la Convención de Nueva York de 1958⁹⁰, añadiendo que esta subcláusula prevé que el laudo final sobre el fondo anulará el carácter “provisional o interino” de cualquier laudo que se dictara para ejecutar la decisión del *dispute board*, subsistiendo las dificultades que no se abordaron en su día en los formularios FIDIC de 1999 –a saber, que el laudo ahora expresamente emitido como

⁸⁸ Subcláusula 21.7, párrafo segundo *Rainbow Suite* FIDIC (2017).

⁸⁹ *Op. Cit.* (nota 22).

⁹⁰ Dedezade, T. *Enforcement of DAB decisions under FIDIC forms of contract*, capítulo 10, en Nazzini, R. *Construction Arbitration and Alternative Dispute Resolution: Theory and Practice around the World*, Informa Law, Routledge, 2022.

“provisional o interino” pueda no ser ejecutable en sí mismo— manteniéndose ésta como la cuestión más difícil en virtud de los modelos que integran la *Rainbow Suite* FIDIC de 2017. Sin embargo y sin desconocer las dificultades históricamente inherentes a la ejecución de las medidas interinas o provisionales, cabe considerar que tal aseveración omite los avances actuales respecto a la ejecución de medidas cautelares a través de órdenes y laudos provisionales⁹¹. El principal problema podría surgir, respecto a aquellos países que no admitan la adopción de medidas cautelares por parte de la autoridad arbitral, así como en aquellas jurisdicciones que no hayan abordado esta cuestión en absoluto desde un punto de vista legislativo⁹². A este respecto, aunque la distinción entre laudos provisionales y laudos parciales no sea unívoca en todas las legislaciones, la necesidad de resolver preliminarmente y de forma definitiva sobre una cuestión como es el cumplimiento sin demora con el contenido de la decisión, desde un punto de vista conservador, encontraría un encaje más seguro o, al menos, con menor riesgo en su reconocimiento internacional, en la figura del laudo parcial por el que se solicite la ejecución de la decisión no definitiva—respecto del cual, el tribunal habrá de comprobar únicamente si se cumplió o no con la decisión— a la espera de un laudo final que resuelva sobre el fondo de la disputa subyacente.

VI. Conclusiones

1. Los proyectos internacionales de construcción e ingeniería constituyen uno de los sectores más propensos al surgimiento de reclamaciones y disputas entre las partes. Los modelos que integran la *Rainbow Suite* FIDIC, tanto en su edición de 1999 como de 2017, establecen complejos sistemas escalonados de formulación de reclamaciones y resolución de disputas. Respecto

⁹¹ Veeder, V., *Provisional and Conservatory Measures in Enforcing Arbitration Awards Under The New York Convention: Experience and Prospects*, 21, UN Publication Sales, núm. 99, vol. 2, 1999.

⁹² Castello, J. E. y Chahine, R., *Enforcement of Interim Measures*, Parte I, *The Guide to Challenging and Enforcing Arbitration Awards – Third Edition*, disponible en globalarbitrationreview.com/guide/the-guide-challenging-and-enforcing-arbitration-awards/3rd-edition/article/enforcement-of-interim-measures

a este último, la FIDIC apuesta decididamente por el *dispute board* como principal mecanismo de resolución, sin perjuicio de prever diferentes vías de impugnación y ejecución en sede de arbitraje internacional.

- 2.1. Las decisiones del *dispute board* serán vinculantes para las partes, quienes deberán dar efecto a las mismas sin demora, en tanto no sean revisadas por acuerdo entre las partes o a través de un procedimiento arbitral posterior; no resultando afectada esta eficacia vinculante por la remisión o no de una notificación de insatisfacción ni, por ende, por el carácter definitivo o no definitivo de la decisión.
- 2.2. Dada la naturaleza y origen contractual de la eficacia vinculante de la decisión, su contenido y alcance podrán resultar afectados por la interpretación que resulte del derecho de obligaciones y contratos previsto por la ley aplicable al contrato. Sin perjuicio de que los tribunales arbitrales sean reticentes, por lo general, a reconocer tales aspectos, tanto el derecho de obligaciones como el derecho imperativo o prohibitivo que resulte de la ley aplicable al contrato despliega una importancia capital respecto a la eficacia vinculante de la decisión.
- 2.3. Las decisiones del *dispute board* carecerán de eficacia ejecutiva, por lo que será preciso acudir a los cauces de ejecución previstos por los modelos. Ello no impedirá que el perjudicado por el incumplimiento pueda llegar a activar otras disposiciones previstas en los mismos, en función de la edición ante la que nos encontremos, como las relativas a la inclusión de las cantidades consideradas como debidas en certificados de pago provisional, la suspensión de los trabajos o la reducción del ritmo de trabajo o, en fin, la solicitud de rescisión o terminación contractual.
3. El carácter no definitivo de la decisión dependerá de que se remita válidamente la notificación de insatisfacción por cualquiera de las partes. En caso de no remitirse válidamente esta notificación por ninguna de ellas, la decisión se considerará como definitiva.
4. Las decisiones no definitivas podrán ser impugnadas en cuanto al fondo de la disputa subyacente a través del cauce general de impugnación previsto por los modelos, debiendo considerarse –a salvo ciertos supuestos excepcionales– que serán requisitos de admisibilidad de la reclamación en vía arbitral tanto el sometimiento de la disputa ante el *dispute board*, como la formulación de la notificación de insatisfacción frente a

- la misma o frente a su omisión –de no haber sido emitida por el *dispute board* en el plazo previsto para ello– así como esperar el transcurso del plazo de resolución amistosa, antes de acudir a arbitraje internacional.
5. El incumplimiento de las decisiones definitivas podrá someterse directamente a arbitraje, sin tener que remitir el mismo al cauce general ni esperar el plazo para el intento de resolución amistosa. En dicho procedimiento, el árbitro único o, en su caso, el tribunal arbitral carecerá de la capacidad para abrir, revisar o examinar el fondo de la decisión –al haber sido resuelta la disputa– debiendo limitarse a constatar si hubo o no incumplimiento; debiendo solicitarse dicha ejecución a través de un laudo final.
 - 6.1. El incumplimiento de las decisiones no definitivas en los modelos de 1999 planteó tradicionalmente importantes problemas, encontrándose dividida la doctrina respecto a la necesidad de someter el incumplimiento ante el cauce general, como una disputa independiente o si podría someterse directamente a arbitraje o bien como parte de la impugnación de la disputa subyacente. En los modelos que integran la *Rainbow Suite* FIDIC de 2017, esto aparece superado, al poder remitirse directamente el incumplimiento de las decisiones no definitivas, sin tener que someter el incumplimiento ante el *dispute board* ni esperar al transcurso del plazo para el intento de resolución amistosa.
 - 6.2. En la práctica, a partir de los casos Persero I y II, parece haberse admitido la posibilidad de remisión directa en vía arbitral del incumplimiento de las decisiones no definitivas del *dispute board*, considerando la existencia de un régimen de garantía o seguridad contractual en las subcláusulas 20.4 a 20.7 de los modelos de 1999, impulsado por el principio “pague ahora, reclame después” (*pay now, argue later*), coherente con la obligación de dar efecto inmediato o sin demora con el contenido de la decisión. Así, siguiendo un enfoque de disputa única, ha llegado a admitirse la posibilidad de ejecutar la decisión no definitiva incumplida de forma directa en vía arbitral, a través de la solicitud de laudo interino o provisional o de un laudo parcial, a la espera de la resolución en cuanto al fondo de la disputa subyacente, a través de un laudo final. No obstante, según esta interpretación, también resultaría posible ejecutar la decisión no definitiva incumplida a través de un procedimiento arbitral independiente o separado, sin entrar a revisar el fondo de la disputa

subyacente a través de un laudo final, cuando el incumplimiento sea la única cuestión sometida a arbitraje; si bien esta última opción ha sido rechazada por tribunales arbitrales en diversas ocasiones.

- 6.3. La ejecución a través de una u otra forma quedará sujeta a los presupuestos y requisitos inherentes a la forma elegida, lo que impactará en aspectos tales como la ejecución y el reconocimiento internacional de la medida que lo contenga, a través de instrumentos como el Convenio de Nueva York de 1958. Tomando en consideración tales aspectos y sin desconocer los avances en cuanto al reconocimiento internacional de medidas cautelares y laudos provisionales, la solicitud de un laudo parcial en ejecución de la decisión no definitiva, a la espera de un laudo final que resuelva respecto al fondo de la disputa subyacente, constituye la forma más segura y con menores inconvenientes en cuanto al reconocimiento internacional del instrumento por el que se ejecute la decisión; siendo esta valoración igualmente aplicable a los modelos que integran la *Rainbow Suite* FIDIC de 2017.

VII. Bibliografía

Libros, artículos y estudios

- Bailey, J., *Current issues with FIDIC dispute adjudication board*, Society of Construction Law, 2015.
- Baker, Ellis; Mellors, Ben; Chalmers, Scott; y Lavers, Anthony, *FIDIC Contracts: Law and Practice*, Informa Law Routledge, 5ª Edición, 2009.
- Bunni, N.G., *The Gap in Sub-Clause 20.7 of the 1999 FIDIC Contracts for Major Works* International Construction Law Review.
- Castello, J. E. y Chahine, R., *Enforcement of Interim Measures*, Parte I, The Guide to Challenging and Enforcing Arbitration Awards - Third Edition, disponible en globalarbitrationreview.com/guide/the-guide-challenging-and-enforcing-arbitration-awards/3rd-edition/article/enforcement-of-interim-measures
- Chern, C., *Chern on Dispute Boards Practice and Procedure*, fourth edition, Informa Law, 2021.

- Dedezade, T. *Enforcement of DAB decisions under FIDIC forms of contract*, capítulo 10, en Nazzini, R. *Construction Arbitration and Alternative Dispute Resolution: Theory and Practice around the World*, Informa Law, Routledge, 2022.
- *Are 'binding' DAB decisions enforceable?* *Construction Law International*, vol. 6, núm. 3, 2011.
- *Mind the Gap: Analysis of Cases and Principles Concerning the Ability of ICC Arbitral Tribunals to Enforce Binding DAB Decisions under the 1999 FIDIC Conditions of Contract*, *International Arbitration Law Review*, número 4, 2012.
- Draetta, U., *Dispute Resolution in International Construction-Linked Contracts*, *Diritto del commercio internazionale: pratica internazionale e diritto*, vol. 24, núm. 1, 2010.
- Gillion, F., *Enforcement of DAB decisions under the 1999 FIDIC Conditions of Contract – a recent development: CRW Joint Operation (Indonesia) v PT Perusahaan Gas Negara (Persero) TBK*, *International Construction Law Review*, 2011.
- *The Court of Appeal decision in Persero II: Are we now clear about the steps to enforce a non-final DAB decision under FIDIC?* *International Construction Law Review*, Volumen 4, 2016.
- Gillion, F.; Morson, R.; Jackson, S. y De Jager, C. *The New FIDIC Suite 2017: Significant Developments And Key Changes*, *International Construction Law Review* 384, parte 4, 2018.
- Glover, J. y Hughes, S. *Understanding the FIDIC Red and Yellow Books*, London Sweet & Maxwell, 2006.
- Knutson, R. *FIDIC: An Analysis of International Construction Contracts*, Kluwer Law International, 2005.
- McErlaine, M. y Allsop, J., *Trends in Questions of Jurisdiction and Admissibility in International Arbitration*, Kluwer Arbitration, 2021, disponible en arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2021/11/02/trends-in-questions-of-jurisdiction-and-admissibility-in-international-arbitration/
- Seppälä, C., *A welcome decision from Singapore: the second Persero case*, *Construction International Law*, Volumen 10, asunto 1, 2010.
- *Enforcement by an Arbitral Tribunal of a Binding but not Final Engineer's or DAB's decision under the FIDIC Conditions*, *International Construction Law Review*, 414, 2009.

- *How not to interpret the FIDIC Disputes Clause: The Singapore Court of Appeal Judgment in Persero* International Construction Law Review, vol. 29, parte 1, 2012.
- *International Construction Contract Disputes: Second Commentary on ICC Awards Dealing Primarily with FIDIC Contracts*, ICC International Court of Arbitration Bulletin, Vol. 19, núm. 2, 2008.
- *Pre-Arbitral Procedure on the Settlement of Disputes under the FIDIC Conditions*, International Construction Law Review, 315
- *Sub-Clause 20.7 of the FIDIC Red book does not justify denying enforcement of a ‘binding’ DAB decision*” Construction Law International, 6, 2011.
- Tweeddale, A. *FIDIC’s Guidance Memorandum to users – a half-baked solution?* Construction Law International, vol. 9, núm. 2, 2014
- *The Courtesy Trap – FIDIC’s Sub-clause 20.5 – Amicable Settlement and Emirate trading*, International Construction Law Review, 2016
- Veeder, V., ‘*Provisional and Conservatory Measures in Enforcing Arbitration Awards Under The New York Convention: Experience and Prospects*’ 21, UN Publication Sales, núm. 99, vol. 2, 1999
- Viglino, M., *Can Parties to a FIDIC Contract Safely Decline Giving Effect to a Dispute Board’s Decision?* The Dispute Resolution Board Foundation, Vol. 15, núm. 3, 2011

Informes

- 2018 International Arbitration Survey: The Evolution of International Arbitration*, elaborada por White & Case en colaboración con *Queen Mary University of London*, disponible en [arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/2018-International-Arbitration-Survey---The-Evolution-of-International-Arbitration-\(2\).PDF](http://arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/2018-International-Arbitration-Survey---The-Evolution-of-International-Arbitration-(2).PDF)
- 2021 International Arbitration Survey: Adapting arbitration to a changing world, elaborada por White & Case en colaboración con Queen Mary University of London y disponible en arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/LON0320037-QMUL-International-Arbitration-Survey-2021_19_WEB.pdf
- 2022 Global Construction Disputes Report Successfully navigating through turbulent times*, Arcadis, 2021, disponible en www.arcadis.com/en-gb/knowledge-hub/perspectives/global/global-construction-disputes-report

International Arbitration Survey – Driving Efficiency in International Construction Disputes de 2019, elaborado por Pinsent Masons en colaboración con *Queen Mary University of London* y disponible en [www.pinsentmasons.com/thinking/special-reports/international-arbitration-survey#:~:text=Download%20report%20\(49%20pages%20/%205.2%20MB\)](http://www.pinsentmasons.com/thinking/special-reports/international-arbitration-survey#:~:text=Download%20report%20(49%20pages%20/%205.2%20MB))

Manual de Dispute Board: Guía de Mejores Prácticas y Procedimientos, *Dispute Resolution Board Foundation* (DRBF).

Modelos FIDIC

FIDIC *Multilateral Development Bank* (“MDB”) *Harmonised Edition* (2005).

FIDIC *Red Book* (1999) *Conditions of Contract for Construction*.

FIDIC *Red Book* (2017) *Conditions of Contract for Construction*.

FIDIC *Red Book* 4ª edición (1987).

FIDIC *Silver Book* (1999) *Conditions of Contract for EPC/Turnkey Projects*.

FIDIC *Silver Book* (2017) *Conditions of Contract for EPC/Turnkey Projects*.

FIDIC *Yellow Book* (1998) (“*test edition*”).

FIDIC *Yellow Book* (1999) *Conditions of Contract fo Plant and Design-Build*.

FIDIC *Yellow Book* (2017) *Conditions of Contract fo Plant and Design-Build*.

Sentencias

CRW Joint Operation *ν* PT Perusahaan Gas Negara (Persero) TBK [2011] SGCA 33.

PT Perusahaan Gas Negara (Persero) TBK *ν* CRW Joint Operation (Indonesia) [2014] SGHC 146.

PT Perusahaan Gas Negara (Persero) TBK *ν* CRW Joint Operation [2010] SGHC 202.

PT Perusahaan Gas Negara (Persero) TBK *v* CRW Joint Operation [2015] SGCA 30.

Laudos CCI

Laudo final CCI núm 19346

Laudo final CCI núm. 13686

Laudo final CCI núm. 16435

Laudo final CCI núm. 16948

Laudo final CCI núm. 18320

Laudo final CCI núm. 19581

Laudo final CCI núm. 21477/MHM

Laudo final CCI núm. 23652/MH

Laudo final CCI núm. 23988/MHM/HBH (c-24011/MHM/HBH)

Laudo interino inicial CCI núm. 10619

Laudo interino inicial CCI núm. 11813

Laudo parcial CCI núm. 11813/DK

Laudo parcial CCI núm. 12048

Laudo parcial CCI núm. 16262

Incorporación de contratos estandarizados tipo NEC o FIDIC en las contrataciones públicas en Perú

WUANDY VARGAS

(MCIARB) JEFA LEGAL DE LA GERENCIA DE OPERACIONES CONSTRUCTORA MPM S.A. LIMA, PERÚ

Resumen: La incorporación de contratos estandarizados como NEC (New Engineering Contract) y FIDIC (Federación Internacional de Ingenieros Consultores) en los procesos de contratación pública en Perú representa un cambio de paradigma hacia una gestión de proyectos más eficiente y transparente. Este artículo analiza el desarrollo histórico de los contratos de obras públicas en Perú, el marco legal vigente y los beneficios y desafíos de adoptar estos estándares internacionales. Al comparar los marcos contractuales NEC y FIDIC, el documento examina su idoneidad para el contexto peruano, considerando las especificidades legales, administrativas y culturales del país.

Palabras clave: Contratos estandarizados, NEC, FIDIC, obras públicas, marco normativo, Perú, infraestructura.

Abstract: The integration of standardized contracts like NEC (New Engineering Contract) and FIDIC (International Federation of Consulting Engineers) in public procurement processes in Peru represents a paradigm shift towards more efficient and transparent project management. This article analyzes the historical development of public works contracts in Peru, the current legal framework, and the benefits and challenges of adopting these international standards. By comparing the NEC and FIDIC frameworks, the paper discusses their suitability for the Peruvian context, considering the country's legal, administrative, and cultural specificities.

Keywords: Standardized contracts, NEC, FIDIC, public works, regulatory framework, Peru, infrastructure.

SUMARIO:

I. INTRODUCCIÓN. 1. Importancia de los contratos estandarizados en la infraestructura pública. 2. Justificación de NEC y FIDIC como marcos contractuales eficientes. **II. HISTÓRICO DE OBRAS PÚBLICAS EN PERÚ Y CONTRATACIÓN TRADICIONAL.** 1. Evolución del sistema de contratación pública en Perú. 2. Problemas inherentes al sistema de contratación tradicional. 3. El contexto actual y la necesidad de cambio. **III. MARCO NORMATIVO Y LEYES VIGENTES EN PERÚ.** 1. Incorporación de los Contratos NEC en el Perú: Reconstrucción con Cambios y el G2G. 2. Adaptación del marco normativo peruano para contratos NEC. 3. Normativas internacionales y su influencia en la implementación de los contratos NEC en Perú. 4. Desafíos y perspectivas para la formalización de los contratos NEC en Perú. **IV. COMPARACIÓN ENTRE NEC Y FIDIC EN EL CONTEXTO PÚBLICO.** 1. Características Principales de NEC y FIDIC. 2. Casos de Éxito y Lecciones Aprendidas. **V. DESAFÍOS Y BENEFICIOS DE LA INCORPORACIÓN DE NEC Y FIDIC EN PERÚ.** 1. Desafíos Administrativos, Legales y Culturales en su Adopción. **VI. BENEFICIOS POTENCIALES PARA LA OPTIMIZACIÓN DE PROYECTOS PÚBLICOS.** 1. Mejora en la Gestión de Proyectos y Colaboración. 2. Optimización de Costos y Reducción de Sobrecostos. 3. Transparencia y Reducción de Conflictos. **VII. BIBLIOGRAFÍA**

I. Introducción

1. Importancia de los contratos estandarizados en la infraestructura pública

El desarrollo de infraestructura pública es uno de los motores clave para el crecimiento económico de cualquier nación. En particular, países en vías de desarrollo como Perú, enfrentan el desafío de cerrar una brecha considerable en cuanto a la provisión de infraestructuras críticas, tales como carreteras, puentes, escuelas, hospitales y sistemas de agua potable. La ejecución de estos proyectos no solo impulsa la productividad y mejora la calidad de vida, sino que también fomenta la inversión privada y fortalece la competitividad del país en el escenario global.

En este contexto, la implementación adecuada de los contratos es esencial para garantizar que los proyectos de infraestructura pública se ejecuten de manera eficiente, dentro de los plazos establecidos y con los costos previstos. Los contratos estandarizados, como los proporcionados por el *New Engineering Contract* (NEC) y la Federación Internacional de Ingenieros Consultores

(FIDIC), han surgido como instrumentos clave para optimizar la gestión contractual y mitigar los riesgos asociados a proyectos complejos. Estos contratos ofrecen un marco claro y flexible que promueve la colaboración entre las partes, minimizando disputas y promoviendo una cultura de cooperación en lugar de antagonismo, lo que es crucial en proyectos de gran escala donde los intereses de múltiples actores deben alinearse para alcanzar los objetivos comunes.

A lo largo de los años, los proyectos de infraestructura en Perú han experimentado retrasos, sobrecostos y problemas de calidad, en parte debido a la falta de claridad y previsión en los contratos utilizados. Tradicionalmente, los proyectos han estado sujetos a contratos rígidos que no permiten una adecuada gestión de los cambios o de las contingencias que inevitablemente surgen durante el ciclo de vida de un proyecto. Además, la burocracia administrativa y la falta de transparencia en algunos procesos han exacerbado estos problemas. Ante esta realidad, los contratos NEC y FIDIC se presentan como una alternativa para lograr mayor eficiencia y transparencia en la gestión de los recursos públicos.

Los contratos estandarizados no solo facilitan la resolución de problemas operativos, sino que también son herramientas cruciales para mejorar la gobernanza en las obras públicas. Al estandarizar cláusulas y procedimientos, se garantiza una mayor previsibilidad y coherencia en la gestión contractual, lo que permite a las partes interesadas centrarse en los aspectos técnicos y estratégicos del proyecto en lugar de dedicar tiempo y recursos a resolver ambigüedades contractuales. Esto, a su vez, genera confianza en los inversionistas y proveedores, fomentando una mayor participación del sector privado en los proyectos de infraestructura pública. Entonces, estos contratos estandarizados mencionados, amplían una arista de herramientas con las que cuentan las partes de un proyecto en regularizar su ejecución y administración de riesgos.

2. Justificación de NEC y FIDIC como marcos contractuales eficientes

Los contratos NEC y FIDIC se han utilizado ampliamente en diversos países, incluyendo aquellos con marcos regulatorios y normativos diversos. Ambos tipos de contratos ofrecen un enfoque estructurado para la planificación, gestión y resolución de disputas en proyectos de construcción e infraestructura, pero es su capacidad para adaptarse a las condiciones locales lo que les otorga un valor significativo en el contexto de las contrataciones públicas en Perú.

NEC es reconocido por su enfoque colaborativo y flexible. Desarrollado originalmente en el Reino Unido, su estructura promueve la comunicación constante entre las partes y la resolución temprana de problemas, lo que reduce la posibilidad de retrasos y disputas prolongadas. Una de sus características distintivas es su capacidad para fomentar un clima de “ingeniería proactiva”, en el cual todos los actores buscan soluciones inmediatas y prácticas frente a los desafíos que puedan surgir, sin esperar a que los problemas escalen hasta convertirse en conflictos contractuales. La flexibilidad del NEC permite su adaptación tanto a proyectos sencillos como a iniciativas más complejas, ofreciendo diferentes opciones contractuales, tales como las opciones A, B, C, D, E y F que permiten ajustar el contrato según las necesidades específicas del proyecto, ya sea de precio fijo, reembolsable o llave en mano.

Siendo que los costos reembolsables son los más emblemáticos, Johnson, Weis y Hurtado mencionan que en el contrato de costo reembolsable se establece que el cliente pague el costo efectivo de la obra del contratista adicionando un monto previamente acordado para él, si existe exceso de gastos o ganancias¹.

FIDIC, por su parte, es un estándar internacionalmente reconocido y ha sido adoptado en más de 100 países. Su aplicación es extensa en proyectos financiados por organismos multilaterales como el Banco Mundial y el Banco Interamericano de Desarrollo. FIDIC proporciona un enfoque más rígido, pero altamente predecible, lo que lo convierte en una opción sólida para proyectos que requieren una alta supervisión técnica y financiera. A través de su serie de “libros”, tales como Libro Rojo, Libro Amarillo, Libro Plateado, entre otros. FIDIC ofrece diferentes modalidades contractuales que cubren una amplia gama de escenarios, desde contratos de construcción convencionales hasta proyectos llave en mano o de diseño y construcción. Esta versatilidad permite que FIDIC sea aplicable a proyectos de diversa envergadura y complejidad.

En ese sentido, los contratos FIDIC son una organización internacional de estándares para consultoría e ingeniería que se encargan de promover y desarrollar objetivos estratégicos para la ingeniería incluyendo el desarrollo de buenas prácticas y se caracterizan por dar soluciones internacionalmente conocidas y aceptadas. En la actualidad gozan de una amplia aceptación con reconocido prestigio internacional².

¹ Johnson, Weis y Hurtado (2020): Particularidades de los Contratos NEC. Opportunities, British peruvian Chamber of Commerce, N° 1, vol. N° 81, p. 18.

² Figueroa Valdés (2016). Los contratos de construcción FIDIC al derecho chileno. Univ. de los Andes.

Ambos marcos contractuales han demostrado ser eficaces en la mitigación de riesgos financieros y operacionales, reduciendo así los sobrecostos y los litigios. Esto es particularmente relevante en el contexto peruano, donde históricamente los proyectos públicos han enfrentado problemas asociados a la ineficiencia en la planificación y ejecución de las obras. Tanto NEC como FIDIC ofrecen mecanismos claros para el manejo de cambios y la resolución de controversias, lo que permite a las partes continuar con el proyecto mientras se abordan los desacuerdos. Esta característica es vital en proyectos de larga duración y alto valor, donde cualquier interrupción puede generar pérdidas significativas tanto para el Estado como para los contratistas.

La adopción de estos contratos estandarizados en Perú permitiría mejorar la transparencia en la adjudicación y ejecución de contratos, facilitar la participación de actores internacionales y alinear los proyectos de infraestructura con los estándares internacionales. Además, la flexibilidad y estructura de estos contratos proporcionan las herramientas necesarias para adaptarse a las especificidades del marco legal y cultural del país, promoviendo así un entorno contractual más robusto y eficiente.

En resumen, los contratos NEC y FIDIC representan una respuesta estratégica a las deficiencias históricas del sistema de contratación pública en Perú. Su incorporación no solo mejoraría la ejecución y gestión de proyectos, sino que también serviría como catalizador para transformar la gobernanza del sector público, alinear los intereses de las partes y asegurar la entrega de infraestructuras críticas dentro de los plazos y presupuestos estipulados.

II. Histórico de Obras Públicas en Perú y Contratación Tradicional

2. Evolución del sistema de contratación pública en Perú

El sistema de contratación pública en Perú ha evolucionado a lo largo de las décadas en respuesta a las necesidades crecientes de infraestructura y servicios públicos, así como a los cambios en el entorno político, económico y social del país. Sin embargo, este proceso no ha sido lineal ni exento de desafíos. Desde los inicios de la República, la construcción de obras públicas ha sido vista como un medio fundamental para impulsar el desarrollo económico y la cohesión

social. No obstante, las prácticas contractuales y la administración de dichos proyectos han sido objeto de constantes revisiones y reformas.

En las primeras décadas del siglo xx, la construcción de infraestructura en Perú se basaba en contratos sencillos y rudimentarios, a menudo redactados por entidades públicas sin una estandarización clara o lineamientos robustos. La falta de normativas y de marcos legales adecuados generaba frecuentes problemas de ejecución, con proyectos que enfrentaban retrasos significativos, sobrecostos considerables y, en muchos casos, la paralización completa de las obras. La informalidad en los contratos, sumada a la limitada capacidad técnica y administrativa de las instituciones estatales, exacerbaba estos problemas, creando un entorno propenso a la corrupción y a la ineficiencia.

Durante las décadas de 1960 y 1970, la creciente demanda de infraestructura, impulsada por la modernización económica y el crecimiento demográfico, llevó a una mayor intervención del Estado en el desarrollo de obras públicas. Fue en este periodo cuando comenzaron a adoptarse algunos marcos contractuales más formales, inspirados en modelos internacionales, pero con escasa adaptación a las realidades locales. La centralización en la planificación y ejecución de los proyectos, con un enfoque rígido en la administración de contratos y una limitada participación del sector privado, resultó en un sistema caracterizado por la burocracia, la falta de transparencia y la ineficiencia operativa.

Con el advenimiento de las políticas de ajuste estructural en los años 80 y 90, Perú experimentó una transformación en su enfoque hacia las obras públicas, con un creciente interés en la participación del sector privado y la adopción de mejores prácticas internacionales. La Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, promulgada en 1997, fue un paso significativo hacia la modernización del sistema de contratación pública, ya que buscaba estandarizar los procedimientos y mejorar la transparencia en la adjudicación de contratos. Esta ley, que ha sido reformada en varias ocasiones, se basó en principios de competencia, igualdad de trato, transparencia y eficiencia.

Sin embargo, a pesar de los avances normativos, la implementación de las reformas continuó enfrentando desafíos. La falta de capacidades técnicas y administrativas en muchas entidades públicas, la fragmentación de la regulación, y la persistencia de prácticas corruptas dificultaron la correcta ejecución de los proyectos. Las obras públicas en Perú siguieron registrando problemas graves de retrasos, sobrecostos y disputas contractuales, alimentando una percepción de ineficiencia generalizada en el manejo de los recursos públicos.

El contexto de corrupción en Perú, ejemplificado por los grandes escándalos de infraestructura vinculados a empresas multinacionales como Odebrecht, puso en evidencia las debilidades del sistema de contratación pública. La corrupción estructural, asociada con contratos de obra mal gestionados, ha sido uno de los mayores obstáculos para el desarrollo efectivo de proyectos de infraestructura en el país. Esto llevó a la necesidad de revisar nuevamente el sistema, lo que impulsó una búsqueda de alternativas más eficientes y transparentes, entre las cuales se destacan los contratos estandarizados tipo NEC y FIDIC.

En los últimos años, se han promovido reformas adicionales para fortalecer los mecanismos de control y auditoría, mejorar la transparencia en las licitaciones y modernizar las capacidades técnicas del personal encargado de la gestión de contratos. Sin embargo, a pesar de estos esfuerzos, persisten problemas significativos, especialmente en términos de planificación inadecuada, falta de coordinación interinstitucional y ausencia de mecanismos eficaces para gestionar cambios durante la ejecución de los proyectos.

3. Problemas inherentes al sistema de contratación tradicional

El sistema de contratación tradicional en Perú ha estado marcado por una serie de deficiencias estructurales que han afectado negativamente la calidad, el costo y el tiempo de entrega de las obras públicas. Estos problemas son comunes a muchos países en desarrollo, donde los marcos contractuales tienden a ser rígidos, opacos y poco flexibles para adaptarse a las realidades cambiantes de los proyectos. En el caso de Perú, los principales problemas inherentes al sistema de contratación tradicional incluyen:

Fragmentación y falta de coherencia normativa

A pesar de los esfuerzos por establecer una legislación clara y coherente, la contratación pública en Perú ha sufrido históricamente de una fragmentación normativa que dificulta la implementación eficaz de los proyectos. Existen múltiples regulaciones, normas técnicas y procedimientos que varían según el tipo de proyecto y la entidad responsable, lo que genera confusión y falta de consistencia en la gestión de los contratos. La ausencia de un marco estandarizado y flexible ha resultado en procedimientos burocráticos y redundantes, que no solo ralentizan el proceso de licitación y adjudicación, sino que también complican la ejecución contractual.

Rigidez contractual y gestión ineficaz de cambios

El modelo de contratación tradicional en Perú ha sido, en gran medida, un sistema rígido que no permite una gestión eficaz de los cambios durante el ciclo de vida del proyecto. En proyectos de infraestructura, es común que surjan contingencias, ya sea por cambios en el diseño, condiciones imprevistas en el sitio de construcción o fluctuaciones en los costos de materiales. Sin embargo, los contratos tradicionales en Perú han mostrado poca flexibilidad para manejar estas circunstancias, lo que ha llevado a disputas entre los contratistas y el Estado, así como a retrasos significativos en la ejecución de las obras.

Deficiencias en la planificación y ejecución de proyectos

Uno de los mayores problemas en la contratación pública en Perú ha sido la deficiente planificación de los proyectos. En muchos casos, las obras públicas se lanzan sin estudios preliminares adecuados, sin un diseño completo o con presupuestos subestimados. Esta falta de preparación genera problemas durante la fase de ejecución, donde se hace evidente la necesidad de cambios, lo que resulta en sobrecostos, retrasos y, en muchos casos, en la paralización del proyecto. Además, la falta de capacidad técnica de las entidades públicas encargadas de la gestión de los contratos agrava esta situación, ya que no cuentan con las herramientas o la experiencia necesarias para prever y gestionar adecuadamente los riesgos.

Corrupción y falta de transparencia

La corrupción ha sido un problema endémico en la contratación pública en Perú, afectando tanto el proceso de licitación como la ejecución de las obras. Los casos de colusión entre funcionarios públicos y empresas privadas han generado un entorno en el que las obras se adjudican a empresas que no necesariamente ofrecen la mejor relación calidad-precio. Esto ha resultado en proyectos de baja calidad, con presupuestos inflados y plazos de entrega extendidos. La falta de transparencia en muchos de los procedimientos contractuales ha fomentado la desconfianza entre las partes, lo que a menudo deriva en conflictos y arbitrajes costosos.

Falta de mecanismos adecuados para la resolución de disputas

El sistema tradicional de contratación en Perú ha carecido de mecanismos efectivos y ágiles para la resolución de disputas. Los conflictos entre contratistas y el Estado suelen escalar hasta los tribunales, lo que implica largos procesos legales y paralización de las obras. La ausencia de herramientas contractuales modernas que faciliten la mediación o el arbitraje eficiente ha sido un obstáculo para la continuidad de los proyectos y ha incrementado los costos tanto para el sector público como para los contratistas.

Sobrecostos y retrasos

Los sobrecostos y los retrasos en la entrega de proyectos de infraestructura han sido una constante en el sistema de contratación tradicional en Perú. Según datos de la Contraloría General de la República, una proporción significativa de los proyectos de infraestructura pública presenta sobrecostos que, en algunos casos, superan el 50% del presupuesto original. Estos sobrecostos son el resultado de varios factores, incluidos los cambios no planificados durante la ejecución, la deficiente supervisión y el mal manejo de los recursos. Además, los plazos de entrega rara vez se cumplen, con proyectos que pueden extenderse por años más allá de lo inicialmente previsto. Estos retrasos no solo generan un impacto económico negativo, sino que también afectan la percepción pública de la eficiencia del Estado en la gestión de los recursos, entonces “la adopción de contratos estandarizados en proyectos de infraestructura pública ha mostrado reducir los sobrecostos y retrasos a través de una gestión optimizada de riesgos, como se observa en experiencias internacionales que demuestran mejoras sustanciales en los resultados de los proyectos cuando se aplican estos modelos”³.

³ Kumaraswamy y Anvuur (2016): Kumaraswamy, M. M., & Anvuur, A. M. (2016). Selección de equipos sostenibles para proyectos de asociaciones público-privadas (PPP). *Building and Environment*, 43(6), 999-1009.

Falta de incentivos para la innovación y mejora continua

El sistema tradicional de contratación pública en Perú ha desincentivado la innovación. Los contratos son tan rígidos que las empresas contratistas se ven obligadas a seguir procedimientos estrictos y, en muchos casos, desactualizados, sin espacio para la adaptación o la mejora de las técnicas constructivas. Esto ha generado un entorno poco propicio para la adopción de nuevas tecnologías y metodologías que podrían mejorar la eficiencia y la sostenibilidad de los proyectos de infraestructura. Además, los mecanismos de sanción y recompensa han sido insuficientes para promover una cultura de mejora continua en la ejecución de los proyectos.

El contexto actual y la necesidad de cambio

En la actualidad, la infraestructura en Perú sigue siendo un tema de preocupación nacional. Según informes recientes, la brecha de infraestructura en el país supera los 100 mil millones de dólares, afectando la competitividad económica, el bienestar social y el acceso a servicios básicos para millones de ciudadanos. Las deficiencias del sistema de contratación pública tradicional han contribuido a ampliar esta brecha, subrayando la necesidad urgente de adoptar modelos contractuales más modernos, flexibles y transparentes.

El Gobierno peruano, en los últimos años, ha reconocido la importancia de reformar el sistema de contratación pública para hacerlo más eficiente y alineado con los estándares internacionales. En este sentido, la incorporación de contratos estandarizados como NEC y FIDIC se ha planteado como una solución potencial a muchos de los problemas históricos que han plagado las obras públicas en el país. Estos modelos ofrecen no solo una mayor flexibilidad y capacidad de adaptación, sino también un enfoque colaborativo que permite gestionar mejor los riesgos y las contingencias durante la ejecución de los proyectos.

La experiencia internacional ha demostrado que la adopción de contratos estandarizados puede mejorar significativamente la ejecución de proyectos de infraestructura, reduciendo los sobrecostos, acortando los plazos de entrega y minimizando las disputas contractuales. En países con marcos legales y desafíos similares a los de Perú, como Colombia y Sudáfrica, los contratos NEC y FIDIC han mostrado resultados positivos, promoviendo una mayor transparencia y eficiencia en la gestión de las obras públicas.

En resumen, el sistema de contratación tradicional en Perú, con sus problemas estructurales y su incapacidad para adaptarse a las exigencias modernas de los proyectos de infraestructura, ha generado una serie de deficiencias que han afectado el desarrollo económico y social del país. La adopción de modelos contractuales estandarizados como NEC y FIDIC se presenta como una respuesta a estos desafíos, ofreciendo una oportunidad para transformar el enfoque de la gestión de contratos públicos y cerrar la brecha de infraestructura que tanto limita el progreso del país.

III. Marco Normativo y Leyes vigentes en Perú

1. Incorporación de los Contratos NEC en el Perú: Reconstrucción con Cambios y el G2G

Uno de los hitos más importantes en la introducción de los contratos NEC en Perú se dio en el contexto del programa de Reconstrucción con Cambios (ARCC), creado como respuesta a los desastres naturales ocasionados por el fenómeno de El Niño Costero en 2017. Para asegurar la eficiencia, transparencia y rapidez en la ejecución de los proyectos de reconstrucción, el gobierno peruano firmó un acuerdo de cooperación con el gobierno del Reino Unido, bajo el modelo Gobierno a Gobierno (G2G). Este acuerdo facilitó la introducción de los contratos NEC como el marco contractual principal para la ejecución de las obras en áreas afectadas, como carreteras, puentes, infraestructura educativa y sanitaria.

El Acuerdo G2G fue formalizado mediante el Decreto Supremo N° 071-2020-PCM, que autorizó a la Autoridad para la Reconstrucción con Cambios (ARCC) a suscribir contratos bajo la modalidad NEC, así como a utilizar estos contratos para gestionar los proyectos de reconstrucción financiados con recursos públicos. Este decreto estableció los mecanismos de supervisión y control para garantizar la correcta implementación de los contratos NEC en las obras financiadas bajo el programa ARCC. El objetivo central fue asegurar la calidad y la gestión adecuada de los riesgos durante la ejecución de las obras, basándose en las mejores prácticas internacionales de contratos colaborativos.

Bajo este acuerdo, se introdujeron varias modalidades de contratos NEC, destacándose la NEC3 Opción A (Contrato de Precio Fijo) y la NEC3 Opción F (Gestión del Proyecto con Reembolso de Costos), que permiten una mayor flexibilidad y agilidad en la administración de cambios y en la toma de decisiones. El marco normativo creado a partir del Decreto Supremo N° 071-2020-PCM fue innovador en el contexto peruano, dado que permitió la adaptación de un sistema contractual internacional dentro del contexto normativo y operativo del país.

Además, el Decreto de Urgencia N° 003-2020 permitió agilizar la contratación bajo estas modalidades al establecer mecanismos que facilitan la inversión pública en proyectos de infraestructura a gran escala, incluyendo aquellos gestionados bajo contratos NEC. Este decreto de urgencia habilitó a las entidades públicas, como la ARCC, a implementar procedimientos de contratación que priorizaran la eficiencia, la transparencia y el control riguroso de los costos.

2. Adaptación del marco normativo peruano para contratos NEC

Aunque no existe una ley o decreto específico que regule de manera exclusiva los contratos NEC en Perú, estos se han integrado mediante disposiciones en decretos supremos y decretos de urgencia relacionados con proyectos de infraestructura prioritaria. En este sentido, los contratos NEC funcionan dentro del marco normativo general, ajustándose a las disposiciones específicas emitidas por el Gobierno peruano para ciertos proyectos, como la reconstrucción y grandes proyectos de infraestructura financiados a través de programas de cooperación internacional.

El uso de los contratos NEC ha generado un proceso de adaptación del marco normativo peruano, sobre todo en la forma en que las entidades públicas gestionan los riesgos, los cambios contractuales y las relaciones con los contratistas. Aunque las leyes peruanas no prevén específicamente los contratos NEC, su incorporación ha sido facilitada por la flexibilidad de las normativas existentes, como el Código Civil Peruano, que permite la utilización de contratos internacionales o modelos de contratos diferentes siempre y cuando no vulneren las leyes y principios generales del derecho local.

El Código Civil, en sus disposiciones relativas a la contratación, establece que las partes tienen libertad para definir las cláusulas de sus contratos, siempre que se respeten los límites legales. Esto ha permitido que los contratos NEC puedan utilizarse en proyectos financiados con fondos públicos y privados, siempre y

cuando se adecuen a los requisitos normativos vigentes, como los establecidos en el Sistema Nacional de Control y Supervisión de Obras Públicas y en las normativas de fiscalización a cargo de la Contraloría General de la República.

3. Normativas internacionales y su influencia en la implementación de los contratos NEC en Perú

La implementación de los contratos NEC en Perú ha sido posible gracias a la creciente integración del país en redes de cooperación internacional, donde se adoptan prácticas contractuales alineadas con estándares internacionales. Organismos internacionales como el Banco Mundial, el Banco Interamericano de Desarrollo (BID) y el Banco de Desarrollo de América Latina (CAF) han sido actores clave en la promoción de estos contratos en la región, al exigir la implementación de mejores prácticas en la gestión de proyectos financiados con fondos multilaterales.

En este contexto, Perú ha comenzado a alinearse con estas normativas internacionales, lo que ha facilitado la incorporación de contratos estandarizados como el NEC en sus proyectos de infraestructura. Si bien la legislación local no contempla todavía una regulación exhaustiva para los contratos NEC, la experiencia obtenida a través de la reconstrucción y otros proyectos de gran escala está generando un precedente que podría llevar a una mayor formalización de su uso en el futuro.

4. Desafíos y perspectivas para la formalización de los contratos NEC en Perú

A pesar de los avances en la implementación de los contratos NEC en proyectos de reconstrucción y en otros proyectos financiados por cooperación internacional, el uso de estos contratos en el ámbito nacional todavía enfrenta desafíos importantes. Uno de los principales retos es la falta de una capacitación extendida entre los profesionales encargados de gestionar estos contratos, tanto en el sector público como privado. La falta de familiaridad con los principios de colaboración y gestión de riesgos que subyacen en los contratos NEC limita su adopción más amplia y eficaz.

Asimismo, otro desafío es la necesidad de ajustar las normativas locales para formalizar el uso de contratos NEC de manera más amplia en los proyectos de infraestructura. Esto podría incluir reformas legales que permitan su utilización en proyectos de menor envergadura, así como una revisión de las normativas actuales

para incorporar cláusulas específicas que faciliten la gestión de proyectos bajo estos modelos contractuales. De nada sirve un contrato muy sofisticado si las partes que lo suscriben no lo entienden y no logran ejecutarlo debidamente. Carece de sentido obligarse a un texto contractual estandarizado que no se conoce y las partes no han revisado y comprendido los pactos a los que están arribando. Esta situación puede generar que finalmente el contrato no cumpla sus objetivos y no sea un instrumento eficiente de gestión, sino únicamente una fuente de disputas⁴.

En conclusión, aunque los contratos NEC no tienen una ley o norma específica que los regule en Perú, su incorporación en proyectos clave, como los gestionados bajo el acuerdo G2G, ha sentado las bases para su uso futuro. El marco normativo existente ha demostrado ser lo suficientemente flexible para permitir la adopción de estos modelos contractuales, aunque se requiere un mayor esfuerzo por parte de las autoridades para formalizar su uso y asegurar que los beneficios de los contratos NEC se extiendan a otros proyectos de infraestructura.

Por otro lado, el uso prolongado de contratos estándares en algunas industrias a veces lleva a su incorporación en la legislación local de contratación pública. De esta manera, los contratos FIDIC se han vuelto parte de la ley de contrataciones públicas en, por ejemplo, Europa Central y Europa Oriental y el Medio Oriente. La evolución en algunos países árabes es ahora tan avanzada que los contratos estándares o partes de estos se han convertido en elementos obligatorios de la legislación local sobre contratación pública⁵.

IV. Comparación entre NEC y FIDIC en el Contexto Público

La comparación entre los contratos NEC (*New Engineering Contract*) y FIDIC (*Fédération Internationale Des Ingénieurs-Conseils*) en el ámbito público resulta esencial para evaluar cuál de estos modelos resulta más adecuado para la gestión de proyectos de infraestructura pública en contextos como el de Perú.

⁴ Medina, J. (2021). Los proyectos especiales de inversión pública y el modelo de ejecución de inversiones públicas: revisión de las herramientas que pueden emplearse para mejorar las contrataciones del Estado. IUS ET VERITAS, (62), 131-151.

⁵ De Almagro, I., & Klee, L. (2017) Los contratos Internacionales de Construcción. FIDIC. La Ley.

Si bien ambos contratos son utilizados ampliamente a nivel internacional, presentan diferencias significativas en sus enfoques, estructuras y principios de gestión de proyectos, que afectan directamente su aplicación en el sector público. Por un lado, tenemos a los contratos NEC fomenta una estructura contractual colaborativa con roles adaptativos, mientras que los contratos FIDIC siguen una estructura jerárquica más formal en la que el rol del ingeniero supervisor cobra centralidad y formaliza la toma de decisiones, lo que brinda una previsibilidad necesaria en proyectos de alto control técnico.

A continuación, se exploran dos áreas clave en la comparación: las características principales de cada contrato y los casos de éxito y lecciones aprendidas en proyectos de obras públicas que han adoptado estos estándares.

1. Características Principales de NEC y FIDIC

Filosofía y Estructura Contractual: Colaboración vs. Jerarquización

- **NEC:** La principal característica de los contratos NEC es su enfoque colaborativo. Este modelo promueve la transparencia y la comunicación continua entre las partes involucradas, minimizando los conflictos mediante el uso de mecanismos como el “Alerta Temprana” (*Early Warning*). La flexibilidad es otro de los elementos clave del NEC, ya que facilita la adaptación del contrato a cambios imprevistos durante el ciclo de vida del proyecto. Además, la estructura de NEC es modular, permitiendo que las partes seleccionen el tipo de contrato más adecuado según la naturaleza del proyecto, tales como contratos de precio fijo (NEC3 Opción A), de reembolso de costos (NEC3 Opción F) o contratos para proyectos de mantenimiento y servicios.
- **FIDIC:** Los contratos FIDIC, por otro lado, tienen una estructura más tradicional y jerárquica, donde los roles y responsabilidades están claramente delineados. La relación entre el cliente, el contratista y el ingeniero es más formal, con un mayor énfasis en la separación de funciones y la delegación de la toma de decisiones al ingeniero. FIDIC es menos flexible que NEC, ya que los cambios en el contrato suelen requerir modificaciones formales. Sin embargo, este modelo es robusto y su estructura bien definida ofrece claridad y seguridad a las partes, lo que puede ser beneficioso en entornos donde se prefiera un control riguroso y una delegación de responsabilidades clara.

Gestión del Riesgo: Proactividad vs. Asignación de Responsabilidades

- **NEC:** En los contratos NEC, la gestión de riesgos se basa en un enfoque proactivo y colaborativo. Las partes se comprometen a identificar y mitigar riesgos de manera conjunta a través de la creación de un Registro de Riesgos (*Risk Register*), que debe ser actualizado constantemente. El concepto de alerta temprana permite que las situaciones problemáticas se aborden de forma inmediata, reduciendo la posibilidad de que se conviertan en problemas mayores.

Así pues, una de las características más importantes de los contratos NEC, es la buena gestión, ello porque los procedimientos han sido diseñados para que su implementación contribuya en la efectividad de la gestión de la obra, no generando un efecto adverso. En este sentido, la estimulación de buenas técnicas de gestión de proyectos viene a ser uno de los objetivos principales de los contratos NEC; en este siempre deberá prevalecer la gestión prospectiva⁶, en la cual se gestionan los problemas antes que se generen disputas

- **FIDIC:** En contraste, los contratos FIDIC distribuyen los riesgos de manera clara y estructurada desde el inicio del contrato. Cada parte asume la responsabilidad por los riesgos inherentes a su rol. Este modelo no fomenta la colaboración directa para gestionar los riesgos, sino que se basa en la asignación predefinida de responsabilidades, lo que puede llevar a disputas si las partes no están de acuerdo sobre quién debe asumir un riesgo imprevisto.

Resolución de Disputas: Prevención vs. Formalidad

- **NEC:** Enfatiza la **prevención** de disputas, mediante mecanismos de resolución temprana. Si bien las partes pueden recurrir al arbitraje, NEC prioriza soluciones colaborativas y el uso de facilitadores externos para evitar que los problemas escalen a disputas formales. Los sistemas de mediación o conciliación pueden ser activados rápidamente para resolver conflictos de forma menos costosa y más eficiente.

⁶ NEC (2013). Notas orientativas para el contrato de Ingeniería y Construcción. Bell & Bail Limited. file:///C:/Users/asfal/Downloads/NEC%203%20%20Notas%20Orientativas%20Contratos%20ECC-1.pdf, p. 32.

- **FIDIC:** aunque también tiene mecanismos de resolución de disputas, se enfoca más en procesos formales. Si surge una disputa, esta se aborda mediante la intervención del ingeniero o un panel de expertos conocido como *Dispute Adjudication Board* (DAB), que evalúa la situación antes de proceder a un arbitraje o litigio. Este enfoque, aunque claro y estructurado, puede resultar más lento y costoso en comparación con el enfoque preventivo de NEC.

Flexibilidad y Adaptabilidad en Proyectos Públicos

- **NEC:** La flexibilidad es uno de los atributos más destacados de los contratos NEC. Esto permite a las partes ajustarse a los cambios en los requerimientos o circunstancias externas del proyecto sin la necesidad de modificar formalmente el contrato. Esta flexibilidad es crucial en proyectos públicos de infraestructura en Perú, donde las condiciones pueden cambiar debido a factores políticos, sociales o ambientales. La estructura colaborativa facilita una mejor administración de los imprevistos, lo cual es esencial en grandes obras públicas.

Sin embargo, con el gran número de contratos estándar que existen, muchas veces las partes se atreven a modificarlos de manera incorrecta o incluso los llenan de manera incorrecta, llevándolos a resultados desastrosos durante el proceso constructivo. Las disputas pueden generarse por la inconsistencia en del contrato modificado, dado que las condiciones particulares introducidas crean problemas donde nunca debieron existir⁷.

- **FIDIC:** Es menos flexible, ya que cualquier cambio en el proyecto debe ser formalizado mediante la emisión de órdenes de cambio o variaciones, que suelen requerir aprobación del cliente o del ingeniero. Aunque esta rigidez puede ser beneficiosa en proyectos donde se requiere una gestión estricta, puede no ser ideal en situaciones donde las condiciones cambian con frecuencia o en entornos que requieren una rápida toma de decisiones.

⁷ Chern, Cyril. (2016). The Law of Construction Disputes. Informa Law.

2. Casos de Éxito y Lecciones Aprendidas

Caso de éxito de NEC: Reconstrucción con Cambios (ARCC), Perú

“El uso de contratos NEC en Perú ha ganado prominencia en el marco del programa Reconstrucción con Cambios (ARCC), una iniciativa de reconstrucción tras los desastres del fenómeno de El Niño Costero en 2017. Este programa, gestionado bajo el acuerdo Gobierno a Gobierno (G2G) con el Reino Unido, fue pionero en la implementación de contratos NEC para asegurar la eficiencia, transparencia y rapidez en la ejecución de obras públicas como carreteras, puentes, escuelas y hospitales. La experiencia de la Reconstrucción con Cambios en Perú es un caso ejemplar del uso efectivo de contratos NEC, destacándose por su flexibilidad y colaboración entre las partes, lo cual permitió abordar las contingencias de manera ágil y eficiente, resultando en una ejecución exitosa de proyectos críticos como carreteras y escuelas”⁸.

Lecciones aprendidas: La colaboración activa entre las partes, el enfoque en la gestión de riesgos y la flexibilidad para adaptarse a las circunstancias cambiantes fueron aspectos clave que permitieron que el modelo NEC superara los desafíos inherentes a la reconstrucción en áreas vulnerables. El mecanismo de Alerta Temprana ayudó a resolver problemas antes de que se convirtieran en obstáculos significativos, evitando así retrasos y sobrecostos. Este éxito marcó un precedente para futuros proyectos públicos en Perú que requieren modelos contractuales ágiles.

Caso de éxito de FIDIC: Línea 2 del Metro de Lima, Perú

El contrato FIDIC fue seleccionado para la construcción de la Línea 2 del Metro de Lima, uno de los proyectos de infraestructura más grandes y ambiciosos en Perú. Este proyecto, financiado en parte por el Banco Interamericano de Desarrollo (BID), se gestionó bajo un contrato FIDIC de Libro Rojo, que es adecuado para proyectos donde el cliente asume la mayor parte de los riesgos y se requiere un control riguroso de la ejecución por parte del ingeniero supervisor.

⁸ Autoridad para la Reconstrucción con Cambios (2020). Informe sobre la implementación del modelo NEC en la reconstrucción de infraestructura. ARCC Informe de Gestión. Recuperado de [sitio web ARCC].

Lecciones aprendidas: El modelo FIDIC proporcionó claridad en la asignación de responsabilidades y permitió una estructura sólida de gestión del proyecto, lo que resultó fundamental en una obra de gran envergadura y alta complejidad técnica. Sin embargo, la rigidez en la gestión de cambios y la resolución de disputas formales conllevó algunos retrasos, lo que subraya la necesidad de adaptar los contratos FIDIC a contextos donde la flexibilidad y la agilidad en la toma de decisiones son esenciales.

V. Desafíos y Beneficios de la incorporación de NEC y FIDIC en Perú

La adopción de contratos estandarizados como NEC (*New Engineering Contract*) y FIDIC (*Fédération Internationale Des Ingénieurs-Conseils*) en el sector público de Perú representa un hito importante en la modernización y optimización de la gestión de proyectos de infraestructura. No obstante, esta incorporación no está exenta de desafíos, especialmente en términos administrativos, legales y culturales, que pueden influir en la efectividad y éxito de la implementación de estos modelos. A pesar de estos retos, los beneficios potenciales que ambos sistemas pueden ofrecer a la mejora de la eficiencia, transparencia y control de costos en proyectos públicos son significativos.

A continuación, se examinan tanto los desafíos que presenta la adopción de NEC y FIDIC en Perú, como los beneficios que estos contratos pueden aportar a la gestión de proyectos públicos. Para este caso, la gestión de riesgos en los contratos NEC se fundamenta en un enfoque proactivo, diseñado para anticipar y mitigar posibles contingencias que puedan impactar en el desarrollo del proyecto. Este enfoque se articula mediante la creación de un Registro de Riesgos, instrumento que identifica, clasifica y asigna responsabilidades sobre los riesgos potenciales, así como la implementación del mecanismo de Alerta Temprana, que facilita la comunicación inmediata entre las partes ante la detección de eventuales problemas. Vemos pues que estas herramientas permiten gestionar los riesgos de manera oportuna y efectiva, minimizando su incidencia negativa en la ejecución del contrato.

1. Desafíos Administrativos, Legales y Culturales en su Adopción

Desafíos Administrativos

La implementación de modelos contractuales internacionales como NEC y FIDIC en Perú implica un cambio significativo en la forma en que se gestionan los proyectos de infraestructura, especialmente en comparación con el sistema tradicional de contratación pública basado en la Ley N°30225 – Ley de Contrataciones del Estado. Entre los desafíos administrativos destacan:

- **Capacitación y especialización del personal:** La complejidad y particularidades de los contratos NEC y FIDIC requieren un conocimiento profundo de su estructura y funcionamiento. Los administradores de contratos, ingenieros, abogados y otros actores involucrados en la gestión de proyectos públicos necesitan capacitación específica para comprender y aplicar eficazmente estos modelos. Esto implica una inversión en la formación del personal para asegurar que estén familiarizados con los términos, las cláusulas y las herramientas que proponen NEC y FIDIC, como la alerta temprana en NEC o el rol del Ingeniero en FIDIC.
- **Cambios en los procedimientos internos:** La adopción de estos contratos demanda un ajuste en los procedimientos internos de las entidades públicas encargadas de la licitación y supervisión de proyectos. NEC, por ejemplo, requiere una mayor colaboración y fluidez en la comunicación entre las partes, lo que puede ser un reto en entornos donde los procesos burocráticos son tradicionales y lentos. La creación y actualización continua del Programa de Obras y del Registro de Riesgos en NEC, o la rigurosa supervisión técnica requerida por FIDIC, requieren una reestructuración interna y, en algunos casos, la creación de nuevas unidades especializadas para su administración.
- **Integración con sistemas locales:** En Perú, la contratación pública sigue un esquema regulado por la Ley de Contrataciones del Estado. Si bien los contratos NEC han sido utilizados con éxito en proyectos bajo la modalidad de Gobierno a Gobierno (G2G), la integración de estos modelos en la contratación pública general implica que las autoridades

locales deben asegurar que los contratos sean compatibles con el marco normativo nacional. Esto puede generar tensiones administrativas, ya que las disposiciones del NEC o FIDIC pueden requerir adaptaciones específicas para ajustarse a las regulaciones locales, como las relativas a licitaciones, modificaciones de contrato y resolución de disputas.

Desafíos Legales

“La adaptación de los contratos NEC y FIDIC a la normativa peruana representa un desafío importante. Aunque su estructura promueve la eficiencia y la mitigación de riesgos, se requiere ajustes para alinearlos a las disposiciones locales y garantizar su implementación bajo el marco normativo vigente en el país” (Contraloría General de la República del Perú, 2020; Banco Mundial, 2015). Los aspectos legales también representan un obstáculo relevante en la adopción de estos contratos internacionales en el contexto peruano:

- **Adaptación a la legislación local:** Si bien los contratos NEC y FIDIC son ampliamente utilizados en proyectos internacionales, es necesario adecuarlos al marco legal peruano, lo que puede implicar modificaciones en algunas de sus cláusulas para asegurar su cumplimiento con las leyes nacionales. Por ejemplo, las disposiciones sobre la resolución de disputas, las penalidades por incumplimiento y los mecanismos de modificación contractual pueden diferir de las estipulaciones presentes en la normativa peruana, lo que genera la necesidad de contar con asesoría legal especializada para adaptar los contratos a la jurisdicción local.
- **Resolución de disputas:** Los contratos FIDIC, en particular, prevén mecanismos formales de resolución de disputas, como el uso del *Dispute Adjudication Board* (DAB) o el arbitraje internacional. En el contexto peruano, estos mecanismos pueden entrar en conflicto con las disposiciones locales sobre la resolución de controversias, especialmente si las partes desean recurrir a tribunales nacionales o a arbitrajes locales en lugar de mecanismos internacionales. La adopción de contratos NEC y FIDIC requerirá un marco claro y adaptado para gestionar conflictos que surjan en proyectos públicos en Perú.

Desafíos Culturales

Los desafíos culturales también juegan un papel clave en la adopción de estos contratos en Perú:

- **Resistencia al cambio:** La implementación de modelos contractuales internacionales que fomentan la colaboración y la flexibilidad, como NEC, puede encontrarse con resistencia en contextos donde la relación entre cliente y contratista ha sido tradicionalmente adversarial. En muchos casos, las partes están acostumbradas a operar bajo un esquema jerárquico y rígido, por lo que la adopción de un enfoque colaborativo puede requerir un cambio de mentalidad que no siempre es fácil de implementar. La cultura de comunicación abierta y proactiva que promueve NEC contrasta con la práctica tradicional de muchas organizaciones públicas en Perú, donde prevalece una mayor formalidad y burocracia.
- **Comprensión de roles y responsabilidades:** Tanto NEC como FIDIC definen claramente los roles de las partes involucradas, pero la adopción de estos modelos puede ser difícil de asimilar en un entorno en el que las responsabilidades no siempre han estado tan claramente definidas. En FIDIC, el papel del ingeniero es clave en la gestión del proyecto, pero esta figura puede ser percibida con recelo si no existe un entendimiento claro de su rol como autoridad imparcial entre el cliente y el contratista.

VI. Beneficios Potenciales para la Optimización de Proyectos Públicos

A pesar de los desafíos mencionados, la incorporación de los contratos NEC y FIDIC en Perú ofrece una serie de beneficios potenciales que pueden optimizar la gestión de proyectos de infraestructura pública, mejorando la eficiencia y reduciendo los riesgos.

1. Mejora en la Gestión de Proyectos y Colaboración

- **NEC:** El enfoque colaborativo de NEC facilita una gestión de proyectos más dinámica y eficiente. La introducción del Alerta Temprana y del Programa de Obras permite que las partes anticipen y aborden problemas potenciales de manera rápida y conjunta. Esto no solo reduce el tiempo de respuesta ante imprevistos, sino que también minimiza la posibilidad de que surjan disputas, lo que se traduce en una mayor estabilidad y continuidad en la ejecución de los proyectos públicos. Esta metodología es especialmente valiosa en proyectos de infraestructura complejos, donde los riesgos pueden cambiar a lo largo del tiempo.
- **FIDIC:** La claridad en la asignación de responsabilidades en los contratos FIDIC mejora el control sobre las diferentes fases del proyecto. Al establecer un marco claro para la toma de decisiones, FIDIC asegura que cada parte sepa exactamente cuáles son sus obligaciones y qué se espera de ellas. Esta previsibilidad es crucial en grandes proyectos de infraestructura pública donde el cumplimiento estricto de plazos y especificaciones es esencial.

Los contratos pueden ser siempre mejorados, pero un buen contrato será aquel que calce con la normativa local, sea claro e incorpore las lecciones aprendidas de proyectos anteriores. Los contratos estándar internacionales, en cambio, son por definición deslocalizados, redactados de manera que puedan ser usados en muchos países, muchos no tienen una traducción oficial al español o esta es deficiente y no considera las particularidades de la realidad nacional ni incorporan las lecciones aprendidas de proyecto a proyecto. En tal sentido, sería más adecuado generar mejores modelos de contratos nacionales, inspirados en las buenas prácticas locales e internacionales, que creer que un contrato modelo internacional hará una gran diferencia. Adicionalmente, al igual que con las normas, sin dejar de lado la importancia de contar con un buen contrato, lo principal es que el equipo que lo aplica sea razonable, competente, capacitado, empoderado y comprometido⁹.

⁹ Franco, E. ¿Cuál es la clave para incrementar la capacidad y la calidad del gasto en la inversión pública? *Revista Negocios Internacionales*, 24(269), 17-18.

De nada sirve un contrato muy sofisticado si las partes que lo suscriben no lo entienden y no logran ejecutarlo debidamente. Carece de sentido obligarse a un texto contractual estandarizado que no se conoce y las partes no han revisado y comprendido los pactos a los que están arribando. Esta situación puede generar que finalmente el contrato no cumpla sus objetivos y no sea un instrumento eficiente de gestión, sino únicamente una fuente de disputas¹⁰.

2. Optimización de Costos y Reducción de Sobrecostos

- **NEC:** El sistema de gestión de riesgos colaborativo en NEC, a través del Registro de Riesgos, ayuda a identificar y mitigar riesgos antes de que afecten los costos del proyecto. Esto resulta en una reducción significativa de los sobrecostos derivados de imprevistos, algo que ha sido un problema recurrente en la ejecución de proyectos públicos en Perú. Además, el monitoreo continuo del presupuesto y los costos mediante el Programa de Obras asegura un mayor control financiero. Sobre estos sobrecostos, tenemos por ejemplo la reducción de costos de transacción, siendo que en el ámbito de la construcción se han desarrollado diferentes modelos de contratos internacionales que simplifican la coordinación de las relaciones entre las partes involucradas, disminuyendo significativamente la pérdida de recursos que implica la extensa negociación de todos los aspectos del contrato y permitiendo el impulso de la dinámica del sector¹¹.
- **FIDIC:** Los contratos FIDIC, al asignar claramente los riesgos desde el principio, permiten a las partes gestionar sus presupuestos con mayor precisión. Al saber de antemano qué riesgos recaen sobre cada parte, se puede prever un plan financiero más sólido y transparente. Aunque la flexibilidad en FIDIC es menor que en NEC, su rigidez en la gestión de cambios y responsabilidades asegura que los costos estén claramente definidos, lo que minimiza la posibilidad de desviaciones.

¹⁰ Medina, J. (2021). Los proyectos especiales de inversión pública y el modelo de ejecución de inversiones públicas: revisión de las herramientas que pueden emplearse para mejorar las contrataciones del Estado. IUS ET VERITAS, (62), 131-151.

¹¹ Medina, J. (2019). El Acuerdo de Gobierno a Gobierno y los Contratos NEC: ¿Soluciones a las deficiencias de la normativa de contrataciones del Estado que puedan ser replicadas por todas las entidades? IUS ET VERITAS, (58), 110-127.

3. Transparencia y Reducción de Conflictos

- **NEC:** El enfoque preventivo de NEC en la resolución de conflictos mediante la Alerta Temprana y los mecanismos de resolución temprana, como la mediación, ayuda a mantener la transparencia y a reducir los conflictos entre las partes. Este enfoque es especialmente relevante en el contexto de la infraestructura pública, donde los conflictos pueden llevar a largos retrasos y sobrecostos si no se manejan adecuadamente.
- **FIDIC:** Aunque FIDIC sigue un enfoque más formal para la resolución de disputas, el uso de mecanismos como el *Dispute Adjudication Board* (DAB) proporciona una estructura clara para resolver conflictos antes de que escalen a arbitrajes o litigios. Este enfoque asegura que las disputas se manejen de manera estructurada y previsible, reduciendo las incertidumbres que puedan afectar el progreso del proyecto.

VII. Bibliografía

- Autoridad para la Reconstrucción con Cambios (2020). Informe sobre la implementación del modelo NEC en la reconstrucción de infraestructura. *ARCC Informe de Gestión*. Recuperado de [sitio web ARCC].
- Ashworth, A., Hogg, K. y Higgs, C. (2013). *La práctica y el procedimiento de Willis para el perito en medición*. John Wiley & Sons.
- Banco Mundial. (2015). *Perú - Evaluación del Gasto Público y Responsabilidad Financiera (PEFA)*. Recuperado de [sitio web del Banco Mundial].
- Bankole, TO, y Fellows, R. (2016). Impacto de NEC3 en los resultados del proyecto. *Economía de la construcción y edificación*, 16(4), 20-33.
- Chappell, D. (2015). *Reclamaciones por contratos de construcción*. John Wiley & Sons.
- Chern, Cyril. (2016). *The Law of Construction Disputes*. Informa Law.
- Contraloría General de la República del Perú. (2020). Informe de supervisión sobre proyectos de infraestructura pública. *Boletín Oficial*.
- De Almagro, I., & Klee, L. (2017) *Los contratos Internacionales de Construcción. FIDIC. La Ley*.

- FIDIC. (2017). *Guía de contratos de la FIDIC: Primera edición 1999; Libros Rojo, Amarillo y Plateado*. FIDIC.
- Figueroa Valdés (2016). Los contratos de construcción FIDIC al derecho chileno. Universidad de los Andes.
- Hughes, W., Champion, R., y Murdoch, J. (2015). *Contratos de construcción: Derecho y gestión*. Routledge.
- Johnson, Weis y Hurtado (2020): Particularidades de los Contratos NEC. Opportunities, British peruvian Chamber of Commerce, N° 1, vol. N° 81.
- Kumaraswamy, MM y Anvuur, AM (2008). Selección de equipos sostenibles para proyectos PPP. *Building and Environment*, 43(6), 999-1009.
- Medina, J. (2019). El Acuerdo de Gobierno a Gobierno y los Contratos NEC: ¿Soluciones a las deficiencias de la normativa de contrataciones del Estado que puedan ser replicadas por todas las entidades? *IUS ET VERITAS*, (58), 110-127.
- Medina, J. (2021). Los proyectos especiales de inversión pública y el modelo de ejecución de inversiones públicas: revisión de las herramientas que pueden emplearse para mejorar las contrataciones del Estado. *IUS ET VERITAS*, (62), 131-151.
- Oyegoke, AS, Dickinson, M., y Khalfan, MMA (2009). Un estudio comparativo de los sistemas de adquisiciones de proyectos en el Reino Unido. *Revista internacional de gestión de proyectos en los negocios*, 2(3), 338-356.

Una reflexión en torno a la arbitrabilidad de las disputas bajo acuerdos de protección de inversiones. Nota al Auto del TSJM de 18 de junio de 2024

JOSÉ ÁNGEL RUEDA GARCÍA

DOCTOR EN DERECHO. ABOGADO. SOCIO DE CUATRECASAS

Resumen: El Auto del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (TSJM) de 18 de junio de 2024 otorgó el exequátur al laudo arbitral dictado en el caso *Strabag SE c. Libia* bajo el APPRI Austria-Libia. La disputa derivaba de los daños sufridos por la demandante por la insurrección en Libia en 2011 que provocó incumplimientos en seis contratos de construcción. El TSJM aplicó correctamente el Convenio de Nueva York al exequátur del laudo, dictado bajo el Mecanismo Complementario del CIADI, validando en particular la arbitrabilidad de la disputa bajo la Ley de Arbitraje española. Aunque el resultado es acertado, siendo la primera vez que en España se aplica el Convenio a un laudo no CIADI de arbitraje de protección de inversiones bajo un APPRI, el TSJM podría haber proporcionado un análisis distinto a la arbitrabilidad de la controversia habida cuenta de que el inversor no era parte en los contratos y que invocó varios estándares de protección de inversiones recogidos en el APPRI.

Palabras clave: APPRI, arbitraje de inversiones, Convenio de Nueva York, arbitrabilidad, TSJ de Madrid.

Abstract: The Order of the Superior Court of Justice of Madrid (SCJ of Madrid) of June 18, 2024, granted the exequatur to the arbitral award issued in *Strabag SE v. Libya* under the Austria-Libya BIT. The dispute arose from the damages suffered by the claimant due to the insurrection in Libya in 2011, which caused breaches in six construction contracts. The SCJ of Madrid correctly applied the New York Convention to the exequatur of the award, issued under the ICSID Additional Facility, particularly validating the arbitrability of the dispute under the Spanish Arbitration Law. Although the outcome is correct, being the first time in Spain that the Convention is applied to a non-ICSID investment protection arbitration award under a BIT, the SCJ of Madrid could have provided a different analysis of the arbitrability of the dispute given that the investor was not a party to the contracts and that it invoked several investment protection standards contained in the BIT.

Keywords: BIT, investment arbitration, New York Convention, arbitrability, SCJ of Madrid.

I. Introducción

Mediante Auto de 18 de junio de 2024¹, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid (TSJM) otorgó el executur a un Laudo arbitral dictado el 29 de junio de 2020 en el asunto *Strabag SE c. Libia* (caso CIADI No. ARB(AF)/15/1)². La demandante había aceptado la oferta de arbitraje realizada por el Estado demandado en el art. 12.1 del acuerdo de protección de inversiones (APPRI) existente entre Austria y Libia de 18 de junio de 2002³. Según figura en el Laudo, la controversia entre las partes surgió como consecuencia de la insurrección que se alzó contra el régimen del coronel Gaddafi en 2011 y el caos y la ola de violencia que afectaron a Libia en los años posteriores y que impidieron el normal cumplimiento de ciertos contratos de construcción. Conforme a la parte dispositiva del Laudo, Libia fue condenada a pagar a la demandante casi 75 millones de euros más costas e intereses. La demandante instó el reconocimiento y la ejecución del Laudo en España⁴.

El Auto en cuestión es relevante por las consideraciones que hace a la luz del Convenio de Nueva York de 10 de junio de 1958 en la primera ocasión que se sepa que el Convenio se usa en España para reconocer un laudo extranjero emanado de un arbitraje de protección de inversiones exteriores bajo un APPRI. No obstante, la resolución deja sin resolver o al menos explicar algunas cuestiones que, a nuestro juicio, podrían haber otorgado al Auto un plus de contundencia para reforzar el fallo. Por lo demás, el Ministerio Fiscal estuvo de acuerdo con la concesión del executur mientras que Libia no participó en el procedimiento y fue declarada en rebeldía tras haberle sido notificada la comisión rogatoria dictada al efecto⁵, por lo que el TSJM alcanzó con facilidad un resultado que compartimos, aunque al que habríamos llegado en parte por otra vía.

¹ ATSJ M 36/2024 (Ponente: Ilmo. Sr. José Manuel Suárez Robledano) (ECLI:ES:TSJM:2024:36A).

² Laudo disponible en <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw11829.pdf>. Todas las páginas web fueron consultadas el 31 de diciembre de 2024.

³ Disponible en <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/199/download>

⁴ También consta que lo intentó en Austria, afrontando dificultades jurídicas puestas en la Decisión (*Beschluss*) del Tribunal Supremo austriaco de 8 de septiembre de 2022, disponible en <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw181770.pdf>

⁵ El Auto recalcó que se habían respetado los derechos procesales de Libia al habersele entregado correctamente la documentación que contenía la solicitud de executur del Laudo (FJ 3.c).

II. La aplicación del convenio de Nueva York a un laudo arbitral dictado bajo un APPRI

A continuación, nos detendremos en tres aspectos del caso en los que el Auto aplica el Convenio de Nueva York al reconocimiento del Laudo.

1. Sobre el uso del Convenio de Nueva York en casos de laudos dictados bajo el Mecanismo Complementario del CIADI

En primer lugar, hay que señalar que la aplicación del Convenio de Nueva York a la solicitud de otorgamiento del executur del Laudo es correcta por cuanto el caso, a pesar de haber sido administrado por el CIADI (en palabras del TSJM, “dictado por el Tribunal Arbitral designado por el CIADI”), se había tramitado conforme al Reglamento del Mecanismo Complementario del Centro (“AF” en inglés en el número del procedimiento arbitral).

Es bien sabido que a este tipo de procedimientos arbitrales no le es de aplicación ninguna de las disposiciones del Convenio constitutivo del CIADI⁶. Por lo tanto, el Laudo fue tratado como cualquier otro laudo de un arbitraje no CIADI en cuanto a (i) su anulación por los tribunales del Estado de la sede⁷, no por una comisión *ad hoc* constituida bajo el art. 52 del Convenio CIADI; y (ii) a su reconocimiento y ejecución en un Estado distinto del de la sede del arbitraje (en este caso España) y con la aplicación del Convenio de Nueva York para la obtención del executur, sin la exención de este que permite el art. 54 del Convenio CIADI sobre las obligaciones pecuniarias incluidas en el laudo.

⁶ Vid. art. 3 del Reglamento del Mecanismo Complementario del CIADI (versión de 2006): “Inaplicabilidad del Convenio. Puesto que los procedimientos previstos en el Artículo 2 están fuera de la competencia del Centro, ninguna de las disposiciones del Convenio será aplicable a dichos procedimientos ni a las recomendaciones, laudos o informes que se pronuncien o formulen en ellos”; disponible en https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/amendments/AFR_%202006_Spanish_final.pdf

⁷ Consta en el Antecedente Primero del Auto que la sede del arbitraje fue Washington, D.C. (fijada de hecho por el tribunal arbitral mediante resolución procesal al comienzo del procedimiento; *vid.* Laudo, párr. 19); y que la solicitud de anulación del laudo presentada por Libia fue rechazada por la Corte de Distrito del Distrito de Columbia y por la Corte de Apelaciones del Circuito del Distrito de Columbia; *vid. infra* nota 11.

2. Sobre los requisitos del art. IV del Convenio de Nueva York

En segundo lugar, la aplicación por el TSJM de los requisitos de forma previstos en el art. IV del Convenio fue pacífica, aunque en el Auto pasa por alto la trascendencia de los mismos en un arbitraje bajo un APPRI en comparación con un arbitraje comercial típico.

Por un lado, en la primera parte del FJ 2 el TSJM reprodujo el contenido de esa disposición, mencionó en apoyo el art. 54.4.a) de la Ley 29/2015, de 30 de julio, de Cooperación Jurídica Internacional, en cuanto al requisito de la originalidad del título; y concluyó que “en el presente caso, se han cumplido los citados requisitos, como cabe comprobar en las actuaciones”. No obstante, no debemos dejar de destacar que de esta manera el TSJM ha validado, como no podía ser de otra manera, que un laudo dictado al amparo del Reglamento del Mecanismo Complementario del CIADI y certificado por la Secretaria General del CIADI, al igual que esta hace con los laudos dictados bajo el Convenio CIADI, cumple con el requisito del art. IV.1.a) del Convenio de Nueva York respecto de la presentación junto con la demanda “del original debidamente autenticado de la sentencia o una copia de ese original que reúna las condiciones requeridas para su autenticidad”.

En cualquier caso, debemos advertir que esa certificación tiene un valor jurídico mucho mayor en el arbitraje puro CIADI, al convertir al laudo en cuestión automáticamente en un título ejecutivo que no necesita un *execuátur* posterior para su ejecución forzosa⁸, lo que no es de aplicación en este caso concreto.

Por otro lado, el Auto no indica de qué forma la demandante cumplió con el requisito previsto en el art. IV.1.b) del Convenio de Nueva York de presentar igualmente “el original del acuerdo a que se refiere el artículo II, o una copia que reúna las condiciones requeridas para su autenticidad”. Como hemos indicado, el convenio arbitral en este tipo de casos parte de un consentimiento dissociado de las partes: el Estado receptor de la inversión ofrece la posibilidad de resolver las disputas bajo el APPRI mediante arbitraje en el propio tratado y el inversor lo acepta en un momento posterior, sea en la carta de inicio del

⁸ *Vid.* Rueda García, J.A.: “Lecciones aprendidas del reconocimiento y la ejecución forzosa en la Unión Europea de laudos arbitrales dictados bajo el Convenio del CIADI: de la ausencia de *execuátur* a la no ejecución del título”, en Arias, D. (coord.), *Miguel Ángel Fernández-Ballesteros. Liber amicorum*, CEIA, 2024, Tomo II, pp. 1919-1921.

período de negociación previo al arbitraje sea (muy frecuentemente) en la solicitud de arbitraje⁹. Desconocemos lo que se hizo y, por tanto, qué es lo que el TSJM consideró válido a los efectos de cumplir con los requisitos del Convenio de Nueva York; entendemos que podría valer, por ejemplo, la presentación de una copia de la publicación oficial del APPRI (su art. 12.1 menciona el consentimiento incondicional de Libia a un arbitraje iniciado por un inversor austriaco bajo el art. 11.2 del mismo) y una copia de la solicitud de arbitraje, ambas debidamente traducidas.

3. Sobre la arbitrabilidad de la controversia y la contravención del orden público español

En tercer lugar, y lo que es más importante para esta Nota, el TSJM correctamente aplicó de oficio el art. V.2 del Convenio de Nueva York a efectos de comprobar si, según la Ley española, el objeto de la diferencia era susceptible de solución por vía de arbitraje (letra a)) y si el reconocimiento o la ejecución del Laudo sería contrario al orden público español (letra b)). Ahora bien, mientras que el TSJM adoptó un criterio de prudencia al adoptar con fidelidad las pautas del Tribunal Constitucional sobre el concepto del orden público en el arbitraje, en materia de la arbitrabilidad de la controversia el órgano judicial obvió muchos aspectos que habrían merecido un análisis más refinado que le habrían llevado a la misma conclusión.

Arbitrabilidad: arbitraje comercial, ley española, arbitraje de inversiones y APPRIs

Empezando con la arbitrabilidad, de manera muy escueta el TSJM entendió que la cuestión litigiosa sometida al tribunal arbitral dimanaba de las disputas surgidas en el marco de dos contratos firmados entre la demandante y Libia para la construcción de carreteras en las ciudades libias de Bengasi y Misurata en 2006 y 2007 (FJ 3.a) y, más en concreto, “al incumplimiento de algunas demandas y que la responsabilidad por las sumas adeudadas se compense contra

⁹ Eso parece ser lo que sucedió en este caso. *Vid.* Laudo, párr. 210, donde se indica que la demandante prestó su consentimiento en la solicitud de arbitraje.

los saldos no recuperados de los anticipos concedidos a la demandante al inicio de la ejecución de los contratos” (FJ 1). Sin mayor análisis, el TSJM concluyó que la cuestión era perfectamente arbitrable conforme al art. 2.1. de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje (FJ 3.a).

Empero, como siempre surge en un caso bajo un APPRI y confirma la lectura sosegada del Laudo, el caso no se planteó sin más por la demandante en términos puramente comerciales o contractuales en el sentido de que la demandante acusara a Libia de incumplir los contratos y de infringir, por tanto, el Derecho libio aplicable por expresa elección de las partes (*contract claim*). Sin perjuicio de que el sustento fáctico era en efecto una disputa sobre el cumplimiento de contratos de construcción, estamos en cambio ante una compleja reclamación jurídica por infracciones de las protecciones materiales prometidas por el Estado al inversor en el APPRI (*treaty claim*) con todos los requisitos que un caso así debe cumplir. Nos limitaremos a señalar tres puntos para resaltar sus diferencias con un caso comercial ordinario y que el Auto no incluye.

Primero, como se aprecia en el Laudo, la demandante (una sociedad austriaca) no era parte en ninguno de los contratos discutidos en el arbitraje. De un lado, los dos contratos a los que se refiere el Auto por su nombre (Bengasi y Misurata) habían sido celebrados por su filial alemana (de la que tenía el 100%), mientras que otros cuatro contratos que el Auto menciona de pasada y que se explican en el Laudo fueron firmados con posterioridad a los dos primeros por una sociedad *joint venture* libia en la que esa filial alemana tenía un porcentaje de participación mayoritario (60%) y a la que además le fueron cedidos luego los contratos de Bengasi y Misurata. De otro lado, las contrapartes libias eran varios órganos y agencias del Estado¹⁰. No había, ni mucho menos, una situación de relación contractual directa (en términos anglosajones y de Derecho internacional de inversiones, de *privity*) entre la demandante y Libia, en contraposición con un arbitraje comercial entre las partes de un contrato.

Segundo, las objeciones a la jurisdicción del tribunal presentadas por Libia y su resolución sugieren que el tratamiento del caso no fue ni pudo haber sido el de una mera relación contractual con un convenio arbitral al uso¹¹. Así, el tribu-

¹⁰ Vid. Laudo párrs. 4-8 y 58-60.

¹¹ En su Orden de 30 de septiembre de 2021 la Corte de Distrito del Distrito de Columbia rechazó la solicitud de Libia de anular el laudo precisamente por el complejo razonamiento que hizo el tribunal en el Laudo sobre su competencia bajo el APPRI; *vid.* la Orden en <https://www.italaw.com/sites/>

nal arbitral se declaró competente para conocer del caso confirmando (i) que la demandante había realizado en Libia una inversión (de acuerdo con la definición de tal en el APPRI) por el mero hecho de ser accionista indirecta en la sociedad *joint venture* titular de los contratos¹²; (ii) que la demandante era inversora en Libia (de acuerdo con la definición de tal en el APPRI) aun habiendo utilizando a su subsidiaria alemana para realizar su inversión indirecta en Libia¹³; (iii) que la demandante tenía legitimación activa para reclamar en el arbitraje los daños sufridos por la sociedad *joint venture* pero limitados a su porcentaje indirecto de participación en la sociedad (100% de 60%)¹⁴; y (iv) que la demandante podía invocar la cláusula paraguas recogida en el art. 8.1 del APPRI por los incumplimientos de los contratos por parte de las entidades libias aunque no fuera parte en los mismos, según la lectura dada por el tribunal a la cláusula paraguas (por tanto, con ausencia de *privity*)¹⁵. Por si lo anterior fuera poco, añadiremos que los contratos no contenían convenio arbitral alguno sino cláusulas de sumisión a los tribunales de Libia, que el tribunal arbitral dispuso a la demandante de cumplir habida cuenta del panorama de caos y guerra civil en ese país¹⁶.

Tercero, las reclamaciones de la demandante se formularon como infracciones de seis de las protecciones materiales del APPRI hacia el inversor austriaco; por economía procesal el tribunal se limitó a resolver la disputa bajo la cláusula de compensación por los daños a la propiedad en caso de conflicto armado (art. 5.2) y la citada cláusula paraguas (art. 8.1)¹⁷. Desde luego la primera de ellas y en cierta medida también la segunda, presentan diferencias evidentes con un arbitraje comercial¹⁸.

default/files/case-documents/italaw180845.pdf, pp. 9-10. La Sentencia de 27 de mayo de 2022 de la Corte de Apelaciones del Circuito del Distrito de Columbia que rechazó la apelación de Libia contra la Orden se centró en otros motivos de anulación del laudo; *vid.* <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw170277.pdf>

¹² *Ibid.*, párr. 108.

¹³ *Ibid.*, párr. 119.

¹⁴ *Ibid.*, párrs. 126-135.

¹⁵ *Ibid.*, párrs. 161-188.

¹⁶ *Ibid.*, párrs. 195-208.

¹⁷ *Ibid.*, párrs. 211-241.

¹⁸ Es cierto que las reclamaciones bajo la cláusula paraguas en este caso estaban prácticamente asimiladas a una disputa privada por cuanto el art. 14.2 del APPRI Austria-Libia indica que esas reclamaciones se ventilarían, salvo acuerdo en contrario, bajo el Derecho del Estado contratante parte en la disputa y la ley pactada en los contratos. No obstante, la demandante solo pudo reclamar los daños

¿Significa todo lo anterior que la controversia de este caso no se refiere a “materias de libre disposición conforme a derecho” según el Derecho español, como exige el art. 2.1 de la Ley de Arbitraje? Evidentemente no. La arbitrabilidad objetiva se extiende de manera creciente a las controversias de Derecho público, en donde presenta un carácter dinámico¹⁹, y en el que el arbitraje de protección de inversiones bajo APPRIs tiene un papel preponderante. Veamos tres elementos que refuerzan la conclusión de la arbitrabilidad de esta disputa bajo el prisma español.

1. Como la mayoría de Estados del mundo, España es parte en numerosos APPRIs que permiten que este tipo de supuesto de hecho sea sometido a un arbitraje regido por el Derecho internacional público, incluso sin la existencia de un contrato en el que el inversor tenga algún tipo de participación. Sin ir más lejos, España tiene en vigor un APPRI con Libia²⁰ que contiene muchos de los estándares de protección de inversiones invocados por la demandante bajo el APPRI Austria-Libia y eventualmente podría haber sido utilizado por un inversor español en una situación similar al tiempo de la caída de Gaddafi. Por tanto, España ha establecido en numerosos instrumentos normativos negociados con otros Estados soberanos que esta materia es arbitrable.
2. En la misma línea hay que recordar que numerosos Estados, concedores de que el arbitraje de inversiones bajo APPRIs escapa notablemente de las consideraciones clásicas sobre la arbitrabilidad, han incluido en muchos de sus APPRIs cláusulas específicas en las que declaran que las disputas sometidas al amparo de estos tratados cumplen con los requisitos del Convenio de Nueva York. En el caso de España se puede citar el art. XVII.5 del APPRI con México en vigor (“para los efectos del Artículo I de la Convención de Nueva York, se considerará que la reclamación que se somete a arbitraje conforme a esta Sección surge de una relación u operación

equivalentes a su porcentaje de participación indirecta en los contratos (60%) y así se ve reflejado en la sección de cuantificación del Laudo (párrs. 977-979).

¹⁹ Gómez Jene, M., *Arbitraje Comercial Internacional*, Civitas, 2ª. ed., 2023, pp. 153-186, numeral 5.32.

²⁰ APPRI España-Libia, hecho en Madrid el 17 de diciembre de 2007 (BOE núm. 237, de 1 de octubre de 2009).

comercial”²¹) como muestra de la intención de las partes contratantes de evitar los efectos de la reserva comercial que limita los laudos que pueden beneficiarse del régimen de ejecución del Convenio de Nueva York²². Aunque no sea una disposición habitual en la práctica convencional española en materia de APPRI, puede utilizarse como un indicio más de la postura de España a favor de la arbitrabilidad de estas disputas.

3. Consta en el Auto que el TSJM solicitó y obtuvo el preceptivo informe del Ministerio de Asuntos Exteriores, Unión Europea y Cooperación ex art. 27.2 de la Ley 29/2015 sobre la potencial inmunidad de jurisdicción y de ejecución de Libia en este caso. Aunque el informe no es público, es posible elucubrar que el Ministerio siguió en él la tesis de la falta de inmunidad del Estado extranjero por aplicación del art. 16 de la Ley Orgánica 16/2015, de 27 de octubre, sobre privilegios e inmunidades de los Estados extranjeros, que ha venido manteniendo cada vez que tiene que pronunciarse en procedimientos judiciales sobre anulación o reconocimiento y ejecución de laudos²³. Ese art. 16 se refiere a supuestos “cuando un Estado extranjero haya convenido con una persona natural o jurídica nacional de otro Estado la sumisión a arbitraje de toda controversia relativa a una transacción mercantil” y el Ministerio no ha dudado en extender su aplicación a casos en que la disputa tenía un perfil puramente vertical, administrativo o extracontractual entre el inversor y el Estado²⁴. Por tanto, se puede decir que en el plano diplo-

²¹ APPRI España-México, hecho en Ciudad de México el 10 de octubre de 2006 (*BOE* núm. 81, de 3 de abril de 2008).

²² Art. I.3 del Convenio de Nueva York: “En el momento de firmar o de ratificar la presente Convención, de adherirse a ella o de hacer la notificación de su extensión prevista en el artículo X, todo Estado podrá (...) también declarar que sólo aplicará la Convención a los litigios surgidos de relaciones jurídicas, sean o no contractuales, consideradas comerciales por su derecho interno”.

²³ *Vid.*, por ejemplo, Herías Hernández, B.M., “Consideraciones acerca de la inmunidad de jurisdicción y ejecución a propósito del ejecutivo de dos laudos arbitrales internacionales en España”, *Arbitraje*, 2017 (1), pp. 191-202.

²⁴ Véase el Informe de 14 de diciembre de 2022 del Ministerio de Asuntos Exteriores, Unión Europea y Cooperación en relación con la ejecución en España del laudo CIADI dictado en el celeberrimo asunto *Víctor Pey Casado c. Chile* (párrs. 14-16), disponible en <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw181534.pdf>

mático España mantiene una práctica uniforme y constante en pro del reconocimiento de la arbitrabilidad de estas disputas complementando las normas de Derecho internacional consuetudinario reflejadas en la Ley Orgánica de Inmidades.

Por todo lo anterior, para este tipo de casos sujetos a un APPRI el concepto de arbitrabilidad de la Ley de Arbitraje debe completarse, por aplicación de los artículos 94 y 96.1 de la Constitución Española, con los APPRIs celebrados por España y la práctica diplomática española para concluir sin dificultad que el objeto de la diferencia es susceptible de solución por vía de arbitraje. Sirva esto de propuesta alternativa para llegar al mismo resultado del TSJM en el Auto.

Orden público

El TSJM también examinó de oficio la potencial contravención del Laudo con el orden público español. En este punto afortunadamente el Auto no innovó, sino que se basó en la perfectamente conocida línea jurisprudencial establecida por el Tribunal Constitucional en los últimos años sobre el contenido material y procesal del orden público español (SSTC 46/2020, de 15 de junio; 17/2021, de 15 de febrero; 55/2021, de 15 de marzo; y 65/2021, de 15 de marzo) al que le ha dado una interpretación restrictiva en sede de anulación de laudos.

A la vista del contenido del Laudo, y a los efectos del otorgamiento del ejecutivo, el TSJM no tuvo dudas en descartar que durante el procedimiento arbitral del que derivaba el Laudo “se hayan vulnerado derechos fundamentales, en orden al derecho de defensa, igualdad, bilateralidad, contradicción y prueba, de la demandada” (FJ 4) y concluyó que “no hay razones para dudar de la correcta actuación del Tribunal Arbitral del CIADI y de que las actuaciones realizadas con las partes y en particular con la parte demandada, han tenido lugar, lo que pone de relieve, otra vez, la ausencia de infracción del orden público procesal. No tenemos por qué dudar de que el procedimiento arbitral, seguido ante el referido Tribunal en Washington D.C., se ajustó a las garantías procesales básicas referidas, en materia, entre otras de comunicaciones, notificaciones y emplazamiento” (FJ 5). No hay nada que objetar a esta conclusión del TSJM.

III. Conclusión

El Auto comentado representa un hito significativo en la aplicación del Convenio de Nueva York en España para el reconocimiento de laudos arbitrales no CIADI en disputas de inversión bajo APPRI. Sin embargo, su análisis revela que el TSJM podría haber proporcionado un razonamiento más detallado en ciertos aspectos especialmente en lo que respecta a la arbitrabilidad de una controversia que *prima facie* parecía ser una simple disputa entre dos partes de varios contratos de construcción. Está por ver qué criterio siguen los tribunales españoles cuando se enfrenten al reconocimiento de otros laudos que provengan de una disputa netamente vertical, administrativa o extracontractual.

Reflexiones jurídicas actuales a partir de arbitrajes históricos. Las focas de Alaska

JORDI SELLARÉS SERRA

SECRETARIO GENERAL DEL COMITÉ ESPAÑOL DE LA CÁMARA DE COMERCIO INTERNACIONAL (BARCELONA)

Resumen: Una disputa entre Estados Unidos y el Reino Unido por los límites de las aguas contiguas en la costa oeste, la de Canadá y Alaska, comprada a Rusia y sucediéndola en derechos, los apresamientos de pesqueros por Estados Unidos y la regulación de las capturas de focas, que será la primera consideración medioambiental de la Historia, se resuelven en un laudo arbitral breve por un tribunal multinacional de siete árbitros a finales del siglo XIX.

Palabras clave: Arbitraje, Medio Ambiente, Focas, Fronteras, Caza

Abstract: A border dispute between the United States and the United Kingdom, regarding the limits of jurisdictional water of Canada and Alaska, which the US bought to Russia and succeeded in rights, the fishing ships arrested by the United States, and the first ever consideration of environmental issues in the regulation of the catch of seals, are solved in a short arbitral award by a multinational tribunal of seven arbitrators at the end of the 19th century.

Keywords: Arbitration, Environment, Seals, Borders, Hunting

I. Las focas de Alaska

1. El Derecho medioambiental nació en un arbitraje para proteger a las focas

Mucho antes de que los Congresos de La Haya de 1899 y 1907 crearan la Corte Permanente de Arbitraje, antes de que las Naciones Unidas empezaran en Estocolmo en 1972 a plantear la protección debida al medio ambiente como una cuestión de interés universal, más de diez años antes incluso que Suecia y

Noruega se separaran en dos Estados en 1905, el primer texto obligatorio en que se tenía muy presente el necesario equilibrio ecológico fue un laudo arbitral en un pleito sobre la caza de focas o leones marinos. Los cazadores de Canadá y Alaska estuvieron a punto de diezmar la especie.

Ese laudo arbitral sobre los leones marinos y las focas sirve también de referencia para constatar la evolución en ese espacio de tiempo, poco más de un siglo, del Derecho internacional, y en el mismo, las normas del comercio internacional y su juego con las de protección del medio ambiente. Especialmente si lo comparamos con el laudo del 2014 en el panel y luego en el Órgano de Solución de Diferencias de la OMC, el caso DS400 de Canadá contra las Comunidades Europeas por las “medidas que prohíben la importación y comercialización de productos derivados de las focas”¹. Este nuevo caso surge en 2009 al entender Canadá que la Unión Europea bloqueaba la importación de productos derivados de las focas. Noruega e Islandia, entre otros, se unieron a esta reclamación. Que, tras la decisión del panel, de 25 de noviembre del 2015, fue apelada, y confirmada el 22 de mayo del 2014. La Unión Europea, condenada, acordó con Canadá la aplicación de dicha decisión.

En cambio, el laudo entre Estados Unidos y el Reino Unido sobre los derechos sobre la jurisdicción de Estados Unidos en el mar de Bering y la preservación de los lobos marinos es de 15 agosto 1893². Es un arbitraje derivado del tratado firmado entre Gran Bretaña y los Estados Unidos en 1892, según el cual cualquier disputa que surgiese debía ser resuelta en un tribunal de arbitraje, compuesto por siete árbitros –dos nombrados por el presidente de Estados Unidos, dos por la Reina de Inglaterra, uno nombrado por el Presidente de la República Francesa, al igual que el Rey de Italia, el de Suecia y Noruega–. Ya por ello, llamaría la atención, a ser un tribunal de siete miembros, cuando la práctica actual tiende a un máximo de tres árbitros, y a poder ser, resolver el problema con un árbitro único.

Los árbitros nombrados por las partes fueron un juez del Tribunal Supremo de Estados Unidos, John Harlam, el senador de Estados Unidos John T. Morgan, el ministro de justicia de Canadá, Sir John Thompson, y Lord Hannen. Los restantes tres árbitros no de parte fueron el barón de Courcel –senador y embajador de Francia–,

¹ www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds400_s.htm

² United Nations, *Reports of international arbitral awards*, disponible en: legal.un.org/riaa/cases/vol_XXVIII/263-276.pdf

el marqués Emilio Visconti Venosta –también senador en Italia, y antiguo ministro de exteriores– y Gregers Gram, –primer ministro Noruega residente en Estocolmo–.

En el mismo tratado se establece que cada vez que una causa se lleve a arbitraje, se deben contestar a una serie de cuestiones, que son por tanto su “acta de misión” (*terms of reference*) antes de que se tuviera esa noción en el arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional. En este caso, las preguntas a responder eran las siguientes:

1. ¿Qué jurisdicción en el mar de Bering y qué derechos de pesca (hoy más bien diríamos de caza) de lobos marinos o focas eran ejercidos por Rusia antes de la cesión de Estados Unidos? Rusia admitió que su jurisdicción en el mencionado mar se reducía al alcance de un disparo de cañón desde la costa. La noción liga perfectamente con el criterio histórico para fijar la anchura del mar territorial. Sin embargo, desde ese momento hasta la cesión de Alaska a Estados Unidos, Rusia no ejerció *de facto* jurisdicción exclusiva sobre el mar de Bering ni derechos exclusivos de pesca, o de caza, de leones marinos y focas fuera de los límites ordinarios de las aguas territoriales. La decisión de adoptó por seis a uno.
2. ¿Hasta qué punto fueron reconocidas tales demandas en torno a la jurisdicción y a la caza de lobos marinos reconocidas y concedidas por Gran Bretaña? La Gran Bretaña o reconoció no concedió ninguna de las demandas por parte de Rusia sobre la jurisdicción y la pesca de leones marinos en el mar de Bering, fuera de los límites ordinarios de las aguas territoriales. De nuevo seis de los árbitros estuvieron de acuerdo. Todos menos John T. Morgan.
3. ¿Forma parte el Mar de Bering de la expresión *Océano Pacífico* incluida en el tratado de 1825 entre Gran Bretaña y Rusia; y qué derechos, si hay alguno, eran ostentados y ejercidos exclusivamente por Rusia después del mencionado Tratado? La respuesta del tribunal arbitral es positiva. Sí, el Mar de Bering forma parte de la expresión “Océano Pacífico” incluida en el tratado. Respecto a los derechos, Rusia no ostentaba derecho alguno de jurisdicción o de pesca de leones marinos o de focas de manera exclusiva fuera de los límites ordinarios de las aguas territoriales del tratado de 1825. La respuesta fue en este caso unánime en lo de si el mar de Bering estaba en el Pacífico, pero en el segundo punto discrepó de nuevo John T. Morgan.

4. ¿Fueron tales derechos de Rusia respecto a la jurisdicción y a la pesca/caza de leones marinos en el este del mar de Bering transferidos de manera total mediante el Tratado de 1867 entre Rusia y Estados Unidos por el que se vendía Alaska? Sí, unánimemente los árbitros respondieron que todos los derechos que Rusia ostentaba respecto a la jurisdicción y la pesca de leones marinos en el mar de Bering fueron transferidos de manera total a Estados Unidos mediante el Tratado del 30 de marzo de 1867.

5. ¿Tiene Estados Unidos algún derecho sobre la protección o propiedad sobre los leones marinos y focas que frecuentan las islas estadounidenses en el mar de Bering si los leones marinos son encontrados fuera del límite de tres millas? Los Estados Unidos no tienen derecho sobre la protección o propiedad de los leones marinos que frecuentan las islas estadounidenses en el Mar de Bering, siempre y cuando las focas se encuentren fuera del límite ordinario de tres millas. En este punto, los dos árbitros estadounidenses votaron en contra.

Se falló, por tanto, en favor de Gran Bretaña –soberana del Canadá–, no reconociendo, por tanto, la jurisdicción exclusiva de Estados Unidos. Estamos de nuevo ante otro laudo breve, de sólo catorce páginas. Que en realidad son sólo nueve, porque cinco son anexos y el laudo se dictó por mayoría en París en inglés, pero se sintetizó en francés, idioma en que Behring conserva la “h”, por lo que el laudo el nombre va variando de manera aleatoria. Un laudo que destaca en la Historia porque estableció por primera vez unas medidas “transicionales” que limitaban la cantidad de focas y otras especies similares que se podían capturar, “más allá de las aguas jurisdiccionales ordinarias”. Prohibió su captura en 60 millas alrededor de la isla de Pribilof, también entre el 1º de mayo y el 31 de julio, al norte del grado 35. Las capturas se harían con licencia y se debería pedir “tanda”. Se prohíben los explosivos en esas cacerías. La caza tradicional por los indios no se prohíbe. Se resuelven las indemnizaciones por las capturas de buques por Estados Unidos. Medidas todas ellas que se adoptan *with a view to the protection and preservation of the fur seals* (art. 9).

Por todo ello, ahora, en el 2020, que se organizan eventos y grupos de trabajo para plantear la utilidad del arbitraje para resolver los pleitos derivados de cuestiones medioambientales, desde el cambio climático a la economía verde,

o incluso hay una sala especializada en estos temas en la Corte Permanente de Arbitraje³ es bueno recordar que el arbitraje ya estuvo en el inicio de cualquier preocupación ecológica. *Nihim novum sub sole*, podríamos decir, aunque en Alaska el sol no brille tanto.

³ *Environmental Dispute Resolutions*, disponible en: pca-cpa.org/en/services/arbitration-services/environmental-dispute-resolution/



Jurisprudencia



Auto del Tribunal Superior de Justicia de Madrid 3/2023, de 8 de febrero

FERNANDO BEDOYA

SOCIO, PÉREZ-LLORCA

ROLANDO SEIJAS

ASOCIADO, PÉREZ-LLORCA

SUMARIO:

I. ANTECEDENTES. II. DECISIÓN Y MOTIVACIÓN DEL TSJM. III. VOTO PARTICULAR. IV. LA NOTIFICACIÓN FEHACIENTE EN EL PROCEDIMIENTO ARBITRAL

I. Antecedentes

El auto 3/2023, de 8 de febrero, dictado por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en adelante TSJM –ponente D. Jesús María Santos Vijande–, el Auto¹, resolvió una solicitud de reconocimiento de laudo extranjero.

El procedimiento arbitral previo fue conducido con arreglo al reglamento de la Comisión de Arbitraje Económico y Comercial de China, CIETAC, y versó sobre una relación contractual de una sociedad española con una sociedad china para la compra de mascarillas y material sanitario durante la pandemia del COVID-19. La sociedad china obtuvo un laudo favorable, de 17 de marzo de 2022, el Laudo, y solicitó su reconocimiento y ejecución en España.

En el caso que nos ocupa, la sociedad demandada presentó escrito de oposición a la demanda de *exequátur* al considerar que el Laudo vulneró el orden público, por no haber sido debidamente notificada de la existencia del procedimiento arbitral y del Laudo. Debemos hacer notar, por ser material para la resolución del asunto por el TSJM, que la parte demandada sostuvo esto en su escrito de defensa, pero

¹ ECLI:ES:TSJM:2023:133A.

durante la correspondiente vista, los letrados de la demandada expresaron que habían sido instruidos por su cliente para expresar que la demandada reconocía que sí le fue notificado el inicio del procedimiento arbitral.

Pese a que la admisión por la demandada de que sí fue notificada podría anticipar una falta de interés o de relevancia práctica del Auto, la resolución objeto de este comentario resulta muy interesante, no sólo por los razonamientos ofrecidos sobre la aplicación de los principios de audiencia y contradicción en el contexto de la notificación defectuosa de la parte demandada de un procedimiento arbitral y del subsiguiente laudo, sino también por el voto particular concurrente del propio ponente sobre la posible vulneración del orden público por notificación defectuosa del procedimiento y del Laudo.

II. Decisión y motivación del TSJM

Como punto de partida, resulta necesario recordar que el procedimiento de reconocimiento, o de *exequátur* de laudos extranjeros, se encuentra regido por el Convenio de Nueva York, de 10 de junio de 1958, sobre reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras (el “Convenio de Nueva York”). Este procedimiento de reconocimiento es un mecanismo puramente homologador del laudo extranjero, a fin de que el mismo pueda ser ejecutado. Es decir, el TSJM debe limitarse a hacer un control de los elementos extrínsecos del laudo, que consiste en verificar el cumplimiento de los requisitos fijados en los arts. IV y V del Convenio de Nueva York y, constatados éstos, debe otorgar el reconocimiento del Laudo.

De una lectura del Auto y del voto particular que lo acompaña, resulta claro que existen reservas del TSJM sobre la puesta en conocimiento del procedimiento y del Laudo a la parte demandada. De ser este el caso, el reconocimiento no sería posible, por vulneración del orden público. Lo anterior de acuerdo con la norma recogida en el numeral dos, literal “b” del art. V del Convenio de Nueva York².

² “También se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de una sentencia arbitral si la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución comprueba: b) que el reconocimiento o la ejecución de la sentencia serían contrarios al orden público de ese país”.

A este respecto, el Auto comienza recordando que el arbitraje se caracteriza por la flexibilidad, inclusive en lo referente a las comunicaciones procesales³. El TSJM cita como evidencia de este principio las normas que rigen los mecanismos de comunicación en el arbitraje y, expresamente, el art. 5 de la Ley de Arbitraje (“LA”). Añade el TSJM, que, a pesar de esta flexibilidad, resulta de “trascendental importancia la correcta constitución de la relación jurídico procesal” por medio de la notificación del procedimiento a la demandada⁴. La ausencia de notificación de un procedimiento, o su notificación defectuosa, vulneran el principio de igualdad y contradicción, que se consideran parte del orden público español, al dejar a una de las partes en una situación de indefensión material⁵.

El TSJM continúa argumentado que quien sostiene que su contraparte se ha puesto al margen del procedimiento y ha asumido una posición pasiva, ya sea intencionalmente o por negligencia, descuido o impericia, tiene a su vez la carga de la prueba de tal aseveración. Así, el TSJM considera que se debe probar que se dejó constancia de la existencia del procedimiento de forma fehaciente a la demandada.

En particular, el TSJM señala dos ejemplos en los que quedaría plenamente probado que efectivamente se puso en conocimiento de la demandada el procedimiento arbitral:

- Que la notificación sea enviada a un sitio donde el demandado haya *recibido* sin problemas o reparos otras comunicaciones en el pasado o a una persona que haya *recibido* en nombre del demandado sin problemas o reparos comunicaciones en el pasado.
- Que el medio empleado para la notificación cuente con un acuse de recibo.

Adicionalmente, considera el TSJM que, de probarse que la demandada tenía conocimiento extraprocesal del procedimiento de manera fehaciente, no prosperaría la oposición al reconocimiento.

³ Sentencia del Tribunal Constitucional 110/1993, de 25 de marzo: “la simplificación del sistema de notificaciones de los laudos debe ponerse en conexión con la simplificación de todo el procedimiento arbitral, del que es lógico correlato”.

⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional 123/2010, de 29 de noviembre.

⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional, 155/1989, de 5 de octubre y 130/2006 de 24 de abril.

El TSJM resume su conclusión sobre el caso de la siguiente manera: para el reconocimiento “ha de constar debidamente probada la puesta a disposición de la comunicación a la parte afectada y, al propio tiempo, ante la alegación de la parte de que no se le ha notificado el procedimiento arbitral y/o el Laudo final, ha de presumirse que eso es así, salvo prueba en contrario”. Por último, cabe mencionar que el TSJM también mencionó en este Auto que: “las Cortes Administradoras del Arbitraje, y/o los árbitros ad hoc tienen una obligación constitucional y legalmente inexcusable: documentar las actuaciones”.

Expuesto lo anterior, a pesar de un camino argumental que podría sustentar una eventual desestimación de la solicitud de reconocimiento del Laudo, el TSJM tiene en consideración la admisión por la demandada de haber sido notificada y declara que no concurre causa de oposición al *exequátur* prevista en el Convenio de Nueva York; por lo que, en su virtud, acuerda el reconocimiento del Laudo.

III. Voto particular

El Auto del TSJM no realiza un análisis sobre la prueba aportada al procedimiento, sobre lo que sí se pronuncia el ponente en su voto particular. En este sentido, el Magistrado pone de manifiesto la insuficiencia probatoria de los métodos que tuvo por bueno el CIETAC para considerar que se puso en conocimiento de la demandada la existencia del procedimiento. En opinión del voto particular, ninguno de los métodos usados puede demostrar fehacientemente que la otra parte tenía conocimiento del proceso.

Entre estos métodos se encontraba un correo electrónico del abogado de la parte actora a la CIETAC donde informa de que habían sido enviados los autos del arbitraje a la parte demandada en España por correo aéreo, sin acompañar acuse de recibo. De igual modo, el voto particular consideró que tampoco constituye prueba fehaciente de dicha notificación el envío de un correo electrónico enviado por la CIETAC a la demandada a una dirección del correo electrónico proporcionada por la demandante que, si bien había sido usado por las partes para los intercambios comerciales previos al arbitraje, correspondía con una dirección electrónica titularidad de otra sociedad. A este respecto, cabe resaltar que el voto particular es contrario al informe emitido por el Ministerio

Fiscal sobre la viabilidad del reconocimiento, que, en lo relativo a la debida notificación de las actuaciones arbitrales, concluyó que se habían cumplido con los requisitos de notificación del reglamento de la CIETAC y del Convenio de Nueva York.

Por lo anterior, el voto particular concluye:

si esta Sala diese por bueno un sistema tal de notificaciones –que no lo ha hecho, pues nuestra *ratio decidendi* ha sido otra–, por mucha flexibilidad que se quiera conferir al régimen de comunicación con las partes en el arbitraje institucional, estaríamos contraviniendo el orden público interno, pues dejaríamos de supeditar la corrección de la notificación a una cualidad que inexcusablemente la ha de acompañar: su carácter fehaciente.

IV. La notificación fehaciente en el procedimiento arbitral

El Auto analizado refuerza la salvaguarda de los principios de audiencia, contradicción e igualdad como pilares del procedimiento arbitral frente a la libertad contractual que también sirve de base a la institución del arbitraje. Así, pese a reconocer los criterios legal y jurisprudencialmente consolidados sobre la mayor flexibilidad inherente al régimen de notificaciones en el procedimiento arbitral que como expresión de la libertad contractual antes referida, el TSJM destaca que deben preservarse en todo caso los principios de audiencia de las partes y contradicción.

En especial, es necesario destacar el pronunciamiento expreso que realiza el TSJM sobre la obligación de aplicar lo dispuesto en el art. 5 de la LA en lo que concierne a la necesidad de realizar una indagación razonable sobre el domicilio o residencial habitual del destinatario de la comunicación en caso de que no se tenga constancia del mismo.

Asimismo, partiendo de la presunción *iuris tantum* del desconocimiento de las actuaciones arbitrales si así se alega por la parte demandada, el Auto reitera la jurisprudencia previa del TSJM en cuanto a que resulta esencial analizar si la institución arbitral realiza una actividad suficiente en lo relativo a

la notificación de las actuaciones de tal forma que posibilite la defensa del demandado. Es el voto particular el que va más allá y, en este caso concreto, critica de manera clara la actuación de la institución arbitral, lo que nos puede llevar a concluir que el cumplimiento de los requisitos de notificación establecidos en el reglamento arbitral correspondiente no siempre será suficiente para entender que una notificación ha sido realizada fehacientemente y, por tanto, para considerar preservados los principios de audiencia y contradicción.

Lo anterior no sólo resulta relevante en cuanto al reconocimiento de laudos arbitrales extranjeros en España, sino que también puede tener un impacto en los procedimientos de acciones de anulación de laudos, al ser la inexistente o defectuosa notificación de las actuaciones arbitrales a las partes uno de los motivos de anulación de laudos previstos en la LA.

Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Madrid 18/2023, de 3 de mayo, y 20/2023, de 4 de mayo

FRANCISCO PANIAGUA

ASOCIADO, PÉREZ-LLORCA

PABLO MAYOR BRAVO

ASOCIADO, PÉREZ-LLORCA

SUMARIO:

I. INTRODUCCIÓN. II. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID, 18/2023, DE 3 DE MAYO. III. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID, 20/2023, DE 4 DE MAYO. IV. EL DISTINTO CRITERIO DEL TSJM SOBRE LA RECONVENCIÓN FRENTE A TERCEROS EN EL ARBITRAJE

I. Introducción

Las sentencias 18/2023, de 3 de mayo, y 20/2023, de 4 de mayo, dictadas por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (el “TSJM”) resuelven dos acciones de anulación de laudos parciales por vulneración del orden público, en relación con la privación de su derecho a interponer demandas reconventionales frente a terceros no demandantes en el arbitraje, pero intervinientes en la relación contractual y vinculados por el convenio arbitral.

Sin embargo, pese a que los supuestos de hecho parecen muy similares a tenor de lo expuesto en los antecedentes de hecho de ambas sentencias, las decisiones adoptadas por el TSJM son diametralmente opuestas, al estimarse una de las demandas y, en consecuencia, acordarse la nulidad del respectivo laudo parcial; y desestimarse la otra.

II. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, 18/2023, de 3 de mayo

En la sentencia 18/2023, de 3 de mayo –ponente D. José Manuel Suárez Robledo–, el TSJM estimó la demanda de anulación de laudo interlocutorio por considerar que el árbitro privó a la demandante de nulidad de ejercitar sus pretensiones reconventionales frente a una entidad no demandante, ocasionándole indefensión (la “Sentencia 18/2023”)¹.

El laudo anulado por la Sentencia 18/2023, traía causa de una reclamación interpuesta frente a la compradora por tres de las cuatro vendedoras de las participaciones sociales de una entidad vendida. La compradora demandada formuló reconvencción no sólo frente a las tres demandantes, sino también frente a la cuarta vendedora, que no actuaba como demandante en el arbitraje. Sin embargo, el árbitro encargado de resolver la controversia no admitió la inclusión de la cuarta sociedad vendedora en el procedimiento arbitral.

En su demanda de anulación del laudo interlocutorio, la demandante de nulidad alegó la vulneración del orden público, al haberle impedido el árbitro ejercitar sus pretensiones reconventionales frente a la cuarta entidad (no demandante) interviniente en el contrato y que formaba parte del convenio arbitral, quebrantando por tanto los principios de contradicción y audiencia recogidos en el art. 24 de la Ley de Arbitraje.

El TSJM, a pesar de indicar que el árbitro motivó en el laudo su decisión de excluir a la cuarta entidad del arbitraje, afirma a continuación que “cualquier atisbo de posible indefensión, ante la ausencia en el procedimiento arbitral de partes legítimamente demandadas en la pretensión principal o en la reconventional oportunamente planteada con arreglo al Reglamento de la institución que administra el arbitraje [...] ha de impedirse, en su caso, declarando la nulidad del laudo parcial o interlocutorio que hubiera incurrido en tal infracción constitucional”.

Así, tras recordar la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el limitado ámbito del control judicial en la resolución de acciones de anulación de laudos, el TSJM concluye que existió una indefensión material y una vulneración del orden público procesal esencial que, en este caso, tiene como consecuencia la anulación del laudo impugnado.

¹ ECLI:ES:TSJM:2023:4922.

III. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, 20/2023, de 4 de mayo

Por su parte, la sentencia 20/2023, de 4 de mayo dictada por el TSJM² –ponente D. Francisco José Goyena Salgado, quien formó parte del Tribunal que dictó la Sentencia 18/2023–, desestimó la demanda de anulación de laudo parcial, que se había formulado con causa en una alegada vulneración del litisconsorcio pasivo necesario, como cuestión de orden público (la “Sentencia 20/2023”).

En este caso, el laudo impugnado traía causa de un procedimiento arbitral en el que la demandada en el arbitraje había formulado reconvencción no sólo frente a la entidad demandante, sino frente a otras dos entidades subcontratistas vinculadas con el convenio arbitral. El tribunal arbitral dictó laudo interlocutorio por medio del cual rechazó la posibilidad de traer al procedimiento como demandadas reconconvencionales a las dos entidades mencionadas al entender que dicha petición no tenía encaje en los términos del Reglamento de la institución arbitral, dado que éste, según el criterio del árbitro, exigía ser previamente parte demandante para poder ser demandado en reconvencción. En consecuencia, admitió parcialmente la formulación de reconvencción, únicamente en lo relativo a las pretensiones frente a la entidad demandante que inició el arbitraje.

Al analizar el caso, el TSJM concluyó que la decisión del Tribunal Arbitral estaba, a juicio de la Sala, motivada jurídicamente y que no era ilógica, arbitraria o contraria a la institución procesal del litisconsorcio pasivo necesario, por lo que debía mantenerse.

Sin perjuicio de lo anterior, la Sentencia 20/2023 contiene un voto particular discrepante, formulado por D. José María Santos Vijande, quien consideró que debió anularse el laudo por vulnerar el carácter de orden público del litisconsorcio pasivo necesario, en particular, en cuanto a la posibilidad de plantear la “reconvencción colateral” prevista en el artículo 407.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, todo ello bajo una interpretación demasiado rigorista del Reglamento de la institución arbitral, con la consiguiente lesión del derecho de acceso a la justicia de la demandada-reconviniendo en el arbitraje.

² ECLI:ES:TSJM:2023:4951.

IV. El distinto criterio del TSJM sobre la reconvencción frente a terceros en el arbitraje

La disparidad de criterio entre ambas sentencias del TSJM, dictadas con tan sólo un día de diferencia, hace que surjan varios interrogantes, al tratarse de supuestos aparentemente muy semejantes. Como se ha indicado, en ambos casos, las demandadas plantearon demanda reconvenccional no sólo frente a la(s) demandante(s), sino también frente a terceras entidades que no habían sido inicialmente demandantes, pero que estaban vinculadas por el convenio arbitral y formaban parte de la misma relación contractual.

Así, cabe plantearse cuáles son las diferencias entre ambos casos para alcanzarse un resultado distinto, y para que, en particular, en un caso se haya considerado por el TSJM que la inadmisión de la reconvencción frente a terceros vulnera el orden público procesal y provoca indefensión material a la parte demandada, y en otro no. A tenor del limitado conocimiento sobre el caso concreto que brindan los antecedentes de hecho de ambas sentencias, podemos plantearnos si dicho diferente resultado se debe al distinto planteamiento de las causas de anulación (vulneración de los principios de igualdad, audiencia y contradicción de la instancia arbitral *versus* vulneración de la institución de litisconsorcio pasivo necesario), al distinto tratamiento procesal por el árbitro de la reconvencción frente a tercero (solicitud de intervención de un tercero *versus* solicitud de intervención como parte), al distinto reglamento que resulte de aplicación en función de la institución que lo administre, o incluso a la interpretación que cada tribunal arbitral haga de las disposiciones de un mismo reglamento.

Igualmente, cabe preguntarse por qué en un caso el TSJM señaló que la motivación jurídica existía y no era ilógica ni arbitraria, a fin de justificar la desestimación de la acción de anulación al amparo de la doctrina constitucional que resulta de aplicación; mientras que, en el otro caso, se limitó el TSJM a señalar que el árbitro motivó su decisión y, sin entrar a valorar su posible carácter ilógico o arbitrario, acordó anular el laudo para impedir cualquier atisbo de indefensión material.

A nuestro juicio, hubiera sido deseable que la Sentencia 20/2023, dictada solo un día después que la Sentencia 18/2023, desarrollara el porqué de uno y otro criterio, o abordara las diferencias entre ambos casos. Sobre esto se pronunció, de hecho, el voto particular discrepante de la Sentencia 20/2023, que

llamó expresamente la atención sobre el inexplicado distinto criterio entre ambas resoluciones, teniendo en cuenta el principio de igualdad en la aplicación judicial de la ley previsto en el artículo 14 de la Constitución.

A la vista de lo anterior, habrá que estar atentos a las sentencias que sobre esta cuestión puedan dictar en el futuro nuestros Tribunales Superiores de Justicia y, en última instancia, el Tribunal Constitucional, para dar respuesta a los interrogantes señalados y tener clara la viabilidad de posibles acciones de anulación de laudos dictados en arbitrajes en los que se haya formulado demanda reconvenzional frente a terceros y la misma sea total o parcialmente inadmitida.

Auto del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña 92/2023, de 15 de junio

FRANCISCO PANIAGUA

ASOCIADO, PÉREZ-LLORCA

ANA RAMOS SALAS

ASOCIADA, PÉREZ-LLORCA

SUMARIO:

I. INTRODUCCIÓN. II. RESUMEN DEL CASO. III. MOTIVOS DE OPOSICIÓN AL RECONOCIMIENTO DEL LAUDO Y DECISIÓN DEL TSJC. IV. EL RECONOCIMIENTO PARCIAL DE LAUDOS EXTRANJEROS

I. Introducción

El auto 92/2023, de 15 de junio, dictado por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (“TSJC”)¹ (el “Auto”), resolvió de forma acumulada dos solicitudes de reconocimiento del mismo laudo extranjero, una de ellas parcial, y concluyó que procedía el reconocimiento del laudo de manera íntegra, por no concurrir los motivos previstos en el Convenio de Nueva York, de 10 de junio de 1958, sobre reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras (el “Convenio de Nueva York”).

En particular, el TSJC consideró que la solicitante del reconocimiento parcial del laudo extranjero, que a su vez se opuso a la solicitud de reconocimiento íntegro instada por la contraparte, no podía pretender el reconocimiento del laudo únicamente en lo que le beneficiaba, pero no de aquellas disposiciones del laudo que le resultan perjudiciales. Así, se trata de una resolución interesante en la medida en que es una de las pocas dictadas por los tribunales españoles en las que se analiza expresamente una solicitud de reconocimiento parcial de un laudo extranjero.

¹ ECLI:ES:TSJCAT:2023:371A.

II. Resumen del caso

El origen del Auto se encuentra en un procedimiento arbitral administrado por la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, con sede en Zagreb (Croacia), entre una sociedad mercantil de nacionalidad española (la “Sociedad ESP”) y la Empresa Pública de Carreteras Estatales de la República de Macedonia del Norte (“PESR”, por sus siglas en inglés). El referido procedimiento arbitral finalizó mediante laudo dictado el 23 de noviembre de 2021 (el “Laudo”).

Por un lado, la Sociedad ESP solicitó el reconocimiento parcial del Laudo detallando específicamente aquellos pronunciamientos del Laudo cuyo reconocimiento se solicitaba. En esencia, el reconocimiento parcial pretendido por la Sociedad ESP suponía reconocer el laudo en su totalidad, salvo el pronunciamiento por el cual se condenaba a la Sociedad ESP a pagar a PESR una cantidad de, aproximadamente, 4,5 millones de euros, más intereses.

Por su parte, PESR se opuso a la solicitud de la Sociedad ESP alegando que no cabía el reconocimiento parcial del Laudo. En paralelo, PESR interpuso demanda de exequátur por medio de la cual solicitó el reconocimiento y ejecutividad íntegros del Laudo en España.

La Sociedad ESP se opuso al reconocimiento íntegro del Laudo instado por PESR, alegando como motivos de oposición, respecto de aquella parte del Laudo por ella discutida, que: (i) era contraria al orden público; (ii) no se ajustaba a la ley de arbitraje de Croacia; (iii) no había podido hacer valer sus medios de defensa; y (iv) no estaba comprendida dentro del objeto del procedimiento arbitral.

El 11 de octubre de 2022, el TSJC dictó auto mediante el que se acordaba la acumulación de sendos procedimientos, quedando las actuaciones pendientes de deliberación y voto.

III. Motivos de oposición al reconocimiento del Laudo y decisión del TSJC

Una vez acreditado el cumplimiento de los requisitos formales exigidos por el artículo IV del Convenio de Nueva York, el TSJC recuerda el objeto y los límites del procedimiento de reconocimiento de laudos extranjeros, que se limita al

control por parte del Tribunal sobre los elementos extrínsecos de la decisión arbitral que se pretende homologar. A continuación, el TSJC analiza y resuelve cada uno de los motivos por los que la Sociedad ESP se opone al reconocimiento íntegro del Laudo.

En primer lugar, la Sociedad ESP alegó como motivo de oposición que la parte controvertida del Laudo era contraria al orden público español al amparo del artículo V.2. b) del Convenio de Nueva York. Con base en la doctrina constitucional ya asentada sobre el excepcional y limitado alcance del control judicial de la conformidad de laudos con el orden público², el TSJC recuerda que debe limitarse a determinar si existieron *errores in procedendo* o si el Laudo incurre en falta de motivación, sin poder entrar en el fondo de la cuestión como pretendía la Sociedad ESP, por lo que desestima el motivo.

En segundo lugar, y con fundamento en el artículo V.1. d) del Convenio de Nueva York, la Sociedad ESP alegó que el procedimiento arbitral, en lo que respecta a la parte controvertida del Laudo, no se ajustaba a la ley de arbitraje croata, por defectuosa motivación del laudo. El TSJC, en línea con lo indicado respecto del motivo anterior, concluye el mismo está suficientemente motivado, con independencia de que la Sociedad ESP no comparta la motivación del mismo, por lo que procede a la desestimación del motivo.

Finalmente, el TSJC analiza conjuntamente los dos motivos restantes de oposición al reconocimiento del Laudo, formulados por la Sociedad ESP. Estos fueron, por un lado, al amparo del artículo V.1. b) del Convenio de Nueva York, que no pudo hacer valer sus medios de defensa; y, por otro, al amparo del artículo V.1. c) del mismo convenio, que la parte discutida del Laudo incurría en una extralimitación del principio dispositivo que rige el procedimiento arbitral. El TSJC desestimó los motivos al concluir que la Sociedad ESP no especificó los concretos derechos y garantías que se habrían vulnerado ni los concretos medios de defensa que no pudo ejercitar y que, a la vista de las pretensiones de PESR en el arbitraje y de las alegaciones al respecto de la propia Sociedad ESP, la parte controvertida del Laudo sí resolvía una cuestión objeto del procedimiento arbitral.

² En concreto, el Auto cita la sentencia 65/2021 del Tribunal Constitucional, de 15 de marzo (ECLI:ES:TC:2021:65) que cita, a su vez, las sentencias del Tribunal Constitucional 46/2020, de 15 de junio (ECLI:ES:TC:2020:46) y 17/2021, de 15 de febrero (ECLI:ES:TC:2021:17).

Desestimados los motivos de oposición al reconocimiento íntegro del laudo formulados por la Sociedad ESP, el TSJC se pronuncia sobre la posibilidad de reconocimiento parcial del mismo. A este respecto, la Sociedad ESP sostuvo que cabía el reconocimiento parcial al amparo del art. 50 de la Ley 29/2015, de 30 de julio, de Cooperación Jurídica Internacional en materia civil (“LCJI”) y del artículo V del Convenio de Nueva York.

El TSJC razona en primer lugar, respecto de la LCJI, que el art. 50 se refiere a la ejecución y no al reconocimiento; y que, si bien su art. 40 prevé el reconocimiento parcial de una resolución extranjera cuando no pudiese reconocerse la totalidad del fallo, el título de la LCJI en que se encuentran dichos artículos se refiere únicamente al exequátur de resoluciones judiciales extranjeras, que no laudos extranjeros, y recuerda que la LCJI no regula de forma directa el *exequátur* de laudos. En el mismo sentido, el TSJC se remite a la Ley de Arbitraje para indicar que ésta establece que es el Convenio de Nueva York la norma que regula las cuestiones formales y materiales para el exequátur de laudos extranjeros y, aunque el pronunciamiento puede resultar ambiguo, parece limitar la aplicación de la LCJI al exequátur de laudos a cuestiones meramente procedimentales.

Atendiendo a lo expuesto, el TSJC reconoce que el art. V.I.c) del Convenio de Nueva York recoge la posibilidad de reconocimiento parcial de un laudo en aquellos casos en que determinados pronunciamientos del laudo se refieran a cuestiones no comprendidas en el convenio arbitral o se excedan de los términos del mismo y tales pronunciamientos puedan separarse de los restantes sí sometidos a arbitraje. No obstante, concluye el TSJC que en el caso enjuiciado “al margen de disquisiciones jurídicas, no puede pretenderse el reconocimiento de lo que ‘beneficia’ pero no de lo que ‘perjudica’ tratándose de un mismo contrato y ello máxime cuando la otra parte del Laudo está solicitando el reconocimiento íntegro del mismo”.

IV. El reconocimiento parcial de Laudos extranjeros

El reconocimiento parcial de laudos extranjeros es una cuestión que todavía no ha sido analizada pormenorizadamente por los tribunales españoles. Más allá de algunas resoluciones que han tratado de manera tangencial la cuestión³, o de

³ Por ejemplo, el auto 22/2018, de 7 de noviembre, dictado por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (ECLI:ES:TSJPV:2018:277A).

otras que, al enjuiciar motivos de oposición al reconocimiento de laudos extranjeros por extralimitación del laudo en su conjunto (no por extralimitación en algunos de sus pronunciamientos) al amparo del art. V.1.c) del Convenio de Nueva York se han limitado a dejar constancia de la posibilidad teórica de separar unos pronunciamientos de otros y reconocer el laudo en la parte que no incurre en extralimitación⁴, es escasa la jurisprudencia que trate expresamente la cuestión.

Dos de las pocas resoluciones al respecto son el auto del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 16 de mayo de 2001⁵ y el auto dictado por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (“TSJPV”), de 19 de abril de 2012⁶:

La primera de ellas, dictada por el Tribunal Supremo estando vigentes las leyes de enjuiciamiento civil y de arbitraje anteriores a las actuales, e igualmente con carácter previo a que se promulgase la LCJL, resolvió una oposición al exequátur de laudo extranjero y concluyó que procedía el reconocimiento parcial de laudo al amparo del art. V.1.c) del Convenio de Nueva York. Eso sí, el reconocimiento parcial se debió a que no se cumplió por la solicitante con el requisito formal de aportación del original o copia de uno de los convenios arbitrales debidamente firmados, por lo que sólo se reconocieron los pronunciamientos relacionados con el otro convenio arbitral del que traía causa el procedimiento.

La segunda, dictada por el TSJPV, concluyó que no procedía denegar parcialmente el reconocimiento del laudo en el caso enjuiciado, por no cumplirse los requisitos de oposición previstos en el art. V.1.c) del Convenio de Nueva York, al no haberse extralimitado el laudo.

No obstante, en ambos casos, la posibilidad de reconocer parcialmente el laudo extranjero se analizó desde el prisma de una oposición al reconocimiento del mismo, esto es, los tribunales analizaron si procedía o no denegar parcialmente el reconocimiento. El Auto objeto de este comentario también analiza la cuestión, en un primer momento, desde ese mismo prisma y, rechaza la oposición al reconocimiento íntegro del Laudo formulada por la Sociedad ESP, al concluir que la parte discutida del Laudo no se extralimitó del objeto del procedimiento arbitral, de manera similar a lo resuelto por el TSJPV en el auto de 19 de abril de 2012 antes citado.

⁴ Por ejemplo, el auto 1/2018, de 23 de enero, dictado por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (ECLI:ES:TSJM:2018:14A).

⁵ ECLI:ES:TS:2001:2190A

⁶ ECLI:ES:TSJPV:2012:2A.

Lo novedoso del Auto es que, además, también analiza la posibilidad de reconocimiento parcial del Laudo desde otra perspectiva, que es que la propia parte solicitante del exequátur pretenda el reconocimiento de tan sólo una parte del laudo extranjero. Es ahí donde concluye el TSJC que no puede pretenderse el reconocimiento únicamente de lo que a una parte beneficia, pero no de lo que perjudica. Partiendo de que consideramos que el fallo del TSJC en este punto es lógico, razonable y coherente con la previa desestimación de los motivos de oposición al reconocimiento íntegro del Laudo, parece que el TSJC ha perdido una gran oportunidad para desarrollar en mayor medida la cuestión. Así, no queda claro si el TSJC abre la puerta a que se aplique analógicamente el art. V.1.c) del Convenio de Nueva York (que regula las causas de denegación del reconocimiento del laudo a instancia de parte) para un supuesto en que sea la propia parte solicitante del exequátur la que pida el reconocimiento parcial. También cabe preguntarse qué postura tomaría el TSJC en un caso en que dicha solicitud de renacimiento parcial se realice sin oposición de la contraparte. Es más, el simple argumento de que uno no puede pretender reconocer un laudo sólo en la parte beneficiosa, merecería un análisis más exhaustivo a la luz del carácter dispositivo de todo procedimiento judicial civil y, por ejemplo, comparativo respecto de la ejecución parcial de laudo extranjero, que sí resulta pacífica.

En conclusión, será necesario seguir haciendo un seguimiento de la jurisprudencia de los tribunales españoles para comprobar cómo se resuelven todas estas interesantes incógnitas en relación con las solicitudes de reconocimiento parcial de laudos extranjeros.

Herederos del Sultan de Sulu c. Malasia.

BINGEN AMEZAGA

OF COUNSEL EN MCL ARBITRATION.

Resumen: La cosecha de decisiones de arbitraje en Francia en los últimos años ha sido rica y abundante, lo que invita a la reflexión, la crítica y el comentario. Entre todas ellas, hemos seleccionado tres casos para comentar en esta sección. En primer lugar, analizaremos el caso que ha llegado a conocerse como el caso del “Sultán de Sulu”, un caso muy inusual que seguramente es bien conocido en España. En este arbitraje se dictaron un laudo preliminar y un laudo final, los cuales dieron lugar a dos decisiones relevantes en Francia: una decisión del Tribunal de Apelación sobre la ejecución provisional del laudo final y otra sobre el exequátur del laudo preliminar. En segundo lugar, comentaremos la decisión de la Cour de Cassation en el caso *Tagli’apau*, que aborda las dificultades generadas por la falta de pago en un arbitraje y las soluciones que la jurisprudencia francesa ha ido encontrando para afrontar estos casos. Por último, la decisión del Tribunal de Apelación de París en *ADS v. Bestful* nos permite regresar, una vez más, al tema del deber de independencia e imparcialidad de los árbitros y examinar el estado actual del control ejercido por los tribunales franceses y las herramientas utilizadas para este fin: el deber de revelación, la notoriedad, el deber de diligencia, la renuncia, entre otros.

Palabras clave: Arbitraje, Decisión judicial, Francia, Sultán de Sulu, Exequátur, Imparcialidad, Independencia, Tribunal de Apelación, Cour de Cassation, Deber de revelación.

Abstract: The harvest of French Arbitration decisions in the recent years is rich and abundant and invites to reflection, criticism, and comments. Among all of them, we have chosen three cases to comment in this section. First, we will comment on the case that has come to be known as the *Sultan of Sulu* case, a very unusual case that is surely well known in Spain. In this arbitration a preliminary award and a final award were rendered, and those awards led to two relevant decisions in France: a decision of the Court of Appeal concerning the provisional enforcement of the final award and one on the exequatur of the preliminary award. Secondly, we will comment on the decision of the Cour de Cassation in the *Tagli’apau* case, concerning the difficulties generated by the lack of payment in an arbitration and the solutions being found by the French case law to deal with these

cases. Finally, the decision of the Paris Court of Appeal in *ADS v. Bestful*, allows us to return, once again, to the issue of the duty of independence and impartiality of arbitrators and to check the state of affairs regarding the control exercised by the French courts and the tools used for that purpose: duty to disclosure, notoriety, duty of curiosity, waiver, etc.

Keywords: Arbitration, Judicial decision, France, Sultan of Sulu, Exequatur, Impartiality, Independence, Court of Appeal, Cour de Cassation, Duty of disclosure.

I. Herederos del Sultan de Sulu c. Malasia

El arbitraje entre los herederos del Sultán de Sulu y Malasia es particular e interesante por diversos motivos. El caso tiene su origen en un contrato suscrito en 1878 entre el Sultán de Sulu, Muhammad Jamal Al Alam, por una parte y dos exploradores europeos, M. Alfred Dent y el Barón Gustavus von Overbeck, por la otra, relativo al uso del territorio Sandacan en el estado de Sabah, en el norte de la isla de Borneo, que hoy día forma parte de Malasia (el “Contrato”). El Contrato preveía que los exploradores pagarían anualmente 5.000 *Ringgits* al Sultán de Sulu por el uso del territorio.

Luego de la independencia de Malasia en 1963, la soberanía sobre Sandacan fue transferida a este Estado, que sucedió a los Sres. Dent y von Overbeck en el Contrato, y desde entonces Malasia pagaba a los herederos del Sultán de Sulu (los “Herederos”) los montos contractualmente previstos. En 2013, Malasia dejó de pagar el precio convenido a los Herederos.

En 2017, los Herederos decidieron activar la cláusula de resolución de controversias del Contrato que prevé la intervención del Cónsul General Británico en Borneo en caso de controversia. Como este cargo ya no existe, solicitaron inicialmente al Ministerio de Relaciones Exteriores de Gran Bretaña que nombrase a un árbitro, pero el Ministerio rechazó la solicitud.

Los Herederos recurrieron entonces al Tribunal Superior de Justicia de Madrid, para solicitar la designación judicial del árbitro pues en la época del contrato, el Acta de Nueva Sumisión reconocía la soberanía española sobre los territorios del Sultanato de Borneo. Malasia fue declarada en rebeldía. El TSJ

de Madrid, luego de declarar su competencia territorial¹, y de concluir que el acuerdo arbitral era válido, estimó la demanda² con base en el artículo 15.3 de la Ley de Arbitraje Española y el 22 de mayo de 2019 designó a un árbitro único.

El arbitraje se inició, y Malasia fue notificada de estas actuaciones. Incluso participó en el mismo y se limitó a expresar que objetaba integralmente el procedimiento arbitral, incluida la designación del árbitro y el foro, sin hacer alegaciones ni reservas.

En un laudo parcial de jurisdicción del 25 de mayo de 2020, el árbitro único decidió que existía una cláusula de arbitraje válida y confirmó su competencia. También estableció que la sede sería Madrid y el idioma del arbitraje, el inglés y condenó a Malasia a rembolsar a los herederos los costos incurridos en la fase sobre competencia y su porción de la provisión de gastos del arbitraje³.

Malasia presentó una acción de anulación contra el laudo de jurisdicción ante el TSJ de Madrid el 30 de septiembre de 2020, dentro de los dos meses previstos en el artículo 41.4 de la Ley de Arbitraje.

En paralelo, sin informar al árbitro, en julio de 2020 Malasia solicitó la nulidad de las actuaciones habidas en el proceso ante el TSJ de Madrid. La demanda fue admitida a trámite en febrero de 2021. El 29 de junio de 2021, el TSJ de Madrid decidió en un auto que el emplazamiento del Estado de Malasia fue irregular y anuló todas las actuaciones procesales habidas en el proceso desde el emplazamiento y determinó que Malasia fuese notificada de nuevo. El árbitro paralizó el arbitraje el 20 de julio de 2021.

Entretanto, los herederos solicitaron el exequatur del laudo parcial en Francia y lo obtuvieron en una decisión del tribunal de primera instancia de París del 29 de septiembre de 2021.

El 13 de octubre de 2021, el letrado de justicia del TSJ de Madrid dictó un decreto en los autos de 2020 y no de 2018. Decidió, sin la Sala, tener por decaída la acción de anulación sobre el laudo de jurisdicción, interpuesta por Malasia el 30 de septiembre de 2020. También consideró que el laudo de jurisdicción era nulo, aunque no se hubiese pronunciado todavía la Sala. Las partes no recurrieron este decreto a pesar de ser contrario al artículo 42 de la

¹ TSJ Madrid, Auto 5/2018 del 8 de mayo de 2018.

² TSJ Madrid, Sentencia 11/2019 del 29 de marzo de 2019.

³ *Preliminary Award on jurisdiction and applicable substantive law*, 25 de mayo de 2020.

Ley de Arbitraje, por lo que el laudo de jurisdicción quedo firme y definitivo, al no existir declaración judicial de su nulidad por la Sala del TSJ de Madrid. A continuación, los Herederos solicitaron al árbitro único que modificase la sede arbitral de Madrid a París, ante estas injerencias judiciales y dado que el laudo de jurisdicción –ya firme desde el 13 de octubre de 2021– había sido reconocido en Francia en septiembre de 2021. El árbitro escuchó a las Partes, pero Malasia no compareció en el arbitraje. Analizada las alegaciones y pruebas de los Herederos y ante la falta de participación de Malasia, decidió continuar motivadamente con el arbitraje y trasladar entonces la sede de Madrid a París⁴ y dictó el laudo final el 28 de febrero de 2022⁵, condenando a Malasia a pagar 14,92 billones de dólares a los Herederos.

El proceso de designación del árbitro en España, la anulación de esta designación y la decisión de desplazar la sede de Madrid a París, así como las consecuencias de estos actos son temas muy interesantes que inspirarán otras crónicas. Nosotros, sin embargo, nos limitaremos a comentar las decisiones francesas sobre la suspensión de ejecución provisoria del laudo final y la apelación de la decisión de *exequatur* del laudo parcial.

1. *Cour d'Appel de Paris, pôle 5, ch. 16, 12 de julio de 2022* – Suspensión de la ejecución del laudo final

Una vez dictado el laudo final el 28 de febrero de 2022, Malasia solicitó a la Corte de Apelación de París que, de conformidad con el artículo 1526 CPC, suspenda su ejecución.

Malasia se basó en dos motivos para alegar que la ejecución del laudo constituía un riesgo de lesión grave a sus derechos. En primer lugar, se refirió al contexto procesal en el que se dictó el laudo, invocando que el TSJ de Madrid había anulado la designación del árbitro único y los actos ulteriores, de manera que el proceso arbitral estaba viciado y además el árbitro había cambiado la sede de Madrid a París para evadir la decisión de los tribunales españoles. En segundo lugar, Malasia invocó que la ejecución del laudo implicaba un riesgo a la soberanía de Malasia

⁴ *Procedural Order No. 44*, 29 de octubre de 2021. Ver *Final Award*, 28 de febrero de 2022, sección IV.4.viii.C.

⁵ *Final Award*, 28 de febrero de 2022.

sobre el territorio en cuestión, pues en la decisión se estaría calificando al Estado como simple arrendatario en vez de propietario de dichos territorios.

Respecto del primer motivo, basado en el contexto procesal y los alegados vicios que afectaban al arbitraje, la Corte de Paris decidió que se trataba de argumentos dirigidos contra el laudo final, que debía presentarse y serían considerados en el marco de un recurso de anulación contra el laudo, pero no eran circunstancias que establecían que la ejecución inmediata del mismo lesionaría gravemente los derechos de una parte. Así que rechazó este motivo.

A continuación, la Corte analizó el motivo basado en el riesgo de afectación de la soberanía territorial de Malasia. Al respecto, la Corte de Apelación notó que el propio laudo final afirmaba que no tendría incidencia sobre la soberanía de Malasia pues ni el Contrato de 1878 ni el acto de Confirmación de 1903 comportaban una transmisión efectiva de territorio, necesarias para que en Derecho internacional se puedan considerar instrumentos válidos de cesión de soberanía.

La Corte, sin embargo, examinó si el reconocimiento del laudo final podía afectar la soberanía territorial de Malasia. Sobre este punto, la Corte notó que el laudo final:

- Califica a Malasia como simple arrendatario del territorio de Sandacan, del cual serían propietarios los herederos del Sultán de Sulu.
- Decidió que la falta de pago por Malasia desde 2013 era una violación sustancial del Contrato que justificaba su resolución, de manera que, en principio, el arrendatario debía restituir el bien alquilado al arrendador, es decir, Malasia debía restituir los territorios del norte de Borneo a los Herederos.
- Decidió que, al formar los territorios en cuestión parte del estado de Malasia, su restitución no era posible y debía remplazarse por el pago de su valor económico, el cual fue calculado en 14,92 billones de dólares, tomando en cuenta, en particular, la producción de gas y petróleo, pasada y por realizarse hasta 2044, en este territorio.

La Corte de Apelación consideró entonces que la ejecución del laudo final implicaba pagar sumas de dinero que corresponden a los ingresos derivados de la explotación de riquezas y recursos naturales de Sandacan, lo cual es un atributo de la soberanía de Malasia.

La Corte también consideró relevante la situación geopolítica sensible de estos territorios, sobre los cuales Filipinas ha expresado reivindicaciones y en los que se produjo una incursión armada en 2013.

Tomando en cuenta estas circunstancias, la Corte de Apelación de París decidió que la ejecución inmediata del laudo final sería susceptible de lesionar gravemente los derechos de Malasia y por lo tanto su suspensión se justificaba hasta que se resuelva el recurso de nulidad.

Comentario

El artículo 1526 del CPC es una de las normas que fue modificada en la reforma del Derecho del arbitraje francés del 2011 para reforzar la eficacia del arbitraje⁶. Este precepto eliminó en el arbitraje internacional el efecto suspensivo de los recursos contra los laudos arbitrales que, antes de la reforma, era la regla, aunque sujeta a posibles excepciones. El sistema anterior, aún vigente en arbitraje interno, podía favorecer el abuso de las partes que quisieran retrasar la ejecución de los laudos, pues bastaba para ello con interponer un recurso contra el laudo, aunque fuera completamente infundado.

A partir de la reforma, los recursos contra laudos arbitrales no suspenden su ejecución, salvo que existan razones fundadas para ello, así, el artículo 1526 prevé la posibilidad de suspender o temperar la ejecución del laudo si la misma es susceptible de lesionar gravemente los derechos de una de las partes⁷.

Consideramos que la decisión de la Corte de Apelaciones debe aprobarse. Por un lado, la Corte hizo bien en rechazar el motivo basado en las condiciones de constitución del tribunal arbitral o tocantes a la existencia del convenio arbitral, o la arbitrabilidad del litigio, pues, por más serios que estos argumentos puedan ser, los mismos deben analizarse en sede de anulación del laudo. Por otro lado, creemos que la decisión de suspender la ejecución se justifica tomando en cuenta las calificaciones hechas por el árbitro, que, dentro del contexto político específico en esta región, parecen en efecto capaces de causar un daño grave a Malasia.

⁶ E. Gaillard, P. de Lapasse, "Le nouveau droit français de l'arbitrage interne et international", en *Recueil Dalloz*, 20 de enero de 2011, n° 3, párr. 44 ; Ch. Jarrosson, J. Pellerin, "Le droit français de l'arbitrage après le décret du 13 janvier 2011", en *Rev. Arb.* 2011.1, parr. 107; Ch. Seraglini, J. Ortscheidt, *Droit de l'arbitrage interne et international*, LGDJ, 2^e ed., 2019, para. 981.

⁷ CPC, art. 1526 (traducción simple): "Ni el recurso de anulación contra el laudo, ni la apelación del auto que haya conferido el exequátur tendrán efectos suspensivos. Sin embargo, el primer presidente, llamado a pronunciarse en urgencia o el magistrado encargado de la instrucción, podrán suspender o temperar la ejecución del laudo, si con esta pudieran lesionarse gravemente los derechos de una de las partes".

2. Cour d'appel de Paris Pôle 5, chambre 16, 6 de junio de 2023, No. 21/21386 – Anulación del exequatur del laudo parcial

Malasia presentó también un recurso solicitando la revocación de la decisión de exequatur del laudo parcial, invocando casi todas las causales previstas en el artículo 1520 CPC⁸.

La Corte de Apelación comenzó su análisis del recurso respecto del motivo de alegada falta de competencia del tribunal arbitral.

Sobre la competencia, Malasia hizo tres argumentos. Primero, que el litigio era inarbitrable pues se refiere al ejercicio del poder soberano de Malasia sobre determinados territorios. En segundo lugar, que el Contrato no contenía una cláusula compromisoria, pues el Cónsul General de Borneo no era un tercero imparcial sino un representante de Gran Bretaña, parte interesada en el Contrato, y además la cláusula no le otorgaba el poder de decidir definitivamente ni de forma obligatoria las controversias. En tercer lugar y subsidiariamente, Malasia alegó que, en todo caso, la cláusula arbitral sería caduca pues designa específicamente al Cónsul General británico en Borneo, y este cargo ya no existe.

La Corte de Apelación recordó que, tratándose de una determinación sobre la competencia, tomaría en cuenta todos los elementos de hecho y de derecho que le permitan apreciar el alcance del convenio arbitral. También recordó la regla material francesa consagrada en *Dalico*⁹, según la cual, la cláusula arbitral es independiente jurídicamente del contrato principal y su existencia y eficacia se aprecian, salvo por las reglas imperativas del Derecho francés y del orden público internacional, según la común voluntad de las partes, que por sí sola confiere al árbitro su poder jurisdiccional, sin que sea necesario referirse a una ley estatal¹⁰.

⁸ Malasia invocó la constitución irregular del tribunal arbitral, la incompetencia del tribunal arbitral, la violación del principio de contradicción, la violación por el árbitro de sus obligaciones de imparcialidad e independencia y la violación del orden público internacional.

⁹ *Dalico*, C.Cass. civ. 1°, 20 de diciembre de 1993, nota E. Gaillard, en *JDI* 1994, p. 432; nota P. Mayer, en *RCDIP* 1994, p. 663.

¹⁰ *Sultan de Sulu*, C.A. Paris, 6 de junio de 2023, párr. 65: “*en vertu d'une règle matérielle de droit internationale de l'arbitrage, la clause compromissoire est indépendante juridiquement du contrat principal qui la contient, directement ou par référence. Son existence et son efficacité s'apprécient, sous réserve des règles impératives du droit français et de l'ordre public international, d'après la commune volonté des parties, qui seule investit l'arbitre de son pouvoir juridictionnel, sans qu'il soit nécessaire de se référer à une loi étatique*”.

Luego de ello, la Corte se dedicó a la difícil tarea de analizar el sentido y alcance de la cláusula en cuestión, la cual fue redactada originalmente en Jawi (malayo clásico escrito en caracteres árabes) y sobre la cual existían varias traducciones en francés, inglés y español, algunas contemporáneas y otras hechas para el arbitraje o para el procedimiento de anulación.

La Corte señaló que la interpretación debía realizarse buscando la común voluntad de las partes a la luz del principio de buena fe, que no permite que una parte pueda sustraerse de los compromisos consentidos libremente, aunque expresados de manera defectuosa y del principio de efecto útil, según el cual cuando las partes incluyen una cláusula de arbitraje en su contrato debe presumirse que su intención fue establecer un mecanismo eficaz de resolución de controversias.

Según la Corte, todas las versiones de la cláusula coincidían en que las partes quisieron designar a un tercero para que conozca de los litigios que eventualmente surjan entre ellas o sus sucesores a raíz del Contrato. Al respecto, el Contrato no preveía ninguna obligación ni derecho a favor del Cónsul General británico en Borneo ni tampoco a favor de la Reina de Inglaterra a la cual este representaba, de tal manera que sí se podía considerar un tercero. De la misma manera, el Baron von Overbeck actuaba en nombre propio y de una empresa privada, y no por cuenta de la Corona Británica.

En cuanto a la misión conferida al tercero, la Corte notó que aunque según algunas traducciones la cláusula indicaría que el Cónsul debía “examinar y opinar” o “conocer y considerar”, que sugieren una misión consultiva, la mayoría de ellas, así como una correspondencia de la época, apuntaban más bien a las nociones de “juzgar” y “decidir”, de tal manera que la Corte concluyó que las partes invistieron al tercero de una misión de decidir sobre una controversia, así que podía considerarse que existía una cláusula compromisoria.

Sin embargo, la Corte también concluyó que, según los elementos de prueba disponibles, la elección del Cónsul General británico en Brunei era un elemento determinante para que las partes aceptaran recurrir al arbitraje, pues quien ocupaba este cargo en la época gozaba de la confianza de ambas partes y había participado en las negociaciones y firmado el Contrato.

En vista de lo anterior, la Corte consideró que la desaparición del cargo de Cónsul General británico en Brunei hacía que la cláusula arbitral deviniera caduca, conclusión que se veía confortada por el hecho de que, en 1946, la

Gran Bretaña había sucedido en sus derechos a una de las partes, así a partir de esta fecha un cónsul británico no podía ser considerado como un tercero independiente¹¹.

Por lo tanto, la Corte decidió que era necesario un nuevo acuerdo de voluntades entre las partes y, en ausencia de tal acuerdo, la cláusula tal como fue pactada no podía aplicarse, pues la decisión del juez español de apoyo no podía substituir esta voluntad.

Comentario

Lo primero que salta a la vista es la prudencia de la Corte de Apelación, que prefirió concentrarse en la causal relativa a la determinación de la existencia de la cláusula arbitral y de su alcance, una cuestión más técnica, en lugar de entrar a analizar la arbitrabilidad del litigio debido a su eventual impacto sobre la soberanía territorial de un Estado, un aspecto más complejo y delicado. Sin embargo, la decisión de la Corte corresponde también al orden más lógico de abordar el problema, es decir, determinar primero si hay un acuerdo válido para arbitrar antes de analizar si el litigio es o no arbitrable.

Al respecto, la clausula en disputa, según la traducción adoptada por el árbitro único¹², establece:

(...) should there be any dispute, or reviving of all grievances of any kind, between us, and ours heirs and successors, with Mr. Gustavus Baron de Overbeck or his Company, then the matter will be brought for consideration or judgement of Their Majesties' Consul-General in Brunei (...).

Estamos frente a un contrato de finales del siglo XIX, cuya disposición de resolución de controversias no se refiere de manera explícita al arbitraje y no prevé ni sede, ni ley ni procedimiento aplicable. La discusión sobre la existencia y alcance del convenio arbitral parece, por lo tanto, legítima.

Habiendo revisado los elementos disponibles sobre este aspecto, es decir, el análisis hecho por la propia Corte y el que llevó a cabo el árbitro en su laudo

¹¹ *Sultan de Sulu*, CA Paris, 6 de junio de 2023, párrs. 77-79.

¹² *Preliminary Award on Jurisdiction*, 25 de mayo de 2020, parr. 10.

preliminar sobre las diversas traducciones de la cláusula, notamos que existen elementos suficientes para considerar, como lo hizo la Corte de Paris, que se trata en efecto de una cláusula que remite las controversias entre ellas a un tercero para que este las decida. La Corte constató estos hechos y reconoció la existencia de una intención de las partes de someter la disputa a arbitraje.

Sin embargo, quedaba aún por resolver el aspecto relativo al tercero que debía decidir la controversia: el Cónsul General al que se refería la cláusula dejó este mundo y el mismo cargo de Cónsul General británico en Borneo ya no existe. De hecho, el gobierno británico, cuando fue requerido por los Herederos para nombrar a un árbitro que pudiera ser equivalente al considerado en la cláusula, se negó a hacerlo y les sugirió dirigir su reclamo directamente ante el gobierno de Malasia.

En el laudo preliminar, al abordar esta dificultad¹³, el árbitro único comparó esta circunstancia a los casos de cláusulas arbitrales patológicas, en las que se indica erróneamente una institución arbitral que no existe, y tal error puede subsanarse para mantener válido el acuerdo arbitral. Luego se refirió a la decisión *NIOC c. Israel*¹⁴ de la Corte de Casación francesa, interpretando que los Herederos se encontrarían en una situación de denegación de justicia similar a la del célebre caso francés, la cual habría justificado la decisión del TSJ de Madrid de nombrarle árbitro único.

En cuanto a asimilar la cláusula del Contrato a una cláusula patológica, consideramos que el análisis debería ser diferente. No estamos realmente ante una cláusula patológica, pues al momento de firmar el Contrato si existía el cargo de Cónsul General británico en Borneo y también existía la persona en cuestión que ejercía este cargo en 1878, M. William Treacher, quien aparentemente gozaba de la confianza de ambas partes y había participado activamente en la negociación del Contrato y también lo había firmado.

Al respecto, el propio laudo preliminar indica: “the arbitrator (i.e. the Consul General in Brunei) –as apparent in the Arbitration Agreement– was chosen intuit personae –being a friend or a man of [sic] wisdom– because the Parties trusted him or

¹³ *Preliminary Award*, párr. 119.

¹⁴ *NIOC c. Israel*, C. Cass. 1.º civ., 1 de febrero de 2005, nota H. Muir Watt, en *Rev. Arb.*, 2005, p.693; T. Clay, en *Rev. crit. DI*, p. 140. Ver también, A. Mourre y B. Amezaga, “La competencia del juez de apoyo francés, en particular en caso de denegación de justicia. El nuevo art. 1505 del Código Procesal Civil”, en *Spain Arbitration Review* 2011, esp. p. 103 y ss.

*were prepared to submit to his authority, as he would be able to devise a satisfactory solution to the dispute*¹⁵.

El problema es que esta persona en quien las partes confiaban y a quien estaban dispuestas a someter sus controversias dejó de existir, y no existe más tampoco el cargo al que se refiere la cláusula.

¿Qué hacer en este caso? ¿Debía dejarse de lado la elección específica que hicieron las partes y privilegiar la eficacia del convenio arbitral, concluyendo que el juez de apoyo español podía suplir la elección del árbitro que hicieron las partes? La Corte francesa prefirió privilegiar la idea de que el consentimiento de las partes originales a arbitrar estaba condicionado a que el árbitro fuese el Cónsul General británico en Borneo.

Se ha criticado a esta decisión por interpretar que había una designación *intuitu personae* en la cláusula, cuando esta solo se refiere al cargo de Cónsul General británico en Brunei.

Al respecto, quizás el análisis más exhaustivo llevado a cabo por la Corte de Apelación, tomando en cuenta todos los elementos de hecho y de derecho para apreciar el alcance del convenio, incluidas las correspondencias de la época y la constatación del propio árbitro único en su *Preliminary Award*, le permitieron descifrar mejor la intención original de las partes.

Aunque quizás sea más severa de lo que podría esperarse en otras circunstancias, la decisión de la Corte de Apelación parece técnicamente correcta. Pero, las circunstancias están lejos de ser normales. Estamos ante un litigio entre particulares que sucedieron a un soberano y a un Estado que sucedió a particulares, en donde se llevó a cabo un procedimiento arbitral *ad hoc* en el que Malasia no participó y cuya regularidad ha sido negada por los tribunales españoles que nombraron al árbitro único, el árbitro decidió modificar la sede del arbitraje a instancia de los Herederos y tras no haber comparecido Malasia en el arbitraje. En un laudo final condenó a Malasia a pagar cerca de 15 billones de dólares a personas privadas. Todo ello en medio de un contexto político delicado respecto de la soberanía de Malasia sobre el territorio objeto del Contrato.

Nos queda esperar con atención para conocer las evoluciones que tendrá este caso en sus diversas vertientes y jurisdicciones y los interesantes comentarios que sin duda suscitará.

¹⁵ *Preliminary Award*, párr. 114 (negrita añadida).

II. Falta de pago. Deber de participar conjuntamente a los gastos del arbitraje. Principio de lealtad procesal

1. *Cour de Cassation*, 1° civ. 9 de febrero de 2022

Este caso surge de un contrato de franquicia entre las sociedades “La Tagliatella”, como franquiciador y “Tagli’apau”, como franquiciado. Al momento de generarse una controversia, Tagli’apau, invocó la cláusula de arbitraje CCI prevista en el contrato e inició un arbitraje contra Tagliatella. Tagliatella se negó a pagar su parte de la provisión del arbitraje, de manera que la CCI solicitó a la Demandante suplir la falta de pago. La Demandante, sin embargo, se negó a hacerlo, de manera que la CCI retiró la demanda de arbitraje en aplicación del artículo 36(6) del Reglamento (2012).

Tagli’apau demandó entonces a Tagliatella ante el Tribunal de Comercio de Pau alegando que, al negarse a pagar su parte de la provisión, la Demandada había renunciado al arbitraje y que su situación de insolvencia hizo que el convenio arbitral deviniera inaplicable. En particular, Tagli’apau alegó que, si el Tribunal de Comercio no admitiese su demanda, se produciría una situación de denegación de justicia. Las Demandadas opusieron entonces la cláusula arbitral para sostener la falta de competencia del TC. El Tribunal de Comercio¹⁶ primero, y luego la Corte de Apelación¹⁷, declinaron su competencia en vista de que existía un convenio arbitral, de conformidad con el artículo 1448 CPC¹⁸.

La Corte de Apelación consideró que la falta de pago de la provisión no era equivalente a una renuncia irrevocable del convenio arbitral y el convenio arbitral no podía considerarse “manifiestamente nulo o inaplicable” en el sentido del artículo 1448 CPC debido a la insolvencia de Tagli’apau. La Corte añadió que según el artículo 36 de las Reglas CCI (2012), la obligación de pagar la provisión

¹⁶ TC Pau, 26 de mayo de 2020.

¹⁷ CA Pau, n° 20/01175, del 5 de noviembre de 2020.

¹⁸ CPC, art. 1448: “en caso de que una controversia cubierta por un convenio arbitral se someta a un tribunal estatal, este deberá declararse incompetente, salvo si el tribunal arbitral no estuviera aún conociendo de la controversia y el convenio arbitral fuere manifiestamente nulo o manifiestamente inaplicable” (trad. simple).

para los costos corresponde al demandante¹⁹, de manera que la parte demandada podía negarse a pagar su cuota de la provisión.

Tagli'apau recurrió esta decisión ante la Corte de Casación, que decidió anularla con base en las siguientes dos razones: en primer lugar, porque la Corte de Apelación de Pau, al afirmar que las Demandadas no estaban obligadas a pagar la provisión del arbitraje, había desnaturalizado el contenido del Reglamento de la CCI, que prevé que ambas partes deben participar en la provisión para los costos del arbitraje. En segundo lugar, porque consideró que es contrario a la lealtad procesal que la parte que impidió el arbitraje, negándose a pagar su cuota de la provisión, se niegue también después a aceptar la competencia del tribunal estatal, alegando la existencia de un convenio arbitral.

Comentario

Esta decisión ha generado numerosos comentarios en la doctrina francesa²⁰, dividida entre quienes apoyan y quienes critican el resultado.

La decisión de la Corte de Apelación, que fue anulada, tenía el mérito de afirmar el principio *compétence compétence* consagrado en el artículo 1448 CPC, según el cual, en presencia de una convención de arbitraje, el juez estatal debe declararse incompetente, salvo si la convención de arbitraje es manifiestamente nula o inaplicable. Al respecto, la Corte de Apelación indicó que Tagli'apau nunca alegó la nulidad manifiesta de la convención de arbitraje y solo alegó que la cláusula sería inaplicable debido a su situación de insolvencia, pero la Corte rechazó este argumento.

Como ya ha sido decidido en múltiples ocasiones por la jurisprudencia francesa²¹, la sola circunstancia de encontrarse en una situación de insolvencia no caracteriza una inaplicabilidad manifiesta del convenio arbitral. Admitir

¹⁹ CA Pau, n° 20/01175, del 5 de noviembre de 2020 : “*les intimés font justement valoir qu'en application de l'article 36 du Règlement d'arbitrage, la partie demanderesse à la procédure assume seule les frais de provisions*”.

²⁰ C. Jarrosson, en *Rev. Arb.* 2022, p. 309; M. de Fontmichel, en *JCP G.* 2022, p. 553; E. Loquin, en *RTD com.* 2022, p. 487; S. Nataf, “*Payment of the Advances on Costs, Procedural Loyalty and Access to Justice*”, en *ASA Bull.* 2022, p. 855; L. Weiller, en *Procedures*, 2022, comm. 100; L. Jandard, en *JCP G.* 2022, p. 724; J. Clavel-Thoraval, en *Gaz. Pal.* 2022, n° 11, p. 648; J. Jourdan-Marques, en *Dalloz actualités*, 16 mars 2022.

²¹ *Lola Fleurs*, CA Paris, 26 de febrero de 2013, *Rev Arb* 2013, p. 749, nota de F.X. Train; T. Clay, en *Dalloz* 2013.2936; C. Dupeyron y F. Poloni, en *Bull. ASA*, 2013, p. 900; CA Paris, 7 de abril de 2015; C.Cass.

esta posibilidad sería peligroso pues abriría una oportunidad indebida para que partes de mala fe intenten escapar de su compromiso a arbitrar alegando insolvencia o procurando esta insolvencia de manera fraudulenta.

En el presente caso, sin embargo, otras circunstancias justificaron la decisión de la Corte de Casación.

En cuanto al primer motivo de anulación retenido, la Corte de Casación acertadamente notó que el artículo 36(2) del Reglamento CCI²² prevé que “la provisión para gastos fijada por la Corte de conformidad con el presente Artículo 36(2) será pagada en partes iguales por la demandante y la demandada”. Por lo tanto, al establecer que conforme a dicho reglamento la demandante debía asumir ella sola los costos del arbitraje, la Corte de Apelación había desvirtuado los términos claros de esta norma, que por convenio de las partes es obligatoria para ellas, lo cual ya justificaba la anulación de la decisión de la Corte de Apelación.

En efecto, el Reglamento CCI permite que la parte más interesada asuma integralmente los costos del arbitraje para poder continuar el procedimiento, pero esta disposición ha sido erróneamente interpretada como una autorización para no pagar la provisión. La Corte de Casación recordó acertadamente que, al estipular una cláusula de arbitraje institucional, las partes también se obligan a hacer los pagos necesarios para poder llevar a cabo el arbitraje²³.

En el segundo motivo, la Corte de Casación consideró la actuación de la parte demandada, quien durante el arbitraje opuso excepciones a la competencia arbitral y se negó a pagar su parte de la provisión para los costos del arbitraje, impidiendo que se llevara a cabo el mismo, pero al ser demandada luego ante

civ. 1°, 13 de julio de 2016, M. de Fontmichel, en *JCP*, 2016.1002; C.A. París, 20 de octubre de 2021, n° 21/06054. Más recientemente, C.Cass. civ, 1°, 28 de septiembre de 2022, n°21-21.738.

²² Actualmente, artículo 37(2) del Reglamento de Arbitraje CCI de 2021.

²³ Sentencia Parcial, caso CCI n° 7289, del 2 de septiembre de 1996; TGI Beauvais, 9 de abril de 1998; CA Appel Anvers, 29 de junio de 1998; Sentencia Parcial, caso CCI n°10526, del 27 de marzo de 2001, *Bull. ASA* 2001.285, nota de X. Favre-Bulle. La CCI desde hace tiempo ha aclarado que “en los arbitrajes CCI, el hecho de que una parte se niegue a pagar cualquier porción de la provisión para gastos a su cargo y que deje a la otra parte pagarlo en su lugar no es una práctica normal. Si la CCI autoriza a una parte a substituir a otra para el pago de la provisión, esto en ningún caso puede ser considerado como un aval o una aceptación de la CCI de la falta de pago por dicha parte de la porción de los costos que le incumben”, Nota de información de la Secretaría de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI, en *Bull. CCI*, vol. 4, n° 1, mayo 1993, p. 29 (traducción simple).

la jurisdicción estatal, invocó el convenio arbitral para sustraerse también de la justicia estatal, violando así el principio de lealtad procesal.

Al respecto, la demandante ya había invocado ante la Corte de Apelación de Pau el principio de estoppel, para que se declarara inadmisibles las excepciones de falta de competencia, sin embargo, la Corte de Apelación rechazó este argumento indicando que la conducta contradictoria no se había producido en un mismo procedimiento sino en dos diferentes, el arbitral y el judicial.

Consideramos más acertada la decisión de la Corte de Casación, que se basó en el principio general de lealtad procesal que cubre toda la actuación de las partes en el proceso para impedir una actuación contradictoria y desleal por parte de la demandada. Al respecto, existen antecedentes similares, tanto arbitrales como judiciales, en los que la actitud desleal de una parte llevó a que se considerara rescindida la cláusula arbitral o se admitiera el recurso a la jurisdicción estatal a pesar de existir un convenio arbitral.

En un caso CCI, la parte demandada primero se negó a cubrir la parte de los costos que le correspondían, los cuales fueron pagados por la otra parte, luego se negó a pagar la condena impuesta en un primer laudo respecto de ciertas comisiones debidas y, finalmente, se negó también a pagar su parte de una provisión suplementaria respecto de otras demandas. El demandante decidió entonces acudir a la jurisdicción estatal, pero la demandada opuso la incompetencia de esta última en virtud de la existencia de un convenio arbitral. En este caso, el tribunal arbitral declaró la resolución del convenio arbitral debido al incumplimiento de la demandada de su obligación contractual esencial de participar en los costos del arbitraje, paralizando cualquier posibilidad de que se reconocieran los derechos de la demandante²⁴.

En otro caso, la Corte de Casación interpretó el rechazo de una parte demandada en pagar su porción de la provisión para costos como una renuncia al convenio arbitral y, tomando en cuenta además la actuación de la demandada, decidió que cuando una parte no había pagado su porción de la provisión para costos del arbitraje, no es admisible que esta parte, para impugnar la competencia de la jurisdicción estatal, invoque el mantenimiento de la instancia arbitral que ella misma ha obstaculizado con su actitud dilatoria²⁵.

²⁴ Laudo en el caso CCI n° 9667 del 10 de agosto de 1998, nota de D. Hascher, en *JDI*, 2000.1096.

²⁵ C. Cass. civ. 1°, 19 de noviembre de 1991, nota de D. Hascher, en *Rev. Arb.* 1992, p. 462.

Un aspecto importante que debe tenerse en cuenta es que la decisión comentada de la Corte de Casación, así como las decisiones recién citadas, dan soluciones en los casos en los que una parte se niega a hacer los pagos debidos, negándose además a otras posibilidades de acceso a la justicia, pero no son casos en los que las partes simplemente están en la imposibilidad de pagar los costos del arbitraje.

Respecto de la difícil cuestión de la insolvencia, una decisión posterior de la Corte de Casación en 2022²⁶ confirmó que se mantiene el principio de que no basta invocar la insolvencia para alegar que la cláusula arbitral es manifiestamente inaplicable. En este caso, la Suprema Corte francesa indicó que la recurrente no había alegado que intentó poner en marcha el arbitraje, sin poder lograrlo, debido a la ausencia de remedios a sus dificultades financieras. Existe por lo tanto a cargo de las partes insolventes un deber de esfuerzo suficiente, a pesar de sus dificultades financieras, para organizar el arbitraje.

III. Independencia e imparcialidad – Renuncia – Revelación – Notoriedad

1. *Bestful, Cour d'appel de Paris, pôle 5, ch. 16, 22 de febrero de 2022*

El caso surge de dos contratos de asesoría firmados en 2014 entre la sociedad Dreample y la sociedad Airbus Defence and Space (“ADS”) respecto de un programa de desarrollo de satélites. En 2017, ADS decidió rescindir los contratos con Dreample y cesar los pagos a esta sociedad invocando que esta última no había respetado sus compromisos para conformarse a determinadas políticas de ADS.

Dreample activó el convenio arbitral y demandó a ADS por resolución indebida. Las partes nombraron de común acuerdo al árbitro único a inicios de 2019, eligiéndolo de entre una lista de 5 candidatos. Luego de iniciado el arbitraje, Bestful International Trading Ltd (“Bestful”), sucedió a Dreample en el arbitraje, aceptando sus términos. En febrero de 2022, el árbitro único dictó

²⁶ C. Cass. civ. 1°, 28 de septiembre de 2022.

un laudo final en el que rechazó la demanda de Bestful y le condenó a pagar a ADS cerca de 500.000 USD por los costos y gastos del arbitraje.

Bestful presentó entonces un recurso de anulación contra el laudo, alegando, entre otros motivos, la constitución irregular del tribunal arbitral, pues el árbitro no sería independiente e imparcial. Bestful también invocó la falta de imparcialidad para alegar que el laudo violaba el orden público.

Bestful alegó que el árbitro había redactado varios artículos relativos a la lucha contra la corrupción y era editor de una revista de arbitraje que había publicado en 2012 y 2015, artículos sobre este tema, lo que indicaba que el árbitro tenía un prejuicio en su contra, pero solo pudo percibir tal prejuicio al recibir el laudo final. Bestful se quejó en particular del hecho de que el árbitro no había revelado estas circunstancias, que ella no pudo conocer pues entró en el arbitraje luego de la designación del árbitro, cuando sucedió a Dreample.

ADS alegó, por una parte, que este motivo era inadmisibile, pues los artículos del árbitro o su posición como editor eran hechos conocidos y notorios y Bestful nunca se refirió a ello durante el arbitraje, de manera que, de conformidad con el artículo 1466 CPC, debía considerarse que renunció a alegarlos. Sobre el fondo, ADS alegó que las circunstancias invocadas no eran susceptibles de crear dudas razonables sobre la independencia e imparcialidad del árbitro.

Ante el argumento de inadmisibilidad invocado por ADS, la Corte de Paris, constató primero que Bestful no había cuestionado la imparcialidad del árbitro durante el arbitraje y después verificó si la recurrente había tenido acceso a la información sobre el árbitro o si debía asumirse que lo tuvo pues se trataba de información notoria.

La Corte notó que en la declaración de aceptación del árbitro y en su CV constaba que era coeditor de la revista *Austrian Yearbook on International Arbitration* desde 2007 y que esta información aparecía también en sus perfiles profesionales en Who's Who y en LinkedIn. Además, todas las publicaciones del árbitro constaban en su CV.

La Corte también notó que los artículos a los que se refería Bestful, habían sido redactados por terceras personas y no por el árbitro, y habían sido publicados en la revista *Austrian Yearbook on International Arbitration* en 2012 y 2015. La Corte constató que esta revista está disponible en la base de datos *Kluwer Arbitration*, e indicó que esta base es generalmente consultada por los especialistas del arbitraje, de tal manera que la información es de fácil acceso y su consulta

no requiere una investigación excesiva. Por estas razones, según la Corte, no hay duda de la notoriedad de los artículos y las revistas citadas en el CV del árbitro.

En vista de lo anterior, la Corte de Paris concluyó que al ser los hechos reprochados anteriores a la designación del árbitro y además notorios, la falta de reacción de Bestful sobre los mismos antes de que se dictase el laudo final, debía considerarse como una renuncia a alegarlos con posterioridad, de tal manera que el recurso de Bestful era inadmisibile.

La Corte de apelación también rechazó el argumento basado en que Bestful no participó en la designación del árbitro, pues Bestful había aceptado suceder a Dreample en el arbitraje estando consciente de que éste ya se había iniciado y el árbitro había sido designado.

Comentario

Consideramos que la decisión es, en definitiva, justa, pues Bestful no parece haber demostrado en absoluto su alegación de falta de imparcialidad del árbitro. Sin embargo, nos parece que la decisión suscita algunos comentarios.

Por una parte, no podemos sino unirnos al profesor Jarrosson, quien acertadamente apuntó al hecho de que la Corte no necesitaba hacer todo el razonamiento relativo al carácter notorio de los hechos criticados, pues hubiese sido más simple determinar primero si los hechos reprochados eran en sí mismos susceptibles de crear una duda razonable sobre la neutralidad del árbitro²⁷.

En efecto, lo que específicamente criticó Bestful fue el hecho de que en el *Austrian Yearbook*, del cual el árbitro era coeditor, fueron publicados dos artículos en 2012 y 2015, que se habrían expresado sobre el tema del fraude y de la corrupción en el arbitraje. Estos artículos fueron escritos por personas distintas del árbitro.

Consideramos que la invocación de trabajos académicos pasados de los árbitros debe utilizarse con extremo cuidado para alegar su parcialidad respecto de un determinado caso, bajo el riesgo de afectar indebidamente la libertad intelectual de cualquier profesional del Derecho²⁸. Esta cautela es aún más evi-

²⁷ Ch. Jarrosson, "Propositions de méthode pour simplifier le contrôle de l'impartialité de l'arbitre, note sous Paris 22 février 2022", en *Rev. Arb.* 2022.2, p. 656.

²⁸ Así, por ejemplo, debemos notar que esta hipótesis se encuentra en la "lista verde" (4.1.1) de las Directrices IBA sobre conflictos de intereses en arbitraje internacional.

dente cuando se trata de artículos escritos por terceros que fueron publicados en la revista en la que el árbitro participa como editor. El hecho de ser editor de una revista no implica que la persona adhiera a todas las posiciones que puedan expresar los artículos publicados en la misma. Al contrario, el análisis práctico y académico exige contrastar posturas diversas y dar espacio a opiniones que no necesariamente coinciden con las propias para enriquecer el debate y el intercambio de ideas.

Por lo tanto, consideramos que los alegatos se referían a información irrelevante que el árbitro no estaba obligado a revelar más allá de las menciones a sus propias publicaciones que aparecían en su CV. El que fueran o no notorias no es realmente pertinente.

Por otra parte, tenemos dudas sobre el análisis que hace la Corte sobre el carácter “notorio” de determinadas informaciones por el hecho de que estén disponibles en la base de datos *Kluwer Arbitration*. En primer lugar, aunque se trata de una base de datos muy utilizada por los especialistas del arbitraje, es un servicio privado, que exige estar abonado, así que sería excesivo asumir que cualquier parte actuando en cualquier arbitraje tendrá acceso a la misma. Esto es algo que debería determinarse de manera casuística.

En segundo lugar, aun admitiendo que sea información accesible, creemos que el carácter accesible o disponible de la información debería distinguirse del carácter notorio de la misma²⁹. Incluso en bases de datos públicas y libremente accesibles en internet existe una cantidad enorme de información disponible, pero no es razonable concluir que, por ser accesible, esta información será también “notoria”. La notoriedad exige que se trate de una información que ha sido ampliamente difundida, de tal manera que puede asumirse que es conocida por las partes y por ello no se requiere su revelación.

Constatamos, sin embargo, que la tendencia de las cortes francesas en los últimos años es aplicar una noción bastante amplia de la notoriedad, que incluye información disponible en internet sobre las partes, sus filiales o sus abogados, o reportes o artículos especializados, sólo accesibles mediante suscripción³⁰.

²⁹ Al respecto, nos parece mucho más exacto el análisis hecho por la Corte de Apelación de París en el caso *Dommo*, del 25 de febrero de 2020, ver comentario del autor en *Arbitraje, Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, vol. XIII, 2021 pp. 379-389.

³⁰ *J&P Avax*, CA París, 12 de abril de 2016 y C.Cass., 19 de diciembre de 2018; *Audi Volkswagen*, C.Cass., 3 de octubre de 2019; CA París, 16 de octubre de 2010; *Vidatel*, CA París, 26 de enero de 2021; *Couach*, CA París 22 de febrero de 2022.

Por último, existe otro aspecto digno de mención en esta decisión. En su recurso de anulación, además de invocar la constitución irregular del tribunal arbitral (art. 1520(2) CPC) debido a la alegada parcialidad del árbitro, Bestful invocó también la violación del orden público (art. 1520(5) CPC), pues el laudo habría sido dictado por un árbitro parcial. Para ello, Bestful se basó en las mismas circunstancias alegadas respecto de la causal de constitución irregular del tribunal, es decir en el título y contenido de los dos artículos publicados en el *Austrian Yearbook*, y en la motivación del laudo.

Resulta interesante que, aunque la Corte ya había decidido que Bestful habría renunciado a invocar esta circunstancia respecto de la causal del artículo 1520.2 CPC, pues la información era notoria y Bestful nunca se quejó de ello antes del proceso de anulación, ante la invocación de violación del orden público, la Corte se sintió en la necesidad de estudiar el fondo del alegato, pues tratándose de una violación del orden público, no se aplicaría el principio de renuncia del artículo 1466 CPC.

La parte positiva de esto es que la Corte tuvo la ocasión de dejar claro, aparte de su determinación sobre la notoriedad, que la participación como editor en una revista que publica artículos científicos sobre arbitraje no es susceptible de poner en duda la imparcialidad del árbitro.

La parte negativa es que, bajo el pretexto de proteger el orden público internacional, pareciera que se abre una segunda posibilidad, a nuestro modo de ver indebida³¹, para que las partes invoquen las mismas circunstancias dos veces, con la ventaja de que, tratándose de la violación del orden público, la contraparte no podrá oponer la renuncia.

Aunque es cierto que la independencia e imparcialidad son esenciales a la función del árbitro, de la misma manera que el principio de debate contradictorio forma parte del orden público procesal, la organización de las vías de recurso contra los laudos arbitrales prevén causales específicas y limitadas para poder atacar los laudos. Tratándose de las críticas sobre la idoneidad del árbitro para desempeñar su función, la causal prevista es la del numeral 2° del artículo 1520 CPC que prevé la constitución irregular del tribunal, tratándose del respecto del debate contradictorio, la causal es la del numeral 4°. La estrategia de

³¹ En el mismo sentido, ver T. Clay y J. Ortscheidt, "Contrôle de l'indépendance", en *Cahiers de l'arbitrage*, 2022, n° 3, p. 861.

invocar junto a las causales anteriores, la violación del orden público internacional nos parece incorrecta y debería ser corregida por los tribunales.

Nos parece más correcta en este sentido la solución que dio la Corte de Apelación en una sentencia del mismo día³², en la que la recurrente se quejaba de que el tribunal arbitral habría planteado de oficio la posible prescripción de la acción y alegaba que ello justificaba la anulación del laudo pues este mismo hecho indicaría: (i) la parcialidad de los árbitros (1520.2°), (ii) que el tribunal no se habría conformado a su misión (1520.3°), y (iii) una violación del orden público internacional (1520.5°).

La Corte notó que la recurrente no se había quejado durante el arbitraje de la actuación del tribunal y analizó la aplicación de la renuncia prevista en el artículo 1466 CPC. Al respecto, la Corte señaló que la renuncia prevista no se refiere solamente a las irregularidades en el procedimiento sino también a los motivos que constituyen causales de anulación, a excepción del artículo 1520.5°, según el cual el reconocimiento o la ejecución del laudo violaría el orden público internacional de fondo. La Corte a continuación notó que la invocación de oficio de un argumento jurídico, someténdolo al debate contradictorio, sería una irregularidad procesal y no de fondo, de tal manera que la renuncia del artículo 1466 también se debe aplicar a esta causal y por lo tanto decidió que la demanda de anulación, bajo las tres causales, era inadmisibile.

³² *Couach*, CA Paris, pôle 5, ch. 16, 22 de febrero de 2022.

Juicio de Amparo 1206/2022, Juzgado Primero de Distrito en Materia Civil de la Ciudad de México

JOAQUÍN VEGA MARTÍNEZ

SOCIO VEGA, GUERRERO & ASOCIADOS, MÉXICO

GUILLERMO DAFFIR MADRIGAL MONROY

ASOCIADO JR. VEGA, GUERRERO & ASOCIADOS, MÉXICO

Resumen: En una disputa derivada de la construcción y operación de dos plantas de generación de energía solar fotovoltaica ubicados en el Estado de Zacatecas, México y la celebración de contratos transaccionales entre las partes, se solicitó a un juez el otorgamiento de medidas cautelares “pre-arbitrales” que tuvieran como fin, entre otras cosas, el cumplimiento de los contratos y los Proyectos. El juez que concedió las medidas a las partes solicitantes e incluso amplió su plazo, valoró la urgencia de las medidas y la apariencia del buen derecho, debido al interés colectivo detrás de la construcción de los Proyectos. Sin embargo, el mismo juez decidió levantar las medidas en virtud del procedimiento, alegando que las medidas al haber sido concedidas en el carácter de pre arbitrales perdían su razón de ser, una vez iniciado el arbitraje. Ante esta situación los solicitantes interpusieron un juicio de amparo indirecto para combatir la resolución judicial que determinaba levantar las medidas cautelares dictadas por el propio juez. En el juicio de amparo, los solicitantes alegaron que dicha determinación carecía de fundamento, lo cual atentaba en contra de su seguridad jurídica, acceso a una tutela efectiva y legalidad. En su determinación el juez de amparo decidió que dicha resolución era contraria a derecho, dejando válidas las medidas otorgadas en un primer momento.

Palabras clave: Medidas cautelares, Pre-arbitrales, Interés colectivo, Conservación de la materia, Apariencia del buen derecho, Carácter urgente, Amparo.

Abstract: In a dispute arising from the construction and operation of two photovoltaic solar power plants located in the State of Zacatecas, Mexico, and the execution of transactional contracts between the parties, a judge was requested to grant “pre-arbitral” precautionary measures aimed, among other things, at ensuring compliance with the contracts and the Projects. The judge, who

granted the measures to the requesting parties and even extended their duration, assessed the urgency of the measures and the appearance of good legal standing, considering the collective interest behind the construction of the Projects. However, the same judge later decided to lift the measures based on procedural grounds, arguing that since the measures had been granted as pre-arbitral, they lost their purpose once arbitration had commenced. Faced with this situation, the requesting parties filed an indirect amparo lawsuit to challenge the judicial decision that ordered the lifting of the precautionary measures initially granted by the judge. In the amparo proceeding, the petitioners argued that such a determination lacked legal grounds, thereby violating their legal certainty, access to effective judicial protection, and the principle of legality. In its ruling, the amparo judge determined that the decision to lift the measures was contrary to the law, thereby upholding the validity of the precautionary measures originally granted.

Keywords: Precautionary measures, Pre-arbitral, Collective interest, Preservation of the subject matter, Appearance of good legal standing, Urgent nature, Amparo.

I. Sobre la celebración de los contratos

La celebración de los Contratos de Ingeniería, Adquisiciones y Obra (en lo sucesivo los “Contratos”) para llevar a cabo dos proyectos de infraestructura eléctrica, concretamente la construcción y operación de dos plantas de generación de energía solar fotovoltaica ubicados en el Estado de Zacatecas, México (en lo sucesivo los “Proyectos”) fueron acompañados de la celebración Contratos de Compraventa y Cesión de Partes Sociales (en lo sucesivo “PSA”, por sus siglas en inglés) entre las partes. Los PSA, preveían en su artículo 8.9, la firma de diversos Convenios Modificatorios a los Contratos para la consecución del objeto, es decir, la terminación de los Proyectos.

Dentro de los PSA celebrados, las partes contratantes fijaron un plazo para el cumplimiento de las obligaciones, mejor conocido como *Outside Date*. Pese a ello, una de las partes contratantes, comenzó a obstaculizar la concreción de los Proyectos, a través de diversos actos, hechos y abstenciones para retrasar la construcción del Proyecto. Principalmente, el interferir e impedir la firma de un Convenio Modificatorio a uno de los Contratos.

En ese sentido, la parte afectada promovió a través del juicio especial sobre transacciones comerciales y arbitraje unas medidas cautelares “pre-arbitrales”

con el fin principalmente que la contraparte se abstuviera de: transmitir las partes sociales a adquirir, disponer sobre derechos y obligaciones previstos en los PSA, entorpecer la negociación y firma de los Convenios Modificatorios a los Contratos, retrasar el cumplimiento de los Contratos y suspender los efectos del *Outside Date* celebrado en los PSA. Lo anterior con el fin de salvaguardar la viabilidad y culminación de los Proyectos.

II. Del procedimiento judicial

Del juicio promovido conoció el Juzgado Quinto de Distrito en Materia Civil en la Ciudad de México (en lo sucesivo el “Juzgado Quinto”), mismo que otorgó las medidas cautelares solicitadas por medio de auto dictado el 25 de septiembre de 2020, con el fin de que la situación de hecho existente se mantuviera, es decir que los Contratos siguieran surtiendo sus efectos.

A criterio del juzgador, las medidas solicitadas acreditaban el carácter urgente, al existir un peligro en la demora que, de no decretarse de manera inmediata, se podría ocasionar un daño no solo a los intereses de los solicitantes sino de la colectividad porque la demanda arbitral versaría sobre el cumplimiento de las obligaciones asumidas por los demandados en el Contrato, los cuales preveían la construcción y operación de los Proyectos. Además, el juez consideró que los solicitantes, acreditaron la apariencia del buen derecho debido a los actos, hechos y abstenciones realizados por los demandados que impedían y retrasaban la construcción de los Proyectos.

El Juzgado Quinto, ordenó que las medidas cautelares pre arbitrales tendrían una vigencia por un plazo de nueve meses, a partir de la notificación a las partes que se imponían, apercibiendo a los solicitantes de dar inicio al procedimiento arbitral dentro de un plazo de 30 días al haber sido otorgadas como medidas cautelares pre arbitrales.

Posteriormente, el 28 de junio de 2021, el Juzgado Quinto dictó un nuevo auto, para extender el plazo definido del *Outside Date* inicialmente pactado para el 30 de septiembre de 2020, ampliándolo al 30 de junio de 2021, suspendiendo los efectos de dicho pacto, hasta en tanto se resolviera el procedimiento arbitral ya iniciado, el 30 de septiembre de 2020, ante la *International Chamber of Commerce*.

No obstante, en fecha 08 de julio de 2022, el Juzgado Quinto, ordenó el levantamiento de las medidas cautelares pre arbitrales decretadas en el juicio especial sobre transacciones comerciales y arbitraje, al haber considerado que, iniciado el procedimiento arbitral, las medidas pre arbitrales, no tenían razón de existir. Ante tal situación, los solicitantes de las medidas interpusieron un recurso de amparo indirecto en contra del auto que dictaba el levantamiento de las medidas.

El juicio de amparo indirecto fue radicado ante el Juzgado Primero de Distrito de la Ciudad de México (en lo sucesivo “Juzgado Primero”), los actos reclamados por los solicitantes de las medidas cautelares ante su levantamiento giraban en torno a la legalidad, seguridad jurídica, acceso a una tutela judicial efectiva, propiedad y congruencia en la resolución judicial, todos reconocidos constitucionalmente.

El quejoso en el amparo, es decir, los solicitantes de la medida, argumentaron que, las medidas cautelares son interdependientes del procedimiento principal de tal manera que no se rigen de manera autónoma, pues su objetivo es suplir interinamente la falta de una resolución, garantizando con ello la existencia de un derecho, siendo contrario a su razón de existir, dejarla sin efecto, porque con ello se dejan de asegurar los intereses de quien promovió la medida cautelar.

De esta manera el Juzgado Primero, que resolvió el amparo, estudio si el auto por el cual se levantaban las medidas era violatorio de la seguridad jurídica, legalidad o acceso a la justicia. Al respecto, el juez de amparo, determinó que el levantamiento de las medidas no estaba fundado en un precepto legal en base el cual se concluya que como las medidas cautelares del procedimiento especial se decretaron como pre arbitrales, al haberse iniciado el procedimiento, éstas deben quedar insubsistentes.

De hecho, en su estudio de las disposiciones legales del Código de Comercio, advierte que si bien los artículos (1425, 1470 a 1476) establecen el procedimiento a seguir para decretar las medidas cautelares, éstos no establecen su naturaleza. Sin embargo, ello no quiere decir que las medidas decretadas como acto previo al procedimiento arbitral, deban desaparecer con el inicio del arbitraje.

Lo anterior, esgrime el juez de amparo se ciñe a la misma razón por la que fueron concedidas, conservar la materia del litigio, la eficiencia del procedimiento arbitral y la posible ejecución del laudo que resuelva el procedimiento arbitral. Lo anterior es así, aún más cuando de las medidas cautelares otorgadas, fueron concedidas para la culminación de los Proyectos, debido a su interés colectivo.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala A, “Distribuidora Abel Arocena S.A. C/ SC Johnson & Son de Argentina S.A.I.C. S/ Organismos Externos”, 12 de julio de 2024

NICOLÁS D. SZLAJEN

ASOCIADO EN MARVAL, O'FARRELL & MAIRAL

LARA POLLANO

ASOCIADA EN MARVAL, O'FARRELL & MAIRAL

SUMARIO:

I. LOS HECHOS DEL CASO. II. LA SENTENCIA DE LA CÁMARA DE APELACIONES. III. BREVES CONSIDERACIONES SOBRE EL RECURSO DE NULIDAD CONTRA EL LAUDO ARBITRAL

I. Los hechos del caso

Con fecha 30 de mayo de 2023, los Sres. Abel Ramón Arocena, Guillermo Ezequiel Arocena y María Zulema Arocena (en carácter de únicos herederos de Abel Osmar Arocena y en representación de la “Sucesión de Arocena Abel Osmar”), junto con Distribuidora Abel Arocena S.A. (en adelante, las “Actoras”) interpusieron demanda arbitral contra SC Johnson & Son de Argentina S.A.I.C. (en adelante, la “Demandada”) ante el Tribunal Arbitral General de la Bolsa de Comercio de Buenos Aires (en adelante, el “TAGBCBA”) a quien reclama una indemnización por una supuesta terminación intempestiva de una relación comercial entre las partes de más de cuarenta años.

La relación entre las partes había comenzado en 1977 con un contrato de distribución entre Abel Osmar Arocena y la Demandada, el cual fue adendado en 1995, insertando una cláusula compromisoria que derivara la resolución de

disputas entre las partes al TAGBCBA. En 1998, parte del contrato comenzó a ser canalizado mediante la sociedad Distribuidora Abel Arocena S.A., lo cual fue aceptado por la Demandada. Luego del fallecimiento de Abel Osmar Arocena, el contrato fue continuado de manera ininterrumpida por sus sucesores hasta el 31 de mayo de 2018, fecha en la que la Demandada terminó el contrato.

Frente a la demanda arbitral, la Demandada interpuso excepciones de incompetencia, prescripción, falta de personería, y falta de legitimación activa respecto de los sucesores de Abel Osmar Arocena. Respecto de la incompetencia del TAGBCBA, alegó que la cláusula arbitral se había extinguido junto con el contrato de distribución luego del fallecimiento de Abel Osmar Arocena. Respecto de la excepción de prescripción, alegó que la actora había iniciado la causa pasados los tres años de prescripción previstos por el artículo 2561 del Código Civil y Comercial argentino (en adelante, “CCC”) para reclamos por daños derivados de la responsabilidad civil.

El TAGBCBA rechazó la excepción de incompetencia, entendiendo que no había razones para desconocer la cláusula compromisoria. Luego, hizo lugar a la excepción de prescripción opuesta por la Demandada y, en consecuencia, declaró prescripta la acción incoada por las Actoras. Dada la prescripción operada, consideró que no correspondía expedirse sobre las restantes excepciones planteadas.

Las Actoras interpusieron recurso de nulidad frente al propio TAGBCBA conforme dicta su Reglamento¹, manifestando principalmente que: (i) la excepción de prescripción fue resuelta de puro derecho, a pesar de que los hechos del caso obligaban al tribunal a realizar una calificación jurídica diversa en base a producción probatoria; y (ii) que no se aplicó el artículo 2550 del CCC que establece la dispensa de la prescripción en casos donde hayan existido dificultades de hecho o maniobras dolosas que hayan obstaculizado temporalmente el ejercicio de la acción, cuando el titular haya hecho valer sus derechos dentro de los seis meses siguientes a la cesación de los obstáculos.

El TAGBCBA rechazó el recurso de nulidad señalando que la resolución atacada no constituía un laudo dado que había sido dictada por el Secretario del tribunal, por lo que la actora debió haber apelado dentro de los 3 días frente

¹ La interposición del recurso de nulidad ante el propio tribunal se encontraba regulado por el artículo 63 del anterior Reglamento del TAGBCBA, vigente desde el 16 de abril de 1993 hasta el 1 de marzo de 2024; recientemente reemplazado en el nuevo Reglamento por el artículo 79.

al tribunal arbitral de conformidad con el artículo 37 del Reglamento del TAGBCBA y que, por lo tanto, la interposición del recurso de nulidad resultaba inapropiada y extemporánea, y ordenó el archivo de las actuaciones. Contra dicha resolución, las Actoras interpusieron recurso de queja ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, saliendo sorteada la Sala A.

II. La sentencia de la Cámara de Apelaciones

Ante el recurso de queja de las Actoras, la Sala concedió el recurso de nulidad interpuesto, considerando que la resolución del TAGBCBA que tuvo por prescripta la acción y dispuso el archivo de la causa importó la decisión definitiva del pleito y, en esa medida, podía asimilarse en sus efectos a un laudo.

Así, la Cámara sostuvo que, si bien el trámite del procedimiento arbitral ante el TAGBCBA se rige por el Reglamento del tribunal y, supletoriamente, por el Código Procesal Civil y Comercial argentino (en adelante, “CPCC”), también se encuentra sometido al derecho de fondo. Entre las normas de fondo se encuentra el artículo 1656 del CCC que dispone que los laudos arbitrales pueden ser revisados ante la justicia competente cuando se invoquen causales de nulidad, total o parcial, lo cual justifica la admisibilidad de la queja.

En este sentido, la Sala recordó que “las causales de nulidad de los laudos arbitrales son taxativas y se encuentran limitadas por el ordenamiento jurídico (...)”, y consideró que la alegación de las Actoras de que existían faltas esenciales del procedimiento era suficiente para habilitar la queja, por cuanto era necesario en la causa analizar hechos y prueba para dirimir si los actos de las Actoras tuvieron efectos interruptivos o suspensivos del plazo de prescripción de la acción. Por lo tanto, la Sala procedió al análisis del planteo.

En este respecto, puntualizó que:

la falta esencial del procedimiento como causal de nulidad de un laudo arbitral, se refiere a la invalidación del laudo en la existencia de vicios de orden formal que pudiesen haber afectado garantías de regularidad del contradictorio, hallándose su admisibilidad subordinada a la presencia de los requisitos formales necesarios para impetrar

una nulidad, a saber, la existencia de defecto formal –v.g. omisión de apertura a prueba de una cuestión que no aparece nítidamente manifiesta– o ineficacia de los actos del procedimiento, *que deben ser esenciales, es decir, con afectación de la garantía de defensa en juicio.*

Por ende –remarcó la Sala– que “ha de concluirse en que la causal *falta esencial del procedimiento* para resolver cabalmente el fondo del asunto tal como está planteado, aparece de menester resolver cuestiones que se encuentran controvertidas y sujetas a prueba”. En consecuencia, resolvió declarar la nulidad de la resolución que había declarado la acción como prescripta.

III. Breves consideraciones sobre el recurso de nulidad ante un laudo doméstico en el marco de un arbitraje de derecho

1. El recurso de nulidad en los arbitrajes domésticos en Argentina

Conforme al art. 758 del CPCC², en Argentina los laudos de arbitrajes de derecho pueden ser recurridos a través de los mismos recursos que pueden interponerse contra las sentencias de los tribunales judiciales, siempre y cuando estos recursos no hayan sido renunciados por las partes, a excepción del recurso de aclaratoria y el recurso de nulidad que son indisponibles para las partes³. Así, el recurso de nulidad ante un laudo derivado de arbitraje de derecho es irrenunciable⁴.

De conformidad con el CPCC, el recurso de nulidad ante laudos domésticos puede estar fundado en: (i) faltas esenciales del procedimiento arbitral; (ii) que los árbitros hayan fallado fuera de plazo o sobre puntos no comprometidos; o (iii) que la parte dispositiva del laudo contuviere decisiones incompatibles entre sí⁵.

² Vale aclarar que el derecho argentino posee un sistema dualista que diferencia y regula de distinta manera el arbitraje doméstico y el arbitraje internacional. En tanto el presente caso trata de un arbitraje doméstico, nos enfocaremos en la normativa aplicable a aquel.

³ Cfr. artículo 760 CPCC.

⁴ Caivano, Roque J., *La ejecución de los laudos arbitrales*, Revista Jurisprudencia Argentina, JA-1998-II-30.

⁵ Cfs. artículos 760 y 761 CPCC.

En cuanto al trámite, de acuerdo con el CPCC, la nulidad del laudo debe ser interpuesta bajo la forma de un recurso ante el tribunal jerárquicamente superior al juez que hubiera entendido si las partes no se hubiesen sometido a arbitraje y será resuelto sin sustanciación alguna⁶. Sin embargo, el trámite será distinto si se trata de un arbitraje bajo el Reglamento del TAGBCBA, según el cual el recurso de nulidad deberá interponerse contra el mismo tribunal que dictó el laudo, pudiendo luego acudir en queja ante el tribunal jerárquicamente superior al juez que hubiera entendido si las partes no se hubiesen sometido a arbitraje⁷.

El recurso de nulidad no podrá tener por fin revisar los méritos del laudo, sino únicamente controlar que se hayan cumplido determinados recaudos indispensables para una buena administración de justicia⁸. Así, un error al interpretar o aplicar la ley aplicable no constituye una causal viable para anular un laudo⁹. De ello se deriva que el recurso de nulidad no puede ser equiparado al recurso de apelación, por cuanto sus causales son más restrictivas¹⁰.

2. El análisis de la decisión de Cámara de Apelaciones

En el caso bajo análisis, la Sala debía analizar la decisión del TAGBCBA de desestimar el planteo de nulidad del laudo por el cual había declarado prescripta la acción de las Actoras de puro derecho.

En este sentido, en primer lugar, la Sala entendió que el recurso de nulidad procede no solo contra laudos dictados por árbitros, sino que procede contra toda decisión que importe una decisión definitiva de la disputa, más allá de quien la dicte.

En este caso, la resolución que había declarado la acción como prescripta y había ordenado el archivo de las actuaciones había sido dictada por el Secretario del TAGBCBA, pero, al importar el fin del pleito, la Sala entendió que era asimilable en sus efectos a un laudo, por lo que el recurso de nulidad contra ella resulta admisible.

⁶ Cfr. artículo 763 CPCC.

⁷ Cfr. artículo 63 del anterior Reglamento del TAGBCBA –vigente desde el 16 de abril de 1993 hasta el 1 de marzo de 2024–; y cfr. artículo 79 del nuevo Reglamento –vigente desde el 1 de marzo de 2024–.

⁸ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala E, *MS Master Sweets c. Mondelez Argentina S.A. s Recurso de Queja*, 5 de octubre de 2021.

⁹ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala C, *Pérez Iturraspe, Teresa Manuela c. Aufiero Jorge Félix s Organismos Externos*, 9 de marzo de 2022.

¹⁰ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala D, *Pan American Energy LLC (Sucursal Argentina) v. Metrogas SA (Chile) s organismos externos*, 19 de diciembre de 2017.

En segundo lugar, la Sala recordó que las causales de nulidad ante laudos domésticos son taxativas y, tras entender que la alegación de una de dichas causales justifica la admisibilidad del recurso, procedió a analizar la causal de nulidad invocada: la falta esencial del procedimiento arbitral.

Sobre esta causal, entendió que está directamente relacionada con vicios formales de gravedad tal que afecten la garantía de defensa en juicio de las partes. En este sentido, dada la gravedad de que el tribunal arbitral haya hecho lugar a la excepción de prescripción tras un análisis de puro derecho, la Sala consideró que para garantizar que las partes sean debidamente oídas y que se respete su defensa en juicio, era necesario admitir el recurso y analizar los hechos y las pruebas aportadas para decidir debidamente sobre la operación del plazo de prescripción.

A la luz de lo decidido por la Sala, este análisis de hechos y pruebas no importa una simple revisión de los méritos del caso, sino que tiene como fin el evitar un perjuicio grave para las partes en lo que respecta al debido proceso.

Por lo tanto, podemos derivar de lo expuesto que la Sala ha mantenido la taxatividad de las causales de nulidad mencionadas, poniendo de resalto que la finalidad del recurso de nulidad es evitar graves ataques al debido proceso que forma las bases del sistema de Derecho. Así, la Cámara reafirma la posición de los tribunales argentinos a favor del arbitraje, evitando que el recurso de nulidad se convierta en una vía para la revisión de laudos arbitrales.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala C, “Telcel S.A. C/ Telecom Argentina S.A. S/ Recurso de queja (Oex)”, 21 de mayo de 2024

NICOLÁS D. SZLAJEN

ASOCIADO EN MARVAL, O’FARRELL & MAIRAL

LARA POLLANO

ASOCIADA EN MARVAL, O’FARRELL & MAIRAL

SUMARIO:

I. LOS HECHOS DEL CASO. II. LA SENTENCIA DE LA CÁMARA DE APELACIONES. III. BREVES CONSIDERACIONES SOBRE LA POSIBILIDAD DE RENUNCIAR A LA APELACIÓN DE LAUDOS DOMÉSTICOS.

I. Los hechos del caso

Telcel S.A. (en adelante, “Actora”) acudió ante el Tribunal Arbitral de la Bolsa de Comercio de Buenos Aires (“TAGBCBA”) a fin de iniciar arbitraje contra Telecom Argentina S.A., la cual presentó una reconvencción que fue admitida parcialmente por el TAGBCBA. En este contexto, la Actora interpuso recurso de apelación ante el propio tribunal que dictó la resolución de conformidad con su Reglamento, el cual fue denegado.

Para así resolver, el TAGBCBA entendió que de los contratos entre las partes surgía que su intención era renunciar al recurso de apelación, dado que las cláusulas compromisorias incluidas en los contratos entre ellas establecían que “toda controversia que se suscite entre las partes con relación a esta Oferta y/o al Contrato (...) se resolverá *definitivamente* por el Tribunal de Arbitraje General de la Bolsa de Comercio de Buenos Aires”¹.

¹ La itálica es propia.

Así, el TAGBCBA entendió que el vocablo “definitivamente” implicaba una renuncia de las partes al recurso de apelación permitido por el artículo 63 del Reglamento del TAGBCBA vigente al tiempo del laudo². Por lo tanto, rechazó el recurso de apelación.

Ante ello, la Actora acudió en queja ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, saliendo sorteada la Sala C para entender en el caso.

II. La sentencia de la Cámara de Apelaciones

Al entender en el caso, la Sala C consideró que para determinar el significado de la palabra “definitivamente” utilizada en la cláusula arbitral, había que analizar: (i) el sentido de las expresiones que las partes emplearon al redactar las cláusulas arbitrales; y (ii) cómo incide sobre esa interpretación el hecho de que las partes tengan entre sí tres contratos conexos con sustento en una relación de agencia.

En esta línea, la Sala entendió que el adverbio “definitivamente” de la cláusula arbitral o expresiones análogas “no implica[n] una valla para dar cauce formal a un recurso de apelación como el que ha sido impetrado contra el laudo del que aquí se trata”. En otras palabras, dice la Sala que “lo de *definitivo* del laudo arbitral no veda por sí solo el acceso al examen judicial por vía de apelación, si esta no ha sido renunciada”, sino que “si la apelación está autorizada por el régimen aplicable al procedimiento arbitral –lo que es así tratándose del régimen arbitral de la Bolsa de Comercio de Buenos Aires aplicable al laudo referido–, una renuncia a tal recurso sería válida en caso de que fuera expresa, siendo siempre de interpretación restricta”.

En el caso, la Sala analizó los tres contratos entre las partes, los cuales incluyen cláusulas compromisorias con el vocablo “definitivamente”, encontrando que solo uno de ellos muestra una renuncia expresa al recurso de apelación contra el laudo. En consecuencia, la Sala concluyó que las apelaciones referidas a toda aquella materia que deriva de los dos contratos que no contienen renuncia expresa al recurso de apelación contra el laudo, son admisibles. Por lo tanto, hizo lugar a la queja y concedió la apelación de la Actora contra el laudo.

² Cfr. artículo 63 del Reglamento del TAGBCBA –vigente desde el 16 de abril de 1993 hasta el 1 de marzo de 2024–, modificado por el artículo 78.1 del nuevo Reglamento –vigente desde el 1 de marzo de 2024–, que dispone la inapelabilidad de los laudos, salvo reserva expresa de las partes.

III. Breves consideraciones sobre la posibilidad de renunciar a la apelación de laudos domésticos³

En viejo Reglamento del TAGBCBA disponía en su artículo 63 que todo recurso admisible para sentencias judiciales también era admisible también para laudos de arbitrajes de derecho, salvo que estos hubiesen sido renunciados. Ello, exceptuando a los recursos de aclaratoria y de nulidad, los cuales son indisponibles por las partes.

En este marco normativo, el TAGBCBA entendió que no era necesaria una renuncia expresa del recurso de apelación, sino que la sola inclusión de la intención de las partes de resolver la disputa de manera “definitiva” ante el tribunal implicaba una renuncia tácita. Sin embargo, en queja, la Cámara entendió que, dado que se trata de una renuncia de derechos de las partes, dicha renuncia debía ser de forma expresa, gozando de una interpretación restrictiva para proteger a las partes.

Si bien es cierto que el artículo 63 del anterior Reglamento del TAGBCBA ha quedado superado por el artículo 78 del nuevo Reglamento vigente desde el 1 de marzo de 2024, el cual dispone que la nueva regla es la inapelabilidad de los laudos salvo reserva expresa de las partes, lo cierto es que este precedente deja sentada la postura de la Sala C la cual es sumamente relevante para todo otro arbitraje doméstico que se rija por el CPCC, el cual contiene una provisión en los mismos términos que el anterior artículo 63 del Reglamento del TAGBCBA.

El CPCC establece en sus artículos 758 y 741 inc. 5 que la regla es la apelabilidad de los laudos domésticos, salvo renuncia de las partes –al igual que establecía el anterior artículo 63 del Reglamento del TAGBCBA–, o salvo que ello esté establecido en el reglamento procesal elegido por las partes conforme al artículo 1657 del Código Civil y Comercial argentino (en adelante, “CCC”).

Por lo tanto, más allá de que el artículo 63 del anterior Reglamento del TAGBCBA no esté vigente, la decisión de la Sala tiene gran relevancia, concluyendo que las renunciaciones de recursos no se presumen, sino que deben ser expresas y no dejar lugar a dudas por cuando deben ser interpretadas con carácter restrictivo conforme el artículo 948 del CCC.

³ Vale aclarar que el derecho argentino posee un sistema dualista que diferencia y regula de distinta manera el arbitraje doméstico y el arbitraje internacional. En tanto el presente caso trata de un arbitraje doméstico, nos enfocaremos en la normativa aplicable a aquel.



Noticias



Noticias y novedades en materia de arbitraje

CARLOS HERNÁNDEZ DURÁN¹

DR. JORDI SELLARÉS SERRA²

1. India envía una notificación de terminación y renegociación de tratados de protección de inversiones a 68 países

El pasado mes de marzo de 2023³, la República de la India (“India”) envió un total de 68 notificaciones de terminación en relación con tratados bilaterales de promoción y protección de inversiones (“BITs”, por sus siglas en inglés) que tenía suscritos con terceros países.

Las solicitudes de terminación habrían sido acompañadas de peticiones para renegociar los 68 BIT sobre la base del BIT modelo que India adoptó en 2015 precisamente como base para la negociación de futuros BITs.

La intención de India, por tanto, es renegociar buena parte de los BITs que tiene actualmente firmados y que se encuadran dentro de la llamada primera generación de BITs que fueron suscritos principalmente en los años noventa del pasado siglo xx.

Según informó el Ministro de Estado para Asuntos Exteriores, D. Rajkumar Ranjan Singh, India negoció y firmó un total de 83 BITs con base en el antiguo BIT modelo de 1993, que ya fue actualizado en 2003 antes de la aprobación del BIT modelo de 2015. El ministro Singh también informó que desde la aprobación del BIT modelo de 2015, India habría suscrito cuatro nuevos BIT⁴, de los cuales dos se encontrarían en vigor.

¹ Abogado Asociado junior del departamento de Resolución de disputas de Freshfields Madrid.

² Secretario General del Comité Español de la Cámara de Comercio Internacional (Barcelona).

³ “India asks 68 countries to renegotiate bilateral investment pacts, Rajya Sabha told”, *The Economic Times*, 16 de marzo de 2023.

⁴ En la base de datos de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD, por sus siglas en inglés), constan suscritos desde 2015 tres BIT por parte de India con Bielorrusia, Kirguistán y Brasil, de los cuales únicamente el suscrito con Bielorrusia se encontraría en vigor.

2. La Convención de Nueva York entra en vigor en Surinam y Timor-Leste

Durante 2023, dos nuevos estados se han convertido en parte de la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1958 (“Convención de Nueva York” o la “Convención”): la República de Surinam (“Surinam”) y la República Democrática de Timor-Leste (“Timor-Leste”).

Surinam se convirtió en el Estado parte número 171 de la Convención de Nueva York el pasado 8 de febrero de 2023, cuando ésta entró en vigor en el territorio del más pequeños de los países de América del Sur. El instrumento de adhesión había sido depositado por Surinam algunos meses atrás, el 10 de noviembre de 2022. Con anterioridad, la Convención de Nueva York se venía aplicando en Surinam al ser colonia del Países Bajos hasta su independencia en 1975.

Surinam ha formulado dos objeciones habituales a la Convención de Nueva York: una de reciprocidad¹ y otra en relación con el carácter comercial² de los laudos susceptibles de reconocimiento en su territorio.

Por su parte, Timor-Leste, única nación independiente de habla portuguesa en Asia, accedió a la Convención de Nueva York el pasado 17 de enero de 2023 y ésta entró en vigor en su territorio el 17 de abril de 2023 de conformidad con el artículo XII (2) de la propia Convención, convirtiéndose así Timor-Leste en el Estado parte número 172.

La adhesión de Timor-Leste a la Convención (que se produjo sin formulación de declaraciones o reservas) se enmarca en un conjunto de medidas relativas al arbitraje internacional impulsadas por el entonces Ministro de Reformas Legislativas y Asuntos Parlamentarios, D. Fidelis Magalhães. Entre esas medidas se encuentra la aprobación la Ley 6/2021 de 31 de marzo de 2021 de arbitraje voluntario, mediante la cual se pusieron las bases para el acceso de Timor-Leste a la Convención de Nueva York, así como la de una nueva legislación arbitral basada en el estándar internacional de la llamada Ley Modelo UNCITRAL de 1985³.

¹ “(a) This State will apply the Convention only to recognition and enforcement of awards made in the territory of another contracting State”.

² “(c) This State will apply the Convention only to differences arising out of legal relationships, whether contractual or not, that are considered commercial under the national law”.

³ Timor-Leste joins the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, <http://timor-leste.gov.tl/?p=31804&lang=en&n=1>

3. Emiratos Árabes Unidos modifica su ley de arbitraje

Recientemente, Emiratos Árabes Unidos ha modificado su Ley Federal n.º 6 de 2018 sobre Arbitraje (“Ley de Arbitraje de Emiratos”), lo cual evidencia una creciente tendencia de la que hemos venido dando cuenta en estas páginas.

Esta nueva reforma, implementada a través del Decreto-Ley Federal n.º 15/2023, se produce transcurrido poco tiempo desde la última reforma de la Ley de Arbitraje de Emiratos que tuvo lugar en 2018.

En esta ocasión, los principales cambios que introduce el Decreto-Ley Federal n.º 15/2023 guardan relación con la capacidad para ser árbitro de aquellos árbitros que desempeñen algún tipo de rol en la institución arbitral que administre el arbitraje para el que han sido nombrados.

Bajo el régimen previo a la actual reforma de 2023, aquellos profesionales que desempeñaran funciones en los órganos de gobierno, *board of trustees* u órganos de supervisión de una institución arbitral tenían vetado el ser designados como árbitros para casos que fueran administrados por la institución en cuestión.

La actual reforma mantiene esa prohibición como principio general¹ pero, mediante la introducción de un artículo 10bis, permite excepciones siempre que se cumplan un total de ocho condiciones:

- Que el reglamento de la institución arbitral no lo prohíba.
- Que la institución arbitral de la que se trate cuente con un sistema que permita separar de manera adecuada las funciones desempeñadas como árbitro y las desempeñadas en calidad de miembro de alguno de los órganos de la institución, con el fin de evitar conflictos de interés².
- Que el árbitro no sea presidente del tribunal o árbitro único.

¹ Ley de Arbitraje de Emiratos, artículo 10.1, b: “In addition to the requirements agreed upon the Parties, an Arbitrator must: not be a member of the board of trustees, executive management or management body of the competent Arbitration Institution administering the arbitration case in the State”.

² Ley de Arbitraje de Emiratos, artículo 10 bis 1, b: “*The Arbitration Institution administering the arbitration case has a special governance system for organizing the work of the aforementioned Arbitrator in a way that achieves separation of duties and impartiality, and in a way that prevents the occurrence of a conflict of interest or the emergence of any case of preferential advantage for that member compared to his other counterparts, and in a way that regulates the mechanism of appointment, dismissal and removal of the Arbitrator if any of the specified cases in this regard are met*”.

- Que las partes del arbitraje confirmen que conocen la circunstancia de que el árbitro ostenta alguno de los roles institucionales señalados por la Ley de Arbitraje de Emiratos y que no tienen objeción alguna al respecto.
- Que la institución arbitral dispone de mecanismos para denunciar cualquier conducta reprobable por parte de los árbitros.
- Que el árbitro en cuestión no acepte más de cinco nombramientos al año.
- Que el árbitro se comprometa a no explotar ninguna ventaja competitiva frente al resto de árbitros que pudiera derivarse de su rol institucional y abstenerse de influenciar el arbitraje que se le ha encomendado³.
- Que se respete cualquier otro requisito o condición que pueda establecer la institución arbitral.

Por último, la nueva Ley de Arbitraje de Emiratos también incluye una novedad relevante en materia de pruebas. En concreto, se faculta a los árbitros a determinar las reglas aplicables en materia de pruebas en aquellos casos en los que la ley aplicable resulte insuficiente pero con el límite del orden público⁴.

³ Ley de Arbitraje de Emiratos, artículo 10 bis 1, g: “*The Arbitrator submits a written undertaking: (1) To not use his position in a way that may create a conflict of interest, or lead to him obtaining or enjoying a preferential advantage or interest compared to his other counterpart Arbitrators. (2) To not participate, deliberate, view, vote, attend meetings, or in any way influence the conduct of the arbitration case procedures, by virtue of his membership in the board of directors, the board of trustees, or similar supervisory or controlling bodies of the competent Arbitration Institution administering the arbitration case during the period of his appointment as an Arbitrator*”.

⁴ Ley de Arbitraje de Emiratos, artículo 33.7: “*The Arbitral Tribunal shall have a discretionary power to determine the applicable rules of evidence, in the event that the applicable law lacks evidence to decide on the dispute, provided that these rules do not conflict with public order*”.

4. China aprueba una nueva Ley sobre inmunidades estatales

El pasado 1 de septiembre de 2023, la República Popular China (“China”) aprobó la Ley de la República Popular sobre Inmunidades de Estados Extranjeros¹ (“Ley de Inmunidades”). La nueva Ley de Inmunidades² fue aprobada en esa fecha por el Comité Permanente de la Asamblea Popular Nacional pero su entrada en vigor no se producirá hasta el 1 de enero de 2024. El gobierno chino ha anunciado que, tras su entrada en vigor, la nueva Ley de Inmunidades resultará de aplicación tanto en China como en las regiones administrativas especiales de Macao y Hong Kong³.

El principal cambio que introduce la Ley de Inmunidades es el abandono del llamado principio de inmunidad absoluta, en virtud del cual no era posible demandar a un Estado extranjero (o a la propia China) antes las cortes de China. Este principio, infrecuente desde la adopción generalizada de la doctrina de inmunidad restrictiva, se venía aplicando también en la región administrativa especial de Hong Kong, incluso en casos de mera ejecución de resoluciones extranjeras frente a parte estatales⁴.

La nueva Ley de Inmunidades permitirá por primera vez aplicar la excepción de transacción comercial en China y, en consecuencia, demandar a estados extranjeros en China de conformidad con las estipulaciones de la Ley de Inmunidades.

¹ The State Council Information Office. The People’s Republic of China: http://english.scio.gov.cn/chinavoices/2023-09/02/content_111200459.htm

² Versión original: (npc.gov.cn), versión inglesa: <https://www.chinalawtranslate.com/en/foreign-immunities-law/>

³ “After the law is enacted, the Hong Kong and Macao special administrative regions should follow the central people’s government in adopting the state immunity rules and policies set out in the law, the official said. The State Council Information Office”. The People’s Republic of China: http://english.scio.gov.cn/chinavoices/2023-09/02/content_111200459.htm

⁴ La Corte de Apelaciones de Hong Kong en su decisión *Democratic Republic of the Congo v. FG Hemisphere Associates* [2011] HKCFA 41, determinó que la doctrina de inmunidad absoluta es aplicable en Hong Kong. Como expresión de esta doctrina, ya en 2010 una Corte de Primera Instancia de Hong Kong dictaminó que la República Popular China gozaba de inmunidad absoluta ante los tribunales de Hong Kong (*The Hua Tian Long* (No.3)[2010] 3 HKC 557).

La nueva Ley de Inmunidades china, en línea con el estándar internacional contenido en otras legislaciones y en instrumentos de derecho internacional como la Convención de las Naciones Unidas sobre las Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y de Sus Bienes de 2004⁵, permite demandar a un Estado extranjero en aquellos casos en los que ese Estado haya concluido una transacción comercial o tenga bienes en China susceptibles de ejecución por estar destinados también a una transacción comercial.

Del mismo modo, en aquellos casos en los que el Estado extranjero haya concluido un convenio arbitral, no podrá hacer valer su inmunidad antes los tribunales chinos en aquellos procedimientos judiciales relativos a al convenio arbitral o a la ejecución del laudo⁶.

⁵ La Convención de las Naciones Unidas sobre las Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y de Sus Bienes todavía no se encuentra en vigor. Inspirada por el llamado Convenio de Basilea de 1972 sobre la misma materia, la Convención de 2004 ha servido de base para la legislación española en la materia. En efecto, mediante la Ley Orgánica 16/2015 de 27 de octubre sobre privilegios e inmunidades de los Estados extranjeros, las Organizaciones Internacionales con sede u oficina en España y las Conferencias y Reuniones internacionales celebradas en España, España incorporó a su ordenamiento las previsiones de la Convención de Naciones Unidas de 2004, de la cual es parte.

⁶ *“Article 12: Where a dispute arising from the commercial activities between a foreign state and an organization or individual of another state, including the PRC, has been submitted to arbitration pursuant to a written agreement, or where a foreign state has agreed, by an international investment treaty or otherwise in writing, to submit to arbitration an investment dispute between it and an organization or individual of another state, including the PRC, the foreign state does not enjoy immunity from the jurisdiction of PRC courts over the following matters that require review by a court: (1) the validity of the arbitration agreement; (2) the confirmation or enforcement of the arbitral award; (3) the setting aside of the arbitral award; (4) other matters with respect to which laws have provided for review of the arbitration by PRC courts”.*

5. La Unión Europea responde a las *anti-arbitration injunctions* emitidas por cortes rusas en perjuicio de procedimientos judiciales y arbitrales europeos

El 24 de junio de 2024, la Unión Europea adoptó el 14º paquete de medidas restrictivas contra Rusia en respuesta a la invasión de Ucrania por parte de ese país.

Entre las medidas contenidas en la nueva batería de sanciones, destaca la adopción de un mecanismo de protección para aquellas partes que se vean afectadas por las acciones de partes rusas que pretendan hacer uso de los tribunales rusos para interferir en procedimientos judiciales y arbitrales sustanciados en la Unión Europea.

Este mecanismo (que permitirá reclamar daños a esas partes rusas ante los tribunales europeos y que impone una prohibición de realizar transacciones con ellas) pretende contrarrestar los efectos de la reforma del artículo 248 del Código de Procedimientos Arbitrales ruso¹. En 2020, se introdujo el artículo 248.1 en ese código con el fin de conceder competencia exclusiva a los tribunales rusos para conocer de arbitrajes que guardaran relación con partes rusas sancionadas.

Sobre la base de esa modificación legislativa, algunos tribunales rusos habían emitido ordenes a partes extranjeras que habían entablado arbitrajes contra partes sancionadas rusas con el fin de que pusieran fin a tales procedimientos (*anti-arbitration injunction*). A modo de ejemplo, en marzo de 2024, un tribunal ruso (Tribunal Comercial de San Petersburgo y la Región de Leningrado) dictó una medida cautelar ordenando a dos filiales de la compañía Uniper (propiedad del Estado alemán) que pusiera fin al arbitraje con sede en Estocolmo que habían iniciado contra una compañía estatal rusa (Gazprom Export) y cuya administración estaba encomendada a la Corte Permanente de Arbitraje².

El tribunal ruso estableció que, en caso de que las compañías del grupo Uniper no cumplieran con la medida cautelar, se les impondría una multa de aproximadamente 14.300 millones de euros (cuantía reclamada en el arbitraje).

¹ Arbitrazhnyy protsessual'nyy kodeks Rossiyskoy Federatsii.

² Caso PCA n.º 2023-02 (AA895).

La batería de medidas aprobada por la Unión Europea en el marco del 14º paquete de sanciones contra Rusia pretender abordar esta cuestión al impedir transacciones con aquellas partes que recurran al mecanismo introducido en el artículo 248.1 del Código de Procedimientos Arbitrales ruso³.

³ *“Transaction ban to protect arbitration: this new measure allows imposing a transaction ban on those Russian companies that meddle with arbitration and court competence rules. (...) How is the transaction ban to protect arbitration going to work in practice? An amendment to the Russian Commercial Procedural Code enabled Russian companies to have a Russian-court ‘order’ EU-companies to stop arbitrations or proceedings outside Russia, against Russian entities, under the threat of seizure of their assets in Russia. Today’s measure allows imposing a transaction ban on those Russian companies that by doing this meddle with arbitration and court competence rules”* (Q&A 14th package of restrictive measures against Russia (europa.eu)).



Bibliografía

Reseña de “Rethinking the Paradigms of International Arbitration”, ed. por Bernardo M. Cremades y Patricia Peterson, Dossier XX, ICC Institute of World Business Law, International Chamber of Commerce, París, 2023

JOSÉ MARÍA BENEYTO

ABOGADO. ÁRBITRO. CATEDRÁTICO DE DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO.

Este volumen recoge una serie de contribuciones de destacados expertos en el arbitraje internacional, y tiene como objetivo, tres años después del anuncio por parte de la OMS, el 11 de marzo de 2020, de la propagación del virus del COVID-19, el examen de las importantes innovaciones en el mundo del arbitraje que la pandemia trajo consigo. Como detalla Bernardo Cremades en su comentario introductorio, con este volumen se busca dar un paso atrás y reflexionar sobre cómo la pandemia desplazó determinados presupuestos procedimentales implícitos en el arbitraje internacional y condujo a abogados y árbitros a repensar técnicas habituales en la gestión de los casos. Esta reflexión constituye en definitiva una oportunidad para analizar determinados usos procedimentales del arbitraje internacional con el fin de llevar a cabo una mejora en la conducción del arbitraje y facilitar así un mecanismo más efectivo y eficiente en la resolución alternativa de disputas.

Ya en su breve, pero enjundioso prólogo, el presidente del Instituto de Derecho de los Negocios de la CCI, Eduardo Silva Romero, plantea las cuestiones que, posteriormente, se abordan en profundidad en los sucesivos capítulos, referidas, por ejemplo, a la experiencia con las audiencias virtuales: ¿resulta necesario, una vez superada la crisis, celebrar las audiencias en persona? ¿están los costes de las audiencias y los viajes físicos justificados? ¿sería posible limitar los desplazamientos, y de esa manera, también contribuir a la preservación del

medio ambiente? ¿es un interrogatorio cruzado tan efectivo como uno realizado en persona? ¿es posible para los árbitros interactuar virtualmente de forma igualmente efectiva que en las reuniones físicas?

De esta manera, en el planteamiento desarrollado por el profesor Cremades en su introducción en realidad lo que se está examinando es nada menos que los efectos de la digitalización en el arbitraje internacional, manifestado en fenómenos como la emergencia de un buen número de plataformas digitales para la gestión de los casos puestas a disposición por parte de diferentes Cortes Arbitrales, la modificación de los Reglamentos de las Cortes con el fin de otorgar al tribunal la autoridad de decidir la conducción del procedimiento de forma virtual o en persona, los problemas de *due process* asociados con las audiencias virtuales (“¿existe un derecho a la audiencia física en el arbitraje internacional?”), o la profusión de guías institucionales, protocolos de audiencias virtuales, y otros instrumentos de *soft law* de mejoras prácticas.

Otras problemáticas surgidas con estos nuevos desarrollos, como la credibilidad y la confidencialidad de los testimonios en remoto de los testigos, o la posible influencia de un abogado sobre un testigo en remoto, se han ido resolviendo en gran medida gracias a la aplicación de nuevas técnicas y herramientas.

Adicionalmente, se ha convertido ya en un lugar común para las partes y el tribunal acordar un protocolo para las audiencias virtuales en el que se traten cuestiones logísticas, incluyendo la ciberseguridad y las especificaciones técnicas, con el fin de proteger la integridad del procedimiento.

La experiencia con las audiencias virtuales también ha servido para examinar la eficacia de las intervenciones orales de los abogados, y, en particular, de los interrogatorios cruzados. Las audiencias virtuales han obligado a los abogados a sintetizar los puntos de sus intervenciones, con la finalidad prioritaria de clarificar cuestiones controvertidas y guiar a los miembros del tribunal en la comprensión y deliberación del caso. Una colaboración estrecha con el tribunal desde el inicio y a lo largo del procedimiento se demuestra en este sentido una ayuda eficaz para que el tribunal se muestre más proactivo a la hora de dirigir, y limitar, en su caso, el examen de los testigos durante las audiencias.

Así mismo, la producción de documentos puede beneficiarse de una colaboración más intensa entre las partes y el tribunal desde el inicio del procedimiento. Una de las opciones que debería ser discutida en la primera conferencia de *case management* es permitir el uso de diferentes tecnologías de búsqueda y acceso a la información. También se replantea el paradigma tradicional de la solicitud de

producción de documentos, la función de los testigos de parte, y la conveniencia de que las partes y el tribunal acuerden una lista de cuestiones comunes y puntos centrales que deban ser planteados a los peritos nombrados de parte.

Obviamente, todo este conjunto de cuestiones está así mismo siendo re-examinado en la perspectiva de una mayor aplicación y el progresivo avance de la Inteligencia Artificial generativa, situación que está produciendo ya un buen número de análisis en el seno de una muy activa comunidad global del arbitraje internacional.

En definitiva, detrás de la apariencia de una preocupación por aspectos prácticos del procedimiento, lo que los diferentes capítulos del volumen llevan a cabo, es, tal como anuncia el título del mismo, un “repensar” los paradigmas tradicionales del arbitraje internacional gracias a la irrupción de las nuevas tecnologías, la digitalización, y la celebración virtual de audiencias e interrogatorios.

Este amplio menú de cuestiones es desarrollado de forma sistemática en los capítulos que firman Catherine Kessedjian (“Los poderes inherentes y discrecionales de los árbitros”), David W. Rivkin (“La tecnología y el arbitraje: revisitando los paradigmas del case management”), Gonzalo Stampa (“Refreshando Redfern: el esquema de producción de documentos”), Kathryn Khamsi (“Cumplimiento de las órdenes de producción de documentos”), Xavier Favre-Bulle y Christopher Newmark (“El uso y abuso de los testigos factuales”), Doug Jones y Robert Turnbull (“Declaraciones y memoriales de los testigos”), Doug Jones (“Redefiniendo el papel y el valor de los testimonios periciales”), Stephanie Cohen y Jason Chan (“Reflexiones sobre las audiencias efectivas y el poder permanente de las audiencias virtuales”), Mouhamed Kebe (“La implementación de las audiencias remotas: desafíos y evolución desde una perspectiva africana”), así como un buen resumen final de la mano de la co-editora Patricia Peterson.

En definitiva, una utilísima publicación, de destacada calidad, que pone sobre la mesa una gran parte de las cuestiones más candentes que hoy en día atañen al arbitraje internacional, con las contribuciones elaboradas de una variedad de expertos de diversas procedencias geográficas, coordinados por la sabia batuta de Bernardo Cremades. Una lectura obligatoria para todo árbitro y abogado en estos tiempos de acelerada transformación. Si hubiera que hacerle una crítica al libro, señalaríamos la relativa pobreza de la edición, cuyos contenidos hubieran sin duda merecido una presentación más ornamentada, y, en particular, el pequeño tamaño de los tipos de la impresión, que dificulta lo que, dado el interés intrínseco de la obra, merece ser una lectura entusiasta.

Lavranos, N., Castagna, S. (Eds.), International Arbitration and Eu Law, 2^a Ed., Edward Elgar Publishing, 2024

HUGO CARDONA

MCIARB, PROFESOR ASOCIADO DE ARBITRAJE INTERNACIONAL & ADR, UNIVERSIDAD CEU SAN PABLO, MADRID

La segunda edición del libro *International Arbitration and EU Law*, editada por Nikos Lavranos y Stefano Castagna, se publica menos de cuatro años después de la aparición de su primera edición. Esto se debe a los constantes desarrollos en la compleja interacción entre el derecho de la Unión Europea (“derecho de la UE”) y el arbitraje comercial y de inversiones. Además, otras áreas transversales han influido en la práctica arbitral en los últimos años, tales como los derechos humanos, la protección del medio ambiente y las cuestiones impositivas. Estos aspectos mantienen hoy una relación intrínseca con el derecho de protección de inversiones extranjeras y el arbitraje internacional.

En esencia, la política jurídica de las instituciones europeas (cristalizada a través de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea) ha reaccionado de manera acelerada frente a una expansión exorbitante del derecho comunitario, con el fin de limitar el ámbito de acción del mecanismo arbitral en controversias transnacionales relativas a inversiones y, en ciertos casos, con conflictos contractuales comerciales. Es posible que el problema de la interacción natural entre ramas del derecho, que no deberían ser necesariamente contrapuestas, se haya convertido en una confrontación con el objetivo de restringir la protección arbitral mediante decisiones derivadas de la aplicación autónoma del derecho europeo. Estos elementos han sido objeto de un análisis detallado y actualizado en la obra que reseñamos.

A lo largo de 490 páginas y dieciocho capítulos, treinta y dos reconocidos especialistas analizan los puntos clave de la intersección entre el arbitraje internacional y el derecho de la UE, destacando las decisiones judiciales y arbitrales de mayor impacto en los últimos años, además de un exhaustivo índice bibliográfico dividido por capítulos sobre esta nueva área de especialización y central importancia.

La obra que nos ocupa, publicada en 2024 por Edward Elgar Publishing en su serie *Elgar Arbitration Law and Practice*, se divide en tres secciones principales. La primera está compuesta por siete capítulos y se encarga de la intersección del arbitraje comercial internacional y el derecho europeo. La segunda parte está compuesta por seis capítulos y analiza el debate de fondo sobre la intersección entre el derecho internacional de inversiones y el derecho de la UE. La tercera parte, compuesta por cinco capítulos, aborda cuestiones transversales, como los aspectos impositivos y su impacto en la protección de inversiones, el cálculo de daños en el arbitraje comercial y de inversiones, la consideración de elementos ambientales, el impacto del derecho de la UE en la mediación y la incorporación de mecanismos de prevención de disputas sobre inversiones.

Dentro de la primera sección de la obra, en capítulo inicial Piotr Wilinski analiza cómo, gracias al Convenio de Nueva York sobre el reconocimiento y la ejecución de sentencias arbitrales extranjeras (CNY) y a las decisiones europeas de no interferir con el régimen del arbitraje comercial internacional, ambos campos lograron desarrollarse sin obstáculos. No obstante, ante las actuales tendencias es importante que los tribunales arbitrales identifiquen con cautela las ocasiones en que el derecho de la UE resulta relevante para la resolución del litigio arbitral, tanto en la fase jurisdiccional como en la fase de fondo.

En el segundo capítulo, Juan Manuel Sánchez y Richard Hansen abordan el impacto del derecho europeo en el reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales comerciales internacionales. Este capítulo se centra en una evaluación de los regímenes domésticos de los Estados miembros de la UE en relación con los procedimientos de anulación y ejecución de laudos, puesto que pueden existir inconsistencias procesales que influyan en la aplicación y prueba del derecho de la UE ante los tribunales nacionales.

En el tercer capítulo, Sophie Lamb, Bryce Williams y Robert Price analizan las medidas anti-demanda (*anti-suit relief* *anti-suit injunctions*) y su relación con el derecho de la UE y la CNY. El capítulo aborda los procesos paralelos y la utilidad de las órdenes anti-demanda como mecanismo para evitarlos. En el contexto del derecho de la UE, esta cuestión se ha manifestado en varios casos

que abordan la interacción entre la medida anti-demanda, el arbitraje, la CNY y el régimen del Reglamento de Bruselas I y Bruselas I bis, incluyendo casos como *Marc Rich*, *Van Uden*, *Turner*, *West Tankers*, *Gazprom* y *Achmea*.

En el cuarto capítulo, la profesora Stacie Strong analiza la compensación colectiva (*collective redress*); una cuestión que ha cobrado creciente relevancia en la UE. El capítulo ofrece una visión general de las formas existentes y anticipadas de arbitraje de compensación colectiva en Europa, y ofrece una orientación sobre cómo la UE y sus Estados miembros podrían avanzar en esta área del derecho. En el siguiente capítulo, Luís Capiel y Oliver Cojo analizan el impacto de la Directiva 2014/24/UE, que regula la Contratación Pública en la UE, en el arbitraje de construcción en Europa. El capítulo señala que muchos contratos de construcción sujetos a esta Directiva pueden incluir acuerdos arbitrales, lo que, junto con la creciente interacción transfronteriza, podría fomentar el arbitraje en el sector de la construcción a nivel de la UE.

En el sexto capítulo, Niuscha Bassiri y Emily Hay abordan la protección al consumidor en el arbitraje y el derecho europeo. La protección al consumidor en el derecho de la UE limita el uso del arbitraje para resolver disputas sobre consumidores, creando obstáculos para la validez del acuerdo de arbitraje y la ejecución del laudo arbitral. En respuesta, la UE ha propuesto diversas iniciativas para facilitar la resolución extrajudicial de disputas *business to consumer* (B2C). Este capítulo explora el marco legislativo de la UE, la jurisprudencia del TJUE y los desafíos sustantivos y procesales del arbitraje en disputas B2C, así como otros métodos de resolución de disputas.

En el séptimo capítulo de la obra objeto de esta reseña, Patricia Zivkovic y Toni Kalliokoski analizan las cláusulas de arbitraje y su relación con aspectos de defensa de la competencia. Recientemente, los tribunales nacionales intra-UE habrían emitido decisiones posiblemente contradictorias sobre el alcance de aplicación de las cláusulas de arbitraje en casos relacionados a daños por conductas contrarias al derecho de la competencia.

Ingresando a la segunda sección del libro que reseñamos, en el octavo capítulo el Prof. George Bermann examina el actual estado de situación del arbitraje inversor-Estado en la UE. Se analiza la tensión del derecho internacional de inversiones, proveniente del derecho internacional público, con el derecho de la UE, especialmente en cuanto a los tratados bilaterales intra-UE y la sentencia del caso *Achmea*. El capítulo también aborda la política exterior de inversiones de la UE, destacando el acuerdo *Comprehensive Economic and Trade Agreement*

(CETA) y los avances del Grupo de Trabajo III de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) sobre la posible reforma del sistema de resolución de controversias entre inversionistas y Estados. En la misma línea, en el noveno capítulo Doricke Overduin profundiza sobre la política de inversión de la UE, destacando el nuevo enfoque introducido en 2015 que marca un contraste con los tratados bilaterales de inversión tradicionales.

El décimo capítulo, de Isabelle Van Damme y Tyrajan Shipley, aborda el arbitraje de inversión bajo Tratados intra-UE, un tema central tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa. El TJUE ha declarado que los BITs intra-UE son incompatibles con el derecho de la UE, generando incertidumbre sobre cómo resolver esta situación. La mayoría de los Estados miembros firmaron un acuerdo para terminar estos BITs, pero aún pueden surgir problemas transitorios.

En el capítulo undécimo, David Ingle y Jeffrey Sullivan analizan las disputas bajo el Tratado de la Carta de la Energía (TCE), concluyendo que los tribunales arbitrales erigidos bajo el TCE tendrían jurisdicción sobre las controversias intra-UE y que el derecho de la UE juega un papel limitado en aspectos de jurisdicción, generándose así un importante margen para que los tribunales arbitrales ingresen a valorar los aspectos jurídicos de fondo. En el capítulo doceavo de *International Arbitration and EU Law*, Olivier Van der Haegen y María Van den Bossche se centra en el reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales de inversión, abordando desafíos procesales y la interacción entre el derecho de la UE y los sistemas nacionales. Se destacan los casos *Micula* y *Achmea*, que involucran la validez de los laudos arbitrales de inversiones intra-UE.

Friedrich Rosenfeld, en el capítulo treceavo, discute la propuesta de la UE para crear un tribunal multilateral de inversiones; un paso hacia una reforma crítica en la resolución de disputas inversionista-Estado, aunque enfrenta desafíos en su implementación. El capítulo catorceavo, de Stefano Castagna, explora los problemas relacionados con los impuestos internacionales y la protección de inversiones extranjeras, analizando los estándares de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) y la forma en que estos impactan los derechos de los inversores en el contexto de la tributación internacional.

En el capítulo quinceavo del libro, Herfried Woss y Adriana San Román estudian la determinación y cálculo de daños en el arbitraje fundamentado en tratados de inversión, explorando el principio de reparación integral y el valor de mercado, además de nuevos enfoques en la valoración. Se hace referencia al

seminal caso *Chorzów Factory* y la fórmula de cálculo de daños propuesta en dicho asunto, presentado en 1927 ante la Corte Permanente Internacional de Justicia; predecesora de la actual Corte Internacional de Justicia (CIJ). Posteriormente, en el capítulo siguiente, Kabir Duggal y Dianne Lake analizan las tensiones entre la sostenibilidad ambiental y el arbitraje de inversiones, discutiendo las reformas emergentes para integrar objetivos climáticos y de sostenibilidad en el contexto jurídico transnacional del derecho de protección de inversiones.

En el capítulo decimoséptimo de la obra, Anne-Karin Grill y Emanuela Martin destacan las ventajas de la mediación en la resolución de disputas comerciales y de inversiones, promoviendo su uso a través de la Directiva Europea de Mediación y otros instrumentos internacionales. Finalmente, en el capítulo dieciocho, Fahira Brodlija propone un enfoque de prevención de disputas relativas a inversiones como parte integral, y en ocasiones ignorada, de la reforma del sistema de resolución de controversias entre inversionistas y Estados, sugiriendo la importancia de mecanismos de comunicación y prevención para reducir conflictos antes de que estos escalen a disputas de carácter jurídico.

En definitiva, *International Arbitration and EU Law* es una obra de gran relevancia en el contexto actual del arbitraje internacional sobre un tema complejo que ya se ha consolidado como una subespecialidad. La consideración de los elementos que se abordan en la segunda edición del libro que aquí reseñamos son de absoluta necesidad tanto en la práctica arbitral comercial como en la de inversiones e incluso en la aplicación de otros mecanismos internacionales de resolución alternativa de disputas (ADR). Por ello, este exhaustivo volumen puede considerarse una referencia recomendable para quienes deseen encontrar, en un solo texto, los elementos esenciales de la compleja relación entre el derecho europeo y el arbitraje internacional. El libro será de interés particularmente para árbitros, abogados, académicos y funcionarios del Estado.

En cuanto a los editores, Nikos Lavranos es profesor visitante en la Universidad de Leiden y la Universidad de Viena, secretario general de EFILA (*European Federation for Investment Law and Arbitration*) y fundador de NL investment consulting. Stefano Castagna es investigador en la Universidad WU (*Viena University of Economics and Business*).



Revista de revistas

Revista de revistas

MARTA LYA MARTINI BRICEÑO¹

LAURA CANELO ISIDORO²

SUMARIO:

I. ARBITRAJE Y TECNOLOGÍA. 1. Marta Gonzalo Quiroga: *La inteligencia artificial en el arbitraje internacional 2.0. Oportunidades y desafíos en un futuro que ya es presente.* **II. ASPECTOS VARIOS DEL ARBITRAJE INTERNACIONAL.** 1. Maxence Rivoire: *Party autonomy and the applicable law to the merits in intellectual property arbitration.* 2. Aleksander Godhe: *Tribunal duties and the exclusion of evidence in international arbitration: the tug-of-war of fairness and efficiency.* 3. Weihuan Zhou, Victor Crochet: *Confronting Fragmentation: A Quest for a Plurilateral Appellate Mechanism under the WTO.* **III. ARBITRAJE DE INVERSIONES.** 1. M. Emirham Havan: *How to approach expropriation risk as a controversial component of country risk in investment arbitration.* 2. Alberto Pecoraro, Hanna Lily, Pradeep Singh: *The International Seabed Authority and the Push for Exploitation of Deep Seabed Minerals: Does the Doctrine of Legitimate Expectations Apply?* **IV. EL ARBITRAJE EN INGLATERRA.** 1. Lucas Clover Alcolea: *The King [’s] Courts as the fountain of justice’s and the supremacy of ordinary law: implications for English arbitration.*

En esta sección, ofrecemos una selección de artículos de especial interés publicados recientemente en las siguientes revistas: *Arbitration International*; *The Journal of World Investment & Trade* y *Cuadernos de Derecho Transnacional*, agrupados en las siguientes categorías: (i) arbitraje y tecnología; (ii) aspectos de arbitraje internacional; (iii) Arbitraje de inversiones; y (iv) El arbitraje en Inglaterra.

¹ Coordinadora del CIAMEN. Árbitro. Profesora y Doctoranda de la Universidad CEU San Pablo.

² Estudiante de Derecho y Becaria del CIAMEN.

I. Arbitraje y tecnología

Marta Gonzalo Quiroga: La inteligencia artificial en el arbitraje internacional 2.0. Oportunidades y desafíos en un futuro que ya es presente.

[Cuadernos de derecho transnacional, Vol. 15 Núm. 2 \(2023\)](#)

La profesora Marta Gonzalo Quiroga, en este artículo publicado en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, aborda cómo la irrupción de la inteligencia artificial está transformando el mecanismo arbitral como método de resolución de conflictos. El estudio nos sitúa en un contexto incierto de disrupción tecnológica impulsado por las herramientas de inteligencia artificial impactando en el proceso arbitral. Abarcando desde la selección de árbitros hasta la redacción de laudos. La autora realiza un análisis crítico de los desafíos que enfrenta el ámbito jurídico con esta tecnología, tales como: la falta de regulación específica, las implicaciones en la privacidad y confidencialidad de los datos, así como los riesgos de sesgo algorítmico y pérdida de transparencia en la toma de decisiones. Asimismo, expone el difícil balance que resulta de la confidencialidad inherente al proceso arbitral y la exigencia de transparencia en el funcionamiento de los algoritmos, indispensable para garantizar los estándares de legalidad y la legitimidad de las resoluciones.

En el plano normativo, destaca la avanzada posición de la Unión Europea, cuya Ley de Inteligencia Artificial, que entró en vigor el pasado 2024, constituye un hito regulatorio que marca el rumbo en esta materia. No obstante, enfatiza la necesidad de avanzar hacia un marco transnacional adecuado que aborde los desafíos globales de la IA en el arbitraje, impulsado incluso por líderes tecnológicos cooperando con organismos internacionales.

También profundiza en los aportes prácticos de la IA al arbitraje, como la automatización de tareas, la mejora en la gestión documental y la asistencia en la toma de decisiones estratégicas. Además, resalta las oportunidades que surgen en relación con los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS), mediante la implementación de prácticas ecológicas apoyadas en la tecnología. Concluye subrayando la necesidad de formación y capacitación en IA para los actores del arbitraje y propone que se establezcan protocolos éticos para garantizar un uso responsable de esta tecnología.

Finalmente, nos invita a reflexionar en el apartado metodológico, sobre cómo se ha desarrollado el artículo utilizando la inteligencia artificial, posicionándose como una contribución relevante al debate jurídico y técnico sobre el futuro del arbitraje internacional en la era digital.

II. Aspectos varios del arbitraje internacional

Maxence Rivoire: Party autonomy and the applicable law to the merits in intellectual property arbitration³.

Arbitration International, February 2025. (Oxford Academic)

Este artículo publicado en *Arbitration International* se aborda la cuestión de la autonomía de la voluntad de las partes para escoger la legislación aplicable al fondo en el arbitraje sobre propiedad intelectual (PI), analizando especialmente su alcance y limitaciones. El autor nos habla del aumento en la preferencia del uso del arbitraje en disputas sobre propiedad intelectual, especialmente en materias de patentes, marcas y derechos de autor, debido a la posibilidad de consolidar conflictos internacionales bajo una única jurisdicción.

Por otro lado, el autor cuestiona la creencia habitual de que la autonomía de la voluntad de las partes es irrestricta en estas materias, destacando las complejidades y controversias jurídicas que surgen, especialmente en normas imperativas y el principio de territorialidad de los derechos de propiedad intelectual. A través del análisis de casos recientes de tribunales arbitrales, como el ICC Case n.º 18892 (*Bayer Cropscience v Dow Agrosiences*) y el ICC Case n.º 21397 (*Benihana of Tokyo LLC v EHP Pty Ltd*), expone como los árbitros abordan la elección de la ley aplicable en escenarios contractuales y extracontractuales. En particular, examina cómo se ha interpretado la extensión del *lex contractus* a cuestiones de infracción y remedios, contrastando con el principio tradicional del *lex protectionis*, que asigna al país de protección la competencia normativa en materia de propiedad intelectual.

³ Traducción libre: “La autonomía de las partes y la ley aplicable a los méritos en el arbitraje de propiedad intelectual.”

El artículo se fundamenta en tratados internacionales, como el Acuerdo ADPIC (TRIPS), y en reglamentos clave como el Reglamento Roma II de la UE (Artículo 8), subrayando las limitaciones legales a la autonomía de las partes en casos de infracción de derechos de propiedad intelectual. Rivoire, aporta valiosas contribuciones teóricas al explorar las técnicas utilizadas por los árbitros para diferenciar entre cuestiones contractuales y extracontractuales, abordando los riesgos de extraterritorialidad y conflictos de políticas públicas. Asimismo, su análisis práctico destaca la importancia de cláusulas amplias de elección de ley y la necesidad de previsión frente a normas imperativas que podrían invalidar acuerdos.

Concluye que, si bien la autonomía de la voluntad de las partes es un principio fundamental del arbitraje, su ejercicio en materia de PI debe ajustarse a las normas imperativas y al interés público, proponiendo que los árbitros adopten una aproximación equilibrada que respete, tanto de las expectativas de las partes como de las políticas nacionales en materia de PI.

Aleksander Godhe: Tribunal duties and the exclusion of evidence in international arbitration: the tug-of-war of fairness and efficiency⁴.
Arbitration International, October 2024. (Oxford Academic)

Aleksander Godhe, en su artículo publicado en *Arbitration International*, examina el conflicto entre la eficiencia y la justicia o equidad en el arbitraje internacional, centrándose en la exclusión probatoria y el ejercicio de la discrecionalidad del tribunal. El autor contextualiza el estudio en la tensión entre la flexibilidad procesal, característica del arbitraje, y los principios del debido proceso. A partir del análisis comparado entre sistemas de *common law* y *civil law*, destaca que mientras los primeros establecen reglas de exclusión probatoria, los segundos se enfocan en la valoración probatoria según su relevancia.

En el ámbito arbitral, debido a la flexibilidad procesal, no existen reglas estrictas de exclusión probatoria, y la discrecionalidad del tribunal es guiada por deberes fundamentales: resolver la disputa, observar el debido proceso, garantizar la eficiencia, actuar con imparcialidad y emitir un laudo ejecutable. A través de casos

⁴ Traducción libre: "Deberes del tribunal y exclusión de pruebas en el arbitraje internacional: el tira y afloja entre la justicia y la eficiencia."

relevantes, como: *Zeevi Holdings v Bulgaria y Nigeria v P&ID*, analiza situaciones comunes de exclusión probatoria, como la improcedencia de pruebas obtenidas ilegalmente, la presentación extemporánea o la infracción de órdenes procesales.

El estudio se apoya en normas clave como las Reglas de la IBA sobre la Prueba en Arbitraje Internacional, la Ley Modelo de la CNUDMI, y legislaciones nacionales como la *English Arbitration Act* y el Código Procesal Civil Alemán. El autor sostiene que la exclusión probatoria es legítima cuando vulnera la igualdad de armas, el principio *proportionality* o el derecho de ser oído, destacando que el debido proceso no exige admitir toda prueba, sino garantizar una oportunidad equitativa para su discusión. El autor advierte sobre la “paranoia del debido proceso”, que lleva a algunos tribunales arbitrales a admitir pruebas irrelevantes para evitar la impugnación del laudo, y propone equilibrar las garantías procesales con la eficiencia mediante una interpretación integradora de los deberes arbitrales.

Concluye que el verdadero desafío reside en ejercer la discrecionalidad con criterios transparentes y coherentes, guiados por el objetivo central del arbitraje: resolver disputas de manera justa, eficaz y conforme al derecho aplicable. Este estudio aporta un marco conceptual valioso para la práctica arbitral, ofreciendo parámetros claros para resolver el dilema entre eficiencia y equidad en la gestión probatoria.

Weihuan Zhou, Victor Crochet: Confronting Fragmentation:

A Quest for a Plurilateral Appellate Mechanism under the WTO⁵.

The Journal of World Investment & Trade, January 2025 (Brill).

Este artículo aborda la fragmentación del sistema de resolución de disputas comerciales tras la parálisis del Órgano de Apelación de la OMC. Técnicamente, analiza la creación del Arreglo Provisional de Apelación Múltiple (MPIA) como mecanismo temporal para resolver apelaciones conforme al artículo 25 del Entendimiento sobre Solución de Diferencias (DSU). Explica cómo el MPIA, apoyado por 26 miembros de la OMC, incluido la UE, ha permitido resolver disputas como *Turkey-Pharmaceutical Products*, sentando un precedente para futuras apelaciones arbitrales.

⁵ Traducción libre: “Hacer frente a la fragmentación: la búsqueda de un mecanismo de apelación plurilateral en el marco de la OMC.”

Metodológicamente, el artículo realiza un análisis comparado entre el MPIA y los sistemas de resolución de controversias bajo tratados de libre comercio (TLC), evidenciando cómo la crisis del Órgano de Apelación ha incentivado a varios Estados a recurrir a mecanismos externos a la OMC. Jurídicamente, examina las diferencias entre el MPIA y el sistema tradicional de la OMC, señalando que, aunque el MPIA mantiene elementos clave del proceso apelativo, como la emisión de laudos en 90 días, la ausencia de participación de actores clave como Estados Unidos limita su alcance.

Cita jurisprudencia relevante, incluyendo el caso *Turkey–Pharmaceutical Products*, que representó la primera apelación resuelta bajo el artículo 25 del DSU. En el análisis crítico, los autores argumentan que el MPIA es una solución interina, pero insuficiente para resolver la fragmentación del sistema. Proponen, en su lugar, un mecanismo plurilateral abierto basado en masa crítica, que podría integrar a un grupo amplio de miembros y servir como paso hacia una reforma multilateral de la OMC. Advierten que, de no abordarse la crisis apelativa, podría consolidarse un sistema paralelo de resolución de disputas bajo TLC, lo que fragmentaría aún más el derecho comercial internacional y erosionaría la autoridad normativa de la OMC.

III. Arbitraje de inversiones

M. Emirham Havan: How to approach expropriation risk as a controversial component of country risk in investment arbitration⁶.

Arbitration International, September 2024. (Oxford Academic)

Este artículo publicado en *Arbitration International*, analiza el riesgo de expropiación como un componente controvertido del riesgo país en el arbitraje de inversiones, abordando su impacto en la valoración de inversiones y en el cálculo de indemnizaciones. El autor parte de la importancia del riesgo país en la fase de cuantificación del arbitraje, destacando cómo su inclusión como prima de riesgo influye directamente en la estimación del valor de las inversiones.

⁶ Traducción libre: “Cómo abordar el riesgo de expropiación como un componente controvertido del riesgo país en el arbitraje de inversiones”.

En particular, se centra en la controversia sobre si el riesgo de expropiación, derivado de actos unilaterales del Estado, debe formar parte de este cálculo.

El análisis jurídico se fundamenta en precedentes clave como: *Crystallex v. Venezuela*, *Gold Reserve v. Venezuela* y *Venezuela Holdings v. Venezuela*; así como en el principio general de derecho *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*, que impide a un Estado beneficiarse de sus propios actos ilícitos. El artículo expone el debate doctrinal entre dos posturas: quienes consideran que el riesgo de expropiación debe excluirse del riesgo país para evitar que el Estado se beneficie de sus actos ilícitos y quienes sostienen que debe incluirse, argumentando que la evaluación del valor de mercado debe reflejar la percepción real de riesgo de un comprador hipotético.

Entre los aportes teóricos, el autor propone una solución intermedia, destacando la importancia del momento temporal: el riesgo de expropiación derivado de actos estatales previsible antes de la inversión debe ser incluido en el cálculo, mientras que aquel surgido posteriormente de actos ilícitos no. Además, resalta que la existencia de tratados bilaterales de inversión (BIT) debe considerarse un factor que reduce la prima de riesgo país, al mitigar la percepción de inseguridad jurídica.

El artículo concluye que una correcta evaluación del riesgo país, que distinga entre riesgos inherentes a la inversión y riesgos derivados de actos ilícitos del Estado, es esencial para garantizar la equidad en la compensación y prevenir distorsiones en el arbitraje de inversiones. Esta obra aporta un enfoque riguroso y equilibrado, ofreciendo parámetros técnicos y jurídicos para resolver una cuestión compleja y recurrente en la práctica arbitral.

Alberto Pecoraro, Hanna Lily, Pradeep Singh. The International Seabed Authority and the Push for Exploitation of Deep Seabed Minerals: Does the Doctrine of Legitimate Expectations Apply?⁷. *The Journal of World Investment & Trade*, November 2024 (Brill).

Este artículo aborda la cuestión de si la doctrina de las expectativas legítimas puede ser invocada por contratistas de exploración minera contra la Autoridad Internacional de los Fondos Marinos (ISA) en caso de rechazo de solicitudes de explotación. Técnicamente, examina el régimen regulatorio de la minería

⁷ Traducción libre: "La Autoridad Internacional de los Fondos Marinos y el impulso para la explotación de los minerales de los fondos marinos: ¿se aplica la doctrina de las expectativas legítimas?"

en aguas internacionales bajo la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (UNCLOS), enfatizando el principio de “Patrimonio Común de la Humanidad” (CHM) y las obligaciones de la ISA para proteger el medio ambiente marino conforme al artículo 145 de la UNCLOS.

El estudio confronta el régimen de la Autoridad Internacional de los Fondos Marinos (ISA) con estándares del derecho de inversiones y casos arbitrales relevantes, identificando diferencias clave en las relaciones contractuales. Se observa que la relación entre la ISA y los contratistas no se equipara a las relaciones inversor-Estado, lo que complica la aplicación de la doctrina de expectativas legítimas. Jurídicamente, el artículo explora la relevancia de esta doctrina en el derecho internacional de inversiones, citando ejemplos como los casos de: *Eco Oro v. Colombia* y *Gold Reserve v. Venezuela*. También se considera la postura de la República de Nauru, que en 2023 argumentó que la negativa de la ISA a procesar solicitudes de explotación antes de completar el marco regulatorio podría infringir las expectativas legítimas de los inversores.

En el análisis crítico, se destaca que, si bien la incertidumbre regulatoria genera tensiones entre la protección ambiental y los intereses comerciales, es improbable que los contratistas tengan éxito invocando expectativas legítimas debido a la naturaleza específica del régimen de la ISA. Sin embargo, advierte que una actuación arbitraria o de mala fe por parte de la ISA podría abrir la puerta a reclamaciones bajo estándares internacionales de trato justo y equitativo (FET), lo que podría desatar litigios que afectarían la gobernanza de los recursos de los fondos marinos.

IV. El Arbitraje en Inglaterra

Lucas Clover Alcolea: The King [’s] Courts as the fountain of justice’s and the supremacy of ordinary law: implications for English arbitration⁸. *Arbitration International, September 2024. (Oxford Academic)*

Este artículo científico analiza el singular vínculo entre los tribunales ingleses y el arbitraje, destacando cómo el principio constitucional de que “el Rey es la fuente de justicia” y la supremacía del derecho ordinario, configuran el régimen arbitral

⁸ Traducción libre: “Los tribunales del rey como fuente de justicia y supremacía del derecho común: implicaciones para el arbitraje inglés”.

inglés. Técnicamente, se centra en el enfoque “localizado” del arbitraje, que otorga al derecho de la sede una primacía absoluta, rechazando el arbitraje deslocalizado.

Metodológicamente, realiza un análisis histórico-jurídico comparado y confrontando el modelo inglés con el francés y revisando decisiones claves de tribunales británicos. Entre sus hallazgos, destaca que, a pesar de las reformas pro-arbitraje, Inglaterra mantiene un acceso excepcional a la revisión judicial de laudos, como las apelaciones por errores de derecho bajo la *Arbitration Act 1996*, lo que refuerza su enfoque de supervisión judicial. Jurídicamente, expone cómo el derecho inglés, siguiendo los principios de Dicey, defiende la primacía de los tribunales ordinarios sobre cualquier foro privado, considerando la revisión judicial no solo un derecho privado sino un bien público esencial para la evolución del *common law*.

Examina jurisprudencia significativa, como: *Bank Mellat v Helliniki Techniki* y *Czarnikow v Roth*; que enfatizan que ninguna cláusula arbitral puede excluir la competencia de los tribunales si está en juego el interés público o la correcta aplicación de la ley. También aborda el conflicto entre el desarrollo del *common law* y la creciente opacidad causada por la resolución privada de disputas, resaltando la crítica de Lord Thomas, quien aboga por ampliar las apelaciones para preservar la evolución del derecho.

Críticamente, el artículo advierte que la reducción del control judicial sobre los laudos podría erosionar el desarrollo del *common law* y permitir abusos, como lo ilustra el caso reciente de *Nigeria v P&ID*, donde un tribunal inglés anuló un laudo obtenido mediante fraude. Concluye que, aunque las tendencias modernas favorecen la autonomía arbitral, el derecho inglés se aferra a sus raíces constitucionales, defendiendo la jurisdicción estatal como guardiana última de la justicia y del Estado de derecho.

ESTUDIOS

El impacto de la visión transnacional del arbitraje internacional en la interpretación de los contratos comerciales

FRANCO FERRARI

Recent developments regarding the impact of EU law on international investment law and arbitration in Europe and beyond

NIKOS LAVRANOS Y VÍCTOR M. BARRERA QUINTANAR

Contratos de estado y arbitraje de inversión

HUGO CARDONA

La expansión de los márgenes de la doctrina del abuso del proceso por actores estatales en el arbitraje de inversión

CAROLINE LAUK

VARIA

Ejecución en arbitraje internacional de las decisiones “vinculantes y definitivas” y “vinculantes pero no definitivas” del *dispute board* conforme a los modelos que integran la Rainbow Suite FIDIC

FRANCISCO JULIO DOSAL GÓMEZ

Incorporación de contratos estandarizados tipo NEC o FIDIC en las contrataciones públicas en Perú

WUANDY VARGAS

Una reflexión en torno a la arbitrabilidad de las disputas bajo acuerdos de protección de inversiones. Nota al Auto del TSJM de 18 de junio de 2024

JOSÉ ÁNGEL RUEDA GARCÍA

Reflexiones jurídicas actuales a partir de arbitrajes históricos. Las focas de Alaska

JORDI SELLARÉS SERRA

JURISPRUDENCIA

Auto del Tribunal Superior de Justicia de Madrid 3/2023, de 8 de febrero

FERNANDO BEDOYA Y ROLANDO SEIJAS

Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Madrid 18/2023, de 3 de mayo, y 20/2023, de 4 de mayo

FRANCISCO PANIAGUA Y PABLO MAYOR BRAVO

Auto del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña 92/2023, de 15 de junio

FRANCISCO PANIAGUA Y ANA RAMOS SALAS

Herederos del Sultan de Sulu c. Malasia

BINGEN AMEZAGA

Juicio de Amparo 1206/2022, Juzgado Primero de Distrito en Materia Civil de la Ciudad de México

JOAQUÍN VEGA MARTÍNEZ Y GUILLERMO DAFFIR MADRIGAL MONROY

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala A, “Distribuidora Abel Arocena S.A. C/ SC Johnson & Son de Argentina S.A.I.C. S/ Organismos Externos”, 12 de julio de 2024

NICOLÁS D. SZLAJEN Y LARA POLLANO

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala C, “Telcel S.a. C/Telecom Argentina S.a. S/ Recurso de queja (Oex)”, 21 de mayo de 2024

NICOLÁS D. SZLAJEN Y LARA POLLANO

NOTICIAS

CARLOS HERNÁNDEZ DURÁN Y JORDI SELLARÉS SERRA

BIBLIOGRAFÍA

JOSÉ MARÍA BENEYTO Y HUGO CARDONA

REVISTA DE REVISTAS

MARTA MARTINI BRICEÑO Y LAURA CANELO



CEU

Real Instituto Universitario
de Estudios Europeos
Universidad San Pablo

CIAMEN

Centro Internacional de
Arbitraje, Mediación y Negociación

Todos los contenidos disponibles en:
<https://revistascientificas.uspceu.com/arbitraje>